

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La prise en charge des frais et honoraires du mandataire ad hoc : qui passe à la caisse ?

Delvaux, Marie-Amelie

*Published in:*

Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)

*Publication date:*

2015

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 2015, 'La prise en charge des frais et honoraires du mandataire ad hoc : qui passe à la caisse ? note sous C.C., n°85/2015, 11 juin 2015', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 309-311.

#### General rights

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

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

#### Take down policy

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

B.10. Il s'ensuit que la lecture combinée des articles 10 et 11 de la Constitution avec l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme ne permet pas d'aboutir à une conclusion différente.

B.11. La question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

Les articles *2bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale et 2, 1<sup>o</sup>, de la loi-programme (II) du 27 décembre 2006 ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme.

### OBSERVATIONS

#### La prise en charge des frais et honoraires du mandataire *ad hoc* : qui passe à la caisse ?

Lorsque les poursuites contre une personne morale et contre la personne habilitée à la représenter sont engagées pour des mêmes faits ou des faits connexes, le tribunal compétent pour connaître de l'action publique contre la personne morale désigne, d'office ou sur requête, un mandataire *ad hoc* pour la représenter (article *2bis* du Titre Préliminaire du Code d'instruction criminelle).

Mais... qui assume les frais et honoraires du mandataire *ad hoc* ?

Le texte n'en touche mot.

Depuis l'entrée en vigueur de la responsabilité pénale des personnes morales, avec le régime procédural corrélatif destiné à assurer la correcte défense de celles-ci, la question de la prise en charge des frais et honoraires du mandataire *ad hoc* a été discutée.

Certains considèrent que c'est toujours la société, dument représentée par le mandataire *ad hoc*, qui doit assumer ses frais et honoraires, s'agissant de frais de sa défense pénale<sup>3</sup>. Comme un avocat ? Il y a une nuance ! Le mandataire *ad hoc* est, en effet, désigné par le tribunal, et non par la personne morale prévenue. Peut-on dire qu'il est l'avocat de celle-ci ? A-t-elle pu le choisir librement ? Exerce-t-il la même mission qu'un avocat qui doit en principe défendre la position que les organes de la société poursuivie lui demandent de défendre ? Dispose-t-il d'un mandat *ad litem* ? Le mandataire *ad hoc* qui représente la personne morale n'est pas nécessairement un avocat. Il comparaît en personne, « spécialement lorsqu'il est lui-même avocat », ou par un avocat qui est alors... le conseil du mandataire *ad hoc*<sup>4</sup> (et non de la société).

3. Voir par exemple Gand, 5 mars 2002, 19 novembre 2002 et 11 mars 2003 cités par Fr. ROGGEN, « Responsabilité pénale des personnes morales (II) », Droit pénal et procédure pénale, ouvrage à feuillets mobiles, Kluwer, p. 46 ; Bruxelles, 30 juin 2009, *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 25 ; à noter que cet arrêt considère que les frais de défense de la personne morale bénéficient du privilège des frais de justice de l'article 17 de la loi hypothécaire. Voir D. MATRAY et J. OVERATH, « Le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité des personnes morales », in *Liber amicorum Jean-Pierre De Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 481. Voir aussi les intéressants développements de F. LAUNE dans son article intitulé « Indemnités de procédure et mandataires de justice », *J.T.*, 2009, p. 548, et notamment le commentaire de l'arrêt n° 46/2009 du 11 mars 2009 de la Cour constitutionnelle, *J.T.*, 2009, p. 551.

4. A. MASSET, « La responsabilité pénale dans l'entreprise », *Guide juridique de l'entreprise*, Livre 119.5, Titre XII, Waterloo, Kluwer, 2012, n° 130, pp. 38-39.

Dans un arrêt du 4 octobre 2011<sup>5</sup>, la Cour de cassation a précisé que le mandataire *ad hoc* désigné pour la personne morale peut choisir librement le conseil de celle-ci ; il peut même, s'il décide qu'il n'y a pas de risque de contradiction d'intérêts, faire appel au même avocat que la personne physique représentant la personne morale. À noter à cet égard que s'il n'y a pas de risque de contradiction d'intérêts, on ne comprend alors pas pourquoi un mandataire *ad hoc* a été désigné...

De son côté, interrogée notamment sur le libre choix, par la personne morale, de l'avocat chargé de la défendre, la Cour constitutionnelle a validé, dans un arrêt du 5 décembre 2006<sup>6</sup>, la constitutionnalité de l'article 2*bis* du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle en soulignant, entre autres motifs, que :

- la restriction au libre choix d'un représentant ou d'un avocat peut être admise lorsque le risque de conflit d'intérêts (entre la personne morale et la personne physique chargée de la représenter lorsqu'elles sont poursuivies pour les mêmes faits) auquel le législateur s'est référé lors de l'adoption de l'article 2*bis* est avéré ;
- la personne morale peut elle-même demander la désignation d'un mandataire *ad hoc* et peut proposer un nom ;
- la désignation d'un mandataire *ad hoc* aurait par contre des effets disproportionnés si elle privait *systématiquement* la personne morale de la possibilité de choisir son représentant.

D'autres souhaitent englober les frais et honoraires du mandataire *ad hoc* dans les frais de justice, qui doivent toujours demeurer à la charge de l'État. Et l'on peut nuancer cette thèse en estimant que le mandataire *ad hoc* est un *mandataire de justice* chargé d'une mission spécifique de défense des intérêts de la personne morale, de sorte que ses frais et honoraires doivent être avancés par l'État belge, mais qu'ensuite, ils doivent être mis à charge des parties condamnées pénalement par décision coulée en force de chose jugée, ou conservés par l'État en cas d'acquiescement, comme tous les frais de justice en matière pénale<sup>7</sup>.

Nous avons publié dans l'édition 2014 du *J.D.S.C.* l'arrêt de la Cour d'appel de Liège posant la question préjudicielle donnant lieu à l'arrêt ici commenté<sup>8</sup>. La Cour d'appel s'était demandé qui payait le mandataire *ad hoc* en cas d'insolvabilité de la personne morale poursuivie devant une juridiction pénale. Son interrogation recouvrait deux volets : existe-t-il une justification à offrir au mandataire *ad hoc* un régime distinct de celui des curateurs de faillite et autres mandataires de justice ? Et si tel est le cas, et plus précisément si le mandataire *ad hoc* ne peut bénéficier, contrairement aux autres mandataires, d'un mécanisme garantissant son paiement au terme de sa mission, est-ce acceptable au regard du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ?

Dans l'arrêt ci-avant publié, la Cour constitutionnelle refuse d'assimiler les mandataires *ad hoc* aux curateurs de faillites et médiateurs de dettes<sup>9</sup>, soulignant les divergences de leurs situations. Au surplus, la Cour constate que la question précise posée ne concerne pas le droit de bénéficier de l'assistance judiciaire, de sorte que son analyse de la constitutionnalité du régime mis en place n'est pas remise en cause.

5. Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 4 octobre 2011, N<sup>o</sup> P.11.0203.N., disponible sur le site de la Cour de cassation à l'adresse [www.cass.be](http://www.cass.be). Cet arrêt est très bref et peu explicite de sorte qu'on éprouve des difficultés à percevoir ses contours.

6. C.A., n<sup>o</sup> 190/2006, 5 décembre 2006, *J.D.S.C.*, 2007, n<sup>o</sup> 800, p. 193 et note M.A. DELVAUX intitulée « Le recours obligatoire à un mandataire *ad hoc* pour représenter la personne morale ».

7. Voir en ce sens Corr. Huy (8<sup>e</sup> ch.), 26 juin 2012, *J.D.S.C.*, 2013, n<sup>o</sup> 1116, p. 250 et *Dr. pén. entr.*, 2012, liv. 4, p. 281 et note ; Corr. Bruxelles (49<sup>e</sup> ch.), 5 février 2009, *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 133 ; Bruxelles, 22 janvier 2010, *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 241 et note Ch.-E. CLESSE ; Bruxelles, 14 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 318.

8. Liège, 6<sup>e</sup> ch., 20 février 2014, *J.D.S.C.*, 2014, n<sup>o</sup> 1183, p. 294 et *J.L.M.B.*, 2014, liv. 21, p. 1004.

9. La situation des tuteurs *ad hoc* est mise de côté par la Cour aux attendus B.5.1. à B.5.3. car ils exercent leur fonction à titre gratuit de sorte que la question de leurs honoraires est ici hors propos.

En d'autres termes, en cas de défaillance de la personne morale poursuivie, le mandataire *ad hoc* se retrouve « Gros-Jean comme devant », sans mécanisme subsidiaire de prise en charge par l'État qui assurerait sa juste et adéquate rémunération. Gageons que cet arrêt ne va pas réjouir les avocats<sup>10</sup>...

Sans que la question posée ne soit la même, mais dans le même genre d'idée, la Cour constitutionnelle s'était déjà penchée sur la différence de situation existant entre les avocats mandataires *ad litem* et les curateurs de la faillite au regard du droit à une indemnité de procédure en cas de victoire, la partie représentée par les premiers pouvant bénéficier d'une indemnité de procédure tandis que la masse faillie représentée par les seconds ne le pouvant pas<sup>11</sup>. La Cour avait considéré qu'il existe une différence objective et raisonnablement justifiée « *entre d'une part, l'avocat, qui assiste et représente en droit une partie au procès et, d'autre part, un curateur, qui, en sa qualité de mandataire judiciaire, représente la masse faillie et intervient en faveur des intérêts de l'ensemble des créanciers comme ceux du failli* », et avait rejeté l'idée d'une discrimination préjudiciable au curateur, après avoir examiné leurs missions respectives.

Sur de précédentes interventions de la Cour constitutionnelle relativement à la loi du 4 mai 1999, nous renvoyons le lecteur intéressé à notre note intitulée « *Les arrêts prononcés par la Cour d'arbitrage en matière de responsabilité pénale des personnes morales et leurs enseignements* » publiée sous C.A. n° 24/2005, 26 janvier 2005, *J.D.S.C.*, 2005, p. 210.

10. L'Ordre des barreaux francophones et germanophone et l'Ordre des avocats du Barreau de Liège avaient introduit des mémoires pour défendre leur position. Ils considéraient qu'une différence de traitement discriminatoire est opérée entre les mandataires de justice (tuteur *ad hoc*, curateur de faillite, médiateur de dettes, administrateur provisoire de biens, curateur à succession vacante, ...), honorés par le législateur ou par un système subsidiaire de paiement en cas d'insolvabilité, et les mandataires *ad hoc* de personnes morales poursuivies pénalement, dont les honoraires sont considérés comme des frais de défense non susceptibles d'être inclus dans les frais de justice. Selon ces ordres professionnels, seul le système de la répercussion des frais de défense de la personne morale sur les frais de justice assurerait effectivement le droit à l'assistance gratuite d'un avocat commis d'office, en l'espèce mandataire *ad hoc*, tel que garanti par l'article 6, §3, c) de la Convention européenne des droits de l'Homme.

11. Cour constitutionnelle, arrêt n° 46/2009 du 11 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 551 et la note de F. LAUNE précitée, parue aux pages 545 et s.