

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Pour un mandataire de justice indépendant et impartial

Dal, G.-A.; Reusens, Florence

Published in:

Mandataires de justice : déontologie et garanties procédurales , Actes de la journée d'études organisée à Louvain-La-Neuve le 18 mai 2005

Publication date:

2006

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dal, G-A & Reusens, F 2006, Pour un mandataire de justice indépendant et impartial. dans *Mandataires de justice : déontologie et garanties procédurales* , Actes de la journée d'études organisée à Louvain-La-Neuve le 18 mai 2005. Bruylant, Bruxelles, pp. 73-114.

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.

POUR UN MANDATAIRE DE JUSTICE INDÉPENDANT ET IMPARTIAL

PAR

GEORGES-ALBERT DAL

PROFESSEUR À L'U.C.L.
ANCIEN BÂTONNIER

ET

FLORENCE REUSENS

ASSISTANTE À LA FACULTÉ
DE DROIT DE L'U.C.L.
AVOCATE

I. — PRÉAMBULE

Paradoxalement, on ne trouve guère de trace de la notion de «mandataire de justice» dans la littérature juridique(1). Dans son «Vocabulaire juridique», G. Cornu renvoie aux termes «administrateur judiciaire» qui, pris dans un sens général mais toutefois conçu dans la perspective du redressement judiciaire, signifient «mandataire chargé par décision de justice d'administrer les biens d'autrui ou d'exercer des fonctions d'assistance ou de surveillance dans la gestion de ces biens»(2).

Deux éléments ressortent de cette définition du mandataire de justice : il est nommé par les tribunaux et les biens dont il doit assurer la gestion appartiennent à autrui. A ce double titre, le manda-

(1) Aucun *verbo* dans les *Pandectes belges*. Quant aux *Pandectes françaises*, elles relèvent, sous le *verbo* «Mandat» l'existence, aux côtés des mandats conventionnel et légal, du mandat judiciaire, décrit comme étant «celui qui est confié par un tribunal, en vertu d'une disposition de la loi : il n'est donc qu'un dérivé du mandat légal» (p. 1091, n° 425), et dont la pratique use fréquemment (p. 1091, n° 429).

(2) G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} édition, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 27.

taire de justice a un statut spécifique, qui le différencie du mandataire conventionnel et, lorsqu'il s'agit d'un avocat – ce qui est très généralement le cas dans notre pays –, des autres membres du barreau.

L'avocat mandataire de justice accomplit une mission d'ordre habituellement patrimonial, qui nécessite le plus souvent des connaissances et compétences particulières. Outre ces exigences qui feront l'objet d'une vérification plus ou moins rigoureuse selon les mandats, la juridiction mandante est soumise à des restrictions légales dans son choix et l'avocat désigné est, quant à lui, tenu au respect des règles déontologiques, qui lui interdisent d'accepter un mandat – comme toute autre cause – en diverses circonstances particulières. Cette double limitation implique une dualité de contrôles – judiciaire et disciplinaire – et, dès lors, une double possibilité de sanctions. Par ailleurs, même si à l'occasion d'une ancienne controverse aujourd'hui dépassée portant sur la possibilité pour un avocat d'accepter un mandat de justice (3), il était enseigné que les mandataires ne se livrent à aucun négoce car «les actes qu'ils accomplissent le sont pour autrui et désintéressés puisqu'ils ne reçoivent que la juste rémunération de leur peine» (4), il a toujours été admis que l'avocat mandataire de justice doit pouvoir prétendre à une rémunération effective, dont les modalités de fixation sont réglementées.

Enfin, la question se pose de savoir si les mandataires de justice sont soumis à l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui implique un contrôle judiciaire renforcé au plan de leur indépendance et de leur impartialité.

Tels sont les différents thèmes que nous nous proposons d'aborder dans le cadre du titre assez général donné à cette contribution. Afin de rester dans les limites qui nous ont été fixées, nous devons également opérer un choix parmi le grand nombre de mandats de justice créés au fil du temps par la loi ou la jurisprudence, en nous limitant à trois mandats que l'on peut qualifier de principaux (5). Nous retiendrons tout d'abord la curatelle de faillite car, si ce man-

(3) Voy. à cet égard P. LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, Editions du Jeune Barreau, 1980, p. 60 et les références citées.

(4) E. REUMONT, *Permanence et devoirs de la profession d'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1947, n° 84.

(5) Voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Les déontologies des avocats investis de mandats de justice», *infra*, n° 6, *in fine*.

dat n'est désormais plus le plus fréquent, il est le plus ancien et en tout état de cause le plus organisé des mandats commerciaux (6). Il permettra également de cerner les contours des règles applicables à deux mandats civils très largement répandus dans la pratique de l'avocat : la médiation de dettes et l'administration provisoire des biens d'une personne partiellement ou totalement hors d'état d'en assumer la gestion en raison de son état de santé (7).

II. – LES MISSIONS

Le statut du mandataire de justice est étroitement lié à la nature de la mission qui lui est conférée. Nous pouvons d'ores et déjà relever que les missions attribuées dans le cadre de la faillite et de la médiation de dettes présentent un certain nombre de similitudes. Le rôle de l'administrateur provisoire des biens d'une personne partiellement ou totalement incapable de les gérer a, par contre, des spécificités qui ont des conséquences importantes.

A. – La curatelle de faillites

Le curateur est, avec le juge commissaire et le procureur du Roi, l'un des organes de la faillite; il en est même l'organe principal, chargé de réaliser les biens du failli et de les répartir entre les créanciers. Conformément à l'article 40 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, il «gère la faillite en bon père de famille, sous la surveillance du juge commissaire».

On enseigne traditionnellement que le curateur est à la fois le mandataire du failli et de la masse des créanciers (8). On peut conserver cette formule, mais en ayant à l'esprit qu'un mandataire de justice n'est pas un mandataire au sens du droit civil et que le curateur n'est pas le représentant du failli et de la masse *sensu stricto*. En réalité, le curateur agit principalement au profit de la masse des créanciers (9) mais, pour ce faire, il doit pouvoir engager le patri-

(6) G.A. DAL, «La déontologie des avocats mandataires de justice», in *Jura vigilantibus Antoine Braus, les droits intellectuels, le barreau*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 336.

(7) Une autre étude reste à mener, qui consiste à reprendre – de façon systématique et comparative – l'ensemble des mandats de justice existant, élaborés au fil du temps sans aucune ligne directrice cohérente.

(8) Cass., 11 mai 1905, *Pas.*, I, 216.

(9) Cass., 2 mai 1994, *R.W.*, 1994-1995, 861; Cass., 16 février 1995, *A.C.*, 1995, 181.

moine dont le failli est dessaisi au profit de cette masse (10). Il est donc au centre d'une multitude d'intérêts (failli, créanciers dans et hors masse, privilégiés ou chirographaires, travailleurs, tiers...) parfois convergents, parfois opposés; il agira donc tantôt comme «représentant» du failli (11), tantôt aux droits de la masse (12).

On ne peut évidemment déceler un conflit d'intérêts dans son chef du simple fait qu'il est amené, par la nature même de sa fonction, d'agir éventuellement contre le failli, un ou plusieurs créanciers ou des tiers, dans l'intérêt de la masse. En réalité, comme le droit de la faillite est le précurseur de la théorie jurisprudentielle du concours, le curateur est en quelque sorte le «prototype» de l'organe – judiciaire ou conventionnel – chargé de régler ce genre de situation de pénurie; il est symptomatique de relever à cet égard le parallèle avec le liquidateur de personne morale, mandataire de la personne qui l'a désigné, certes, mais dont les obligations quasi-délictuelles à l'égard des créanciers et des tiers l'amènent à en devenir dans une mesure certaine le garant.

B. – Le règlement collectif de dettes

Le médiateur de dettes désigné par le juge des saisies dans le cadre de la loi relative au règlement collectif de dettes joue quant à lui un rôle essentiel dans la phase d'élaboration (13) et d'exécution

(10) La littérature est fort ancienne et abondante en la matière; la loi de 1997 ayant repris la substance – et souvent les termes même – de la législation de 1851, jurisprudence et doctrine anciennes restent d'actualité. A titre d'exemple, voy. I. VEROUSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Edition 2003, Bruxelles, Kluwer, p. 260 et s., n° 388 et s.

(11) En sauvegardant et en réalisant les actifs, en exécutant les contrats en cours ou en poursuivant des procédures commencées avant la faillite lorsqu'il y va de l'intérêt de la masse, en intentant une action en responsabilité contre des dirigeants ou des tiers, ou en poursuivant temporairement l'activité.

(12) En contestant une créance (dans son principe ou quant à son montant ou son caractère privilégié), en faisant déclarer inopposables les actes accomplis en fraude ou durant la période suspecte, en refusant l'exécution d'un contrat défavorable à la masse, ou en intentant une action en responsabilité contre des dirigeants ou des tiers.

(13) Si le médiateur de dettes ne s'occupe, d'un point de vue strictement légal, que de l'élaboration du plan de règlement amiable à faire homologuer par le juge des saisies après avoir obtenu l'accord de toutes les parties intéressées, son rôle n'est pas dénué d'importance dans le cadre du plan de règlement judiciaire dès lors que le juge des saisies statuera sur base des informations recueillies par le médiateur dès sa nomination et s'inspirera par ailleurs souvent du contenu des négociations qu'il aura entamées et qui auront échoué, sous réserve bien entendu de l'application de l'article 1675/12 du Code judiciaire duquel découle notamment l'obligation, dans la phase judiciaire, de respecter le principe de l'égalité des créanciers (Voy. à cet égard G. CLOSSET-MARCHAL, «Les mandataires de justice et les garanties procédurales», *infra*, n° 16, ainsi que les références citées).

tion (14) des plans tant amiable que judiciaire. Il est qualifié de «cheville ouvrière de la procédure» (15), libre d'accomplir sa mission comme il l'entend, dans le respect des objectifs assignés au règlement collectif de dettes, à savoir le rétablissement de la situation financière du débiteur, en lui permettant notamment et dans la mesure du possible, de payer ses dettes et en lui garantissant simultanément ainsi qu'à sa famille, qu'ils pourront mener une vie conforme à la dignité humaine (16). Cette mission nécessite la confiance tant du débiteur que des créanciers dans le médiateur (17). Le médiateur doit en effet relever le véritable défi qu'est la recherche d'un subtil équilibre «entre d'une part, les intérêts d'un débiteur surendetté sans préjudice, aux droits de ses créanciers, et d'autre part, le souci de permettre au débiteur de mener une existence décente tout en respectant si possible les intérêts de ses créanciers» (18).

Dans ce contexte, on ne peut raisonnablement inférer un manque d'impartialité (19) dans le chef du médiateur de dettes des seules circonstances qu'il a discuté une créance qui lui était présentée, tenté d'obtenir une diminution voire une suppression des pénalités ou intérêts de retard grevant cette créance et invoqué à cet effet la pratique du magistrat saisi s'alignant par ailleurs sur la jurisprudence de la Cour de cassation (20).

Le parallèle entre les fonctions de curateur et de médiateur de dettes est patent, dans la mesure où ils sont amenés à gérer les conséquences d'un concours de créanciers.

(14) Cfr. article 1675/14, §1^{er} du Code judiciaire: «Le médiateur de dettes est chargé de suivre et de contrôler l'exécution des mesures prévues dans le plan de règlement amiable ou judiciaire».

(15) E. BALAT, P. DEJEMPEPE et F. DOMONT-NAERT, «Le règlement collectif de dettes», in *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 30, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 81.

(16) Cfr. article 1675/3, al. 3, du Code judiciaire.

(17) Quant au rôle du magistrat chargé d'établir un plan de règlement judiciaire tout en veillant au respect des objectifs assignés par la loi, voy. Liège, 12 avril 2005, inédit, n° 2004/RQ, 23: dans la mesure où la loi a pour objet la réinsertion du médié dans la vie sociale et la préservation des intérêts égaux de tous les créanciers mis en concours, «le juge ne peut pas abréger la durée d'un plan dans le seul intérêt du médié d'échapper plus rapidement à l'effort qui lui est imposé, de manière telle que le remboursement soit moindre que celui qui est possible».

(18) P. VAN DEN EYNDE, «Cinq mois d'application de la loi relative au règlement collectif de dettes», *Rec. gén. enr. not.*, 1999, p. 322.

(19) Cfr. *infra*, point III.B. relatif à la nomination, et plus particulièrement les dispositions légales.

(20) Civ. Dinant (sais.), 30 juillet 1999, *Ann. jur. crédit*, 1999, p. 250. Dans le même sens: Civ. Dinant (sais.), 17 septembre 1999, *Ann. jur. crédit*, 1999, p. 251 et note P. DEJEMPEPE.

C. – L'administration provisoire

L'administrateur provisoire a une mission distincte de celles qui caractérisent les mandats s'inscrivant dans la perspective d'un concours de créanciers ou, pour reprendre la définition de G. Cornu (21), d'un redressement judiciaire.

Il gère en effet (22), en fonction des pouvoirs qui lui sont conférés dans l'ordonnance de désignation prononcée par le juge de paix compétent (23), les biens de la personne protégée dans le seul intérêt de cette dernière. Il n'est, dans ce cadre, pas habilité à mettre les intérêts des tiers en balance avec les aspirations de la personne protégée, dont seul l'intérêt concret et le respect de sa personnalité peuvent le guider (24). Selon une formule de Th. Delahaye qui résume parfaitement la spécificité de cette mission, «gestionnaire exclusif des intérêts de la personne protégée, l'administrateur provisoire n'est pas comptable – hors la faute délictuelle ou quasi délictuelle – des effets induits à l'égard des tiers, fussent-ils des familiers» (25).

III. – LA NOMINATION

A. – Les qualifications requises

1. La curatelle de faillites

Conformément à l'article 27 de la loi du 8 août 1997, peuvent seuls être inscrits sur la liste des curateurs établie par l'assemblée générale de chaque tribunal de commerce les avocats inscrits au tableau de l'Ordre d'un barreau belge «justifiant d'une formation particulière et présentant des garanties de compétence en matière de procédures de liquidation».

Le législateur a donc entériné une pratique quasi-constante de l'ensemble des tribunaux de commerce du pays : dès l'origine, la

désignation des curateurs a très généralement porté sur des avocats plutôt que sur des réviseurs ou des experts-comptables, pour le motif déterminant que l'objet même de la mission du curateur est essentiellement de nature juridique. Cloquet (26) a très bien expliqué ce choix : il «se justifie, les faillites exigeant toujours la connaissance des procédures, et constituant toujours des nids à procès, alors qu'elles ne requièrent des connaissances comptables particulières qu'accessoirement et dans certains cas seulement. Le curateur peut d'ailleurs, dans ces cas, faire appel aux prestations d'un comptable. Dans des faillites importantes, lorsque plusieurs curateurs sont désignés, il peut être opportun que l'un d'eux soit un comptable.

«La question du choix se pose aussi au point de vue des chances d'une bonne réalisation de l'actif. Il n'est pas établi qu'un comptable soit mieux placé qu'un avocat pour réaliser l'actif aux meilleures conditions. Des avocats ont réalisé des liquidations remarquables ('A propos d'Etrimo' (27), J.T., 1973, p. 35). Le comptable comme l'avocat est d'ailleurs tenu par des règles assez strictes imposées par la loi sur les faillites...»

Ces sages considérations émanant d'un éminent auteur, qui fut aussi un praticien (28), ont été retenues par le législateur, qui a modifié l'idée – jamais réalisée – du législateur de 1851 de créer un corps de liquidateurs assermentés, en faisant le choix de la profession d'avocat (29), qui implique la connaissance du droit et le respect de la déontologie (30), mais en y ajoutant deux exigences, la première d'ancienneté (il faut être un avocat inscrit au tableau de l'Ordre d'un barreau belge (31); aucune limite d'âge n'est prévue),

(26) *Les Nouvelles*, droit commercial, t. IV, 2^{ème} éd., p. 600, n° 2147.

(27) On pourrait certes citer des exemples plus récents, mais tel n'est pas notre propos.

(28) Il fut en effet curateur de faillites, avant de devenir président de tribunal de commerce.

(29) Se contredisant à deux reprises, le législateur a prévu la désignation comme commissaire au sursis (art. 19, al. 2, C. jud.) ou comme administrateur provisoire (au sens de l'art. 8 de la loi sur les faillites) de «personnes ayant l'expérience en matière de gestion d'entreprise et de comptabilité», dès lors qu'elles sont «tenues par un code de déontologie» et que leur responsabilité professionnelle est couverte par une assurance. De façon inexplicable, les connaissances juridiques ne sont pas requises dans ces deux cas... Rien n'empêche évidemment les tribunaux de désigner des avocats, ce que certains font d'ailleurs le plus souvent.

(30) Ce qui implique notamment l'indépendance, mais aussi le respect du secret professionnel; sur ce dernier aspect, voy. J.-F. VAN DROOCHENBROECK, «Les déontologies des avocats investis de mandats de justice», *infra*, n° 23 et ss.

(31) L'avocat concerné doit donc avoir terminé son stage. En vertu de l'article 477sexies du Code judiciaire, tout avocat ressortissant communautaire établi en Belgique sous son titre d'origine remplit cette condition, puisqu'il «peut accomplir en Belgique les mêmes activités que les membres du barreau belge».

(21) Cfr. *supra*, point I, préambule.

(22) Ou assiste la personne protégée dans cette gestion : cette possibilité de conférer à l'administrateur provisoire une mission d'assistance est, depuis les modifications législatives introduites par la loi du 3 mai 2003, explicitement consacrée dans le Code civil à l'article 488bis, § 1^{er}, al. 1 et § 2, al. 3.

(23) Cfr. article 488bis, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil.

(24) Th. DELAHAYE, «L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil). Loi du 3 mai 2003», in *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 45, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 106-107, n° 149; p. 150-151, n° 216.

(25) *Ibidem*.

et la seconde de formation particulière. Cette formation n'est pas définie par la loi, mais – comme le relève pertinemment I. Verougstraete, «il ne peut s'agir que d'une formation en matière de gestion de procédures collectives. La pratique officieuse de 'stage' auprès d'un curateur se trouve donc consacrée (32)».

2. Le règlement collectif de dettes

La législation relative au règlement collectif de dettes ne comporte aucune disposition générale relative aux connaissances ou à l'expérience du médiateur dans le domaine du surendettement ou des procédures collectives. Toutefois, on trouve des critères de qualification indirects dès lors que peuvent être seuls désignés comme médiateurs de dettes les avocats, les officiers ministériels (notaires et huissiers), les mandataires de justice (33), mais aussi les institutions publiques ou privées agréées à cet effet, qui doivent remplir des conditions spécifiques insérées dans les différentes normes édictées par les entités fédérées compétentes : ainsi, l'institution au sein de laquelle la médiation est pratiquée doit comprendre un travailleur social et un juriste qui doivent être formés ou avoir l'expérience requise (34).

3. L'administration provisoire

Il n'existe aucune disposition spécifique concernant les qualifications requises, d'autant que l'administrateur provisoire peut être, et même de préférence, un familier de la personne protégée (35). Il se peut cependant que les compétences reconnues d'un avocat puissent lui valoir des désignations en qualité d'administrateur provisoire dans des dossiers où les caractéristiques des

biens à gérer nécessitent certaines connaissances et une certaine expérience en matière de gestion de biens (36).

B. – Les dispositions légales applicables

1. La curatelle de faillites :

Les dispositions légales relatives à la désignation des curateurs de faillite sont les plus précises, par rapport aux autres mandats judiciaires.

a) La loi du 8 août 1997 sur les faillites a, en son article 27, décidé de l'établissement par l'assemblée générale de chaque tribunal de commerce, composée de l'ensemble des juges et des juges consulaires, conformément à l'article 341 du Code judiciaire, d'une liste de ceux parmi lesquels seront choisis les curateurs.

Les conditions de fond pour être admis sur cette liste, énoncées à l'article 27, alinéa 2, sont celles que nous venons d'examiner (37) : il faut être avocat inscrit au tableau de l'Ordre d'un barreau belge, justifier d'une formation particulière et présenter des garanties de compétence en matière de procédure de liquidation. Ces conditions sont les seules (38) dont l'assemblée générale du tribunal de commerce peut et doit tenir compte. Le législateur a donc écarté toute idée de *numerus clausus* (39) et ouvert la liste à tous les avocats du pays (40).

Quant à la procédure de présentation des candidats, elle a été fixée par un arrêté royal du 5 décembre 1997, qui précise les modalités de la demande d'inscription, la composition du dossier à constituer, les délais à respecter et diverses dispositions transitoires

(36) Cfr. *infra*, point III.B.3.

(37) Voy. ci-avant, n° III.A.

(38) Voy. Liège, 14 mars 2000, *R.R.D.*, 2000, p. 179 : l'assemblée générale qui oppose un refus d'inscription reflétant une décision de politique générale dans la désignation des curateurs – à savoir l'inscription des seuls avocats recherchant systématiquement les opérations suspectes posées par le failli et la responsabilité des organes de sociétés faillies – ajoute illégalement aux conditions prévues par la loi.

(39) Il y aurait beaucoup à dire à ce sujet, le refus en soi parfaitement compréhensible du *numerus clausus* se heurtant à l'exigence d'avoir affaire à des curateurs compétents et équipés, ce qui implique un nombre suffisant de curatelles pour pouvoir faire face aux exigences et frais particuliers de ce type d'activité, en raison du mode de rémunération.

(40) Voy. à cet égard Liège, 13 novembre 2003, *R.R.D.*, 2004, p. 31, qui réforme un refus d'inscription se fondant sur l'éloignement et la dispersion des activités d'une avocate figurant déjà sur les listes des tribunaux de commerce de Mons et de Huy, ces raisons constituant selon la cour une motivation qui évoque le *numerus clausus* et s'écarter des critères légaux à un moment où le législateur a voulu éviter la tentation de confiner la liste aux seuls noms de protégés locaux.

(32) I. VERUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 265, n° 392.

(33) L'expression «mandataires de justice» est curieuse et ambiguë. Dire que l'on doit désigner comme mandataire de justice... un mandataire de justice est paradoxal ! Certains auteurs précisent, se fondant sur les travaux préparatoires de la loi, que sont notamment visées par ces termes les personnes désignées sur la base de l'article 488bis du Code civil, en qualité d'administrateurs provisoires (E. VAN DEN HAUTE, *Le règlement collectif de dettes et la possibilité de vente de gré à gré – examen de la loi du 5 juillet 1998*, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 66, n° 90; A.F. FAUVILLET et C. PANIER, «Le juge et le médiateur dans la nouvelle procédure du règlement collectif de dettes», *J.T.*, 1999, p. 224). C'est ne pas tenir compte, en ce qui concerne les avocats, de la règle déontologique selon laquelle ceux-ci ne peuvent exercer un mandat de justice, lorsque, dans le cadre de celui-ci, ils peuvent être confrontés à un conflit d'intérêts, notamment s'ils ont exercé un mandat judiciaire ou conventionnel auparavant (cfr. *infra*, point III.C.).

(34) Pour un aperçu de ces différentes normes, voy. E. BALAT, P. DEJEMEPE et F. DOMONT-NAERT, *op. cit.*, p. 148-150 et E. VAN DEN HAUTE, *op. cit.*, pp. 66 et 67.

(35) Art. 488bis, c), §1^{er}, al. 2

aujourd'hui sans intérêt. Nous retiendrons seulement que, pour se forger une opinion, les membres de l'assemblée générale du tribunal ont à leur disposition le dossier du candidat et quatre avis (41) émanant du président consulaire, du président du tribunal de commerce et du procureur du Roi de l'arrondissement du tribunal de commerce auprès duquel est introduite la demande, ainsi que du bâtonnier de l'Ordre au tableau duquel est inscrit le candidat (art. 1^{er}, § 2). La décision est prise au terme d'un vote secret (42); en cas de refus, la décision est motivée et notifiée par pli judiciaire au candidat évincé (art. 1^{er}, § 3), qui a un mois pour saisir la cour d'appel, elle-même compétente pour vérifier si les conditions légales sont remplies et ordonner son inscription sur la liste (43) (44).

Si les avis écrits et motivés prévus par la loi doivent porter sur l'ensemble des qualifications requises, on comprend que celui du bâtonnier concernera plus particulièrement le « bon comportement » déontologique du candidat. L'intervention de l'autorité ordinaire, voulue par le législateur, peut également porter sur le bon déroulement de la procédure d'inscription sur la liste des curateurs (45).

b) Une loi du 4 septembre 2002 a introduit dans l'article 30 de la loi du 8 août 1997 des dispositions relatives aux conflits d'intérêts, de façon particulièrement malencontreuse. Comme l'a judicieusement relevé I. Verougstraete (46): « On peut être perplexe quant aux raisons qui ont poussé le législateur à s'intéresser de si près à cette matière, alors que les conflits d'intérêts ne semblaient pas vraiment causer problème ». Ceci est d'autant plus vrai que la déontologie du barreau est parfaitement à même de résoudre ce type de pro-

(41) Voy. Liège, 14 mars 2000, *R.R.D.*, p. 182: la cour ne peut examiner le bien-fondé de la décision de l'assemblée générale que si les avis requis par la loi lui sont soumis tels qu'ils ont été rendus. Seuls des avis écrits lui permettent d'exercer sa mission.

(42) Voy. Anvers, 20 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 6.

(43) *Ibidem*.

(44) Aucun recours n'est prévu contre une décision d'inscription sur la liste. Dans ce cas, seul le procureur du Roi peut citer l'intéressé en omission, en vertu de l'article 29 de la loi. Cette procédure distincte n'est pas ouverte à un tiers intéressé (ce qui est logique, car il n'y a pas de « concurrents », en l'absence de *numerus clausus*), ni au bâtonnier (ce qui l'est beaucoup moins), qui devra donc demander l'intervention du procureur du Roi.

(45) Voy. Bruxelles, 8 juillet 1999, *J.T.*, 1999, p. 734 et Bruxelles, 15 juillet 1999, *J.T.*, 1999, p. 698: l'intervention volontaire de l'Ordre a été déclarée recevable – et d'ailleurs fondée – dans des cas de refus d'inscription critiqués pour violation des droits de la défense et défaut d'impartialité, et à l'occasion d'une délibération d'assemblée générale constatant illégalement la vacance de curatelles.

(46) *Op. cit.*, p. 266, n° 393.

blème, et que l'Ordre national a fort bien réglementé la matière (47).

La méthode est critiquable: en prévoyant que les curateurs seront des avocats, soumis à leur déontologie, pourquoi répéter dans un texte spécifique ce qui se trouve déjà dans les règles déontologiques que l'on a précisément et opportunément voulu consacrer?

Si la notion de conflit d'intérêts est bien connue et assez facile à cerner, du moins dans son principe (48), on peut se demander ce qu'est une « apparence de partialité » (49). On comprend certes que le législateur veuille imposer une certaine forme d'impartialité au curateur, mais cette notion est à ce point vague et subjective (50) qu'on voit mal comment le curateur pourra découvrir en lui-même ces « apparences de partialité » et, surtout, aura le sens de l'autocritique assez poussé pour les signaler spontanément!

De manière plus précise, il est prévu que le curateur signale qu'il a accompli « des prestations au bénéfice du failli ou des gérants et administrateurs de la société faillie, ou au bénéfice d'un créancier », mais ceci uniquement au cours des dix-huit mois précédant le jugement déclaratif de faillite. Certes, il ne s'agit que d'éléments de nature à apprécier un éventuel conflit d'intérêts, car celui-ci ne naît pas du simple fait qu'un conseil aurait été donné à un créancier (par exemple, dans une matière étrangère aux relations entre ce créancier et le failli, on lorsque la créance est incontestable et incontestée); mais quel est le sens de cette limite de dix-huit mois, car il est évident que les conflits d'intérêts ne disparaissent pas par le seul écoulement de ce délai assez bref et dont on peut se demander comment il a été fixé?

Etendre l'éventuel conflit d'intérêts aux associés du curateur est l'évidence, mais pourquoi seulement à ses associés et « collaborateurs directs » (51), alors que le conflit d'intérêts peut aller bien au-delà

(47) Voy. ci-après, n° III C.

(48) On en trouve un exemple dans les travaux préparatoires (*Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-877/8, p. 49): celui de l'avocat habituel d'une banque désigné comme curateur dans une faillite dont la principale victime est la banque.

(49) Sauf à se référer aux causes de récusation telles que prévues dans la législation relative au règlement collectif de dettes, voire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'impartialité du juge: cfr *infra*, points V.A.2 et VII.

(50) I. VERUGSTRAETE (*op. cit.*, p. 266, n° 393) parle de « notion floue qui a donné dans d'autres matières lieu à des abus importants (notamment dans la matière des demandes de dessaisissement) ».

(51) Qu'est-ce qu'un collaborateur « indirect »?

(hypothèses du groupement, du correspondant organique, des réseaux, etc...)?

Enfin (52), que devient le secret professionnel de l'avocat concerné? La Cour d'arbitrage a annulé l'alinéa 5 de l'article 30 de la loi du 8 août 1997 (53), qui prévoyait que les déclarations du curateur devaient être versées au dossier de la faillite, décidant à juste titre qu'il avait été ainsi porté atteinte de manière disproportionnée au secret professionnel de l'avocat. Tout n'est cependant pas résolu en cette matière, car la divulgation par le curateur d'une consultation donnée à un créancier au seul président du tribunal peut *in se* constituer une violation du secret auquel l'avocat est tenu, dans l'intérêt de son client et d'une bonne administration de la justice.

On ne peut donc que regretter l'introduction de ces alinéas 2 à 7 dans l'article 30 de la loi sur les faillites : ils créent des formalités inutiles et de dangereuses ambiguïtés dans une matière traditionnellement connue dans la déontologie du barreau, qui reste par ailleurs d'entière application.

c) La création de listes de curateurs est en soi une bonne chose, et l'on doit regretter que le législateur ne soit pas resté dans sa logique en ce qui concerne les commissaires au sursis et les administrateurs provisoires désignés en application de l'article 8 de la loi sur les faillites (54).

Mais la création et la tenue de ces listes ont-elles abouti au but poursuivi qui tendait à combattre certaines tendances à faire jouer des appréciations subjectives ou à favoriser des «protégés locaux» (55)? On n'oserait certainement pas l'affirmer, dans la mesure où la liberté de désignation des tribunaux de commerce reste entière au départ des listes qu'ils ont constituées conformément à la loi et sous le contrôle des cours d'appel. Même si des situations critiquables peuvent exister (56), il nous semble que la

(52) On pourrait également se demander pourquoi ces renseignements doivent être fournis au président du tribunal, qui n'est compétent ni pour nommer, ni pour remplacer les curateurs, et non pas au juge commissaire, à charge pour celui-ci de saisir le tribunal de commerce.

(53) Cour arb., 24 mars 2004, n° 50/2004, *Arr.C.A.*, 2004, liv. 2, p. 609.

(54) On comprend parfaitement, par contre, que le législateur ait laissé ouverte, à l'article 27, alinéa 4, la possibilité pour le tribunal de nommer un ou des curateurs adjointe spécialisés, en raison des qualifications particulières qu'il faut réunir dans certaines faillites importantes.

(55) Pour reprendre les termes de la cour d'appel de Liège, dans son arrêt du 13 novembre 2004, cité sous la note 40.

(56) Dans certaines juridictions, on a vu des curateurs nommés par la cour ne jamais être désignés par le tribunal qui avait été réformé.

solution ne doit pas venir d'une nouvelle modification législative, qui devrait entrer dans des détails inutiles. L'équilibre doit résulter d'un bon fonctionnement interne du tribunal concerné, de l'intervention du procureur du Roi, du dialogue avec le bâtonnier et du contrôle par les autorités hiérarchiques et le Conseil supérieur de la justice.

Il n'est pas prévu, ainsi, de nombre limite de mandats, chaque tribunal étant libre de fixer des règles à cet égard (57).

2. Le règlement collectif de dettes

a) Si la loi sur le règlement collectif de dettes n'a pas prévu l'élaboration de listes de médiateurs de dettes, des équipes ont cependant été constituées dans certains arrondissements judiciaires suite à des appels d'offre (58). Les listes ainsi établies ne semblent toutefois pas avoir la même portée dans tous les arrondissements (59).

b) Indépendamment de l'existence ou non de telles listes, le médiateur de dettes doit, en vertu de l'article 1675/17, §2, du Code judiciaire, présenter des garanties d'indépendance et d'impartialité à l'égard des différentes parties concernées par la procédure en règlement collectif de dettes. Il s'agit en quelque sorte de l'aspect procédural des exigences déontologiques de la profession d'avocat, rendu nécessaire par le fait que les médiateurs ne sont pas nécessairement avocats.

La doctrine n'est pas unanime quant à la portée de cette disposition. Pour certains, la règle ainsi énoncée transpose au médiateur de dettes les exigences fondamentales qui s'imposent au juge, tant en vertu du droit belge que des règles du droit supranational (60), tandis que, pour d'autres (61), les notions d'indépendance et d'impar-

(57) Ainsi, à Nivelles, chaque curateur veille à ne pas accepter en principe plus de 80 mandats en cours.

(58) E. BALATE, P. DEJEMPEPE et F. DOMON-NAERT, *op. cit.*, p. 155, note 336.

(59) Une liste a été établie au sein de l'arrondissement judiciaire de Nivelles à la suite d'un appel aux candidatures, mais celle-ci ne serait pas toujours prise en compte par le juge des saisies. L'absence de mise à jour de cette liste en fonction des désistements et nouvelles candidatures explique sans doute ce constat.

(60) A.F. FAUVILLET et C. PANIER, *op. cit.*, pp. 224-225.

(61) G. DE LEVAL, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, Ed. Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1998, pp. 25-26 et 76. Voy. également E. BALATE, P. DEJEMPEPE et F. DOMON-NAERT, *op. cit.*, p. 151 : selon ces auteurs, la double exigence d'indépendance et d'impartialité «doit évaluer au regard de la mission du médiateur, qui n'est pas une fonction juridictionnelle».

tialité ne doivent pas être entendues de manière excessive en se fondant sur l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme, ce texte excluant les actes ou décisions qui ne tranchent pas au fond. Il faut cependant noter que, même s'il a réévalué réitéré son assertion (62), le professeur de Leval se fondait notamment, lors de l'entrée en vigueur de la loi sur le règlement collectif de dettes, sur une étude jurisprudentielle française (63) relative à l'application de l'article 6, §1^{er}, antérieure à un arrêt de la Cour européenne – capital pour notre propos et dont il sera question plus loin (64) – qui rend cet article applicable à un mandataire de justice, notaire en l'occurrence, dont l'office, pour reprendre l'expression de M. Margenau (65), ne consiste pourtant pas « à décider de contestations sur des droits de nature civile ». Par ailleurs, les raisons pour lesquelles la procédure de récusation du médiateur de dettes peut être envisagée (66), à savoir « des raisons légitimes de douter de son impartialité ou de son indépendance » (67), semblent étrangement coïncider avec la notion d'impartialité objective, telle qu'elle a été appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme (68).

Quoiqu'il en soit, la délimitation entre les notions d'indépendance et d'impartialité n'est pas toujours très nette. E. Balate, P. Dejeu et F. Domont-Naert (69) définissent la dépendance comme « l'existence de liens entre le médiateur et une partie, qui risquent d'entraîner une attitude partielle ou d'altérer la confiance des autres parties envers celui-ci ». En réalité, la notion d'indépendance est fort proche de la notion d'impartialité dans son acception « objective ».

(62) G. DE LEVAL, « Fonction de juger et règlement collectif de dettes », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, note 70, p. 155.

(63) M. FABRE, « Le droit à un procès équitable, Etude de jurisprudence sur l'application de l'article 6, §1^{er} de la C.E.D.H. », J.C.P., 1998, I, 157, p. 1426, n° 6.

(64) Arrêt *Siegel c. France* du 28 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 759 et note Y.H. LELEU, « Procédure de partage judiciaire et dépassement du délai raisonnable de procédure » : cf. point VII.

(65) M. MARGENAU, « Liquidation des régimes matrimoniaux et des successions. notion de délai raisonnable », *Rép. Defrénois*, n° 21/01, p. 1242.

(66) Cf. *infra*, point V.A.2.

(67) Article 1875/17, §2, alinéa 2, C. jud.

(68) La démarche adoptée par la Cour aux fins de détecter les signes d'un éventuel manque d'impartialité au sens objectif du terme consiste à se demander si, indépendamment de l'attitude de la personne concernée par le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, certains éléments liés au statut de cette dernière ou à ses fonctions, autorisent à suspecter son impartialité (adaptation de la définition de l'impartialité objective du magistrat donnée par J. VAN COMPERNELLE, « L'indépendance et l'impartialité du juge », in *Vertrouwen in het gerecht – Confiance dans la justice*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 21 n° 13).

(69) *Op. cit.*, p. 151.

En d'autres termes, le manque d'indépendance est toujours un indice de partialité objective – et vice-versa –, même si l'impartialité subjective (70) n'est pas toujours en cause, tandis que la partialité ne trouve pas toujours son origine dans un lien de dépendance.

Au plan de la désignation, s'il existe une cause d'incompatibilité ou un motif quelconque empêchant le médiateur d'accomplir sa mission en toute impartialité ou indépendance ou qui puisse justifier une demande de récusation, il lui est conseillé d'en aviser le juge sans délai afin de ne pas retarder la procédure (71). A cet égard, on ne peut inférer du seul fait que le médiateur est proposé par le requérant, ce qui est du reste expressément prévu à l'article 1675/4, §2, 5°, du Code judiciaire, que les garanties d'indépendance et d'impartialité ne sont pas réunies dans son chef. Pour cette raison, le juge qui estime devoir s'écarter du choix du requérant veillera à indiquer les motifs de sa décision (72). Il convient de relever que cette question a été abordée au cours des travaux préparatoires notamment pour le cas particulier où le débiteur est déjà préalablement entré en contact avec la personne dont il propose la désignation en qualité de médiateur dans le cadre de la procédure en règlement collectif de dettes. Le vice-premier ministre Di Rupo s'était à ce sujet exprimé en ces termes : « le médiateur de dettes qui est déjà intervenu pour aider la personne sur-endettée dans une phase amiable antérieure au dépôt de la requête, ne peut, par ce seul fait, être suspecté de manque d'indépendance ou d'impartialité (...) Le juge, compte tenu des circonstances, s'abstiendra probablement de désigner un avocat qui serait conseil (73),

(70) Dans l'exercice de sa mission, le mandataire de justice doit se garder d'adopter une attitude qui est ou paraît influencée par des convictions personnelles, étrangères au mandat qui lui est confié. Concernant cette notion d'impartialité subjective dans l'exercice des fonctions de magistrat, voy. N. FRICERO, « Les garanties d'une bonne justice », in *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 2002, n° 2132, pp. 474-475.

(71) R. DAVIN, « Le médiateur de dettes à travers le regard de l'avocat », in *Les procédures en règlement collectif du passif*, Liège, Formation permanente CUP, vol. XXXV, décembre 1999, p. 221. L'article 1675/6, §2 du Code judiciaire stipulant que « lorsqu'il déclare la demande en règlement collectif de dettes admissible, le juge nomme dans sa décision un médiateur de dettes, moyennant l'accord de celui-ci, certains juges s'enquerront de cet accord préalablement à la décision qui le désigne, afin d'éviter les conséquences d'un refus (E. BALATE, P. DEJEU et F. DOMONT-NAERT, *op. cit.*, p. 155).

(72) E. VAN DEN HAUTE, *op. cit.*, p. 68, n° 92.

(73) Civ. Charleroi (sis.), 4 février 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 427 (refus de désigner en qualité de médiateur l'avocat proposé par les requérants dans la mesure où il a été amené à conclure pour ceux-ci en instance d'appel dans un litige qui les oppose à certains de leurs créanciers); Civ. Nivelles (sis.), 30 avril 1999, *Ann. jur. crédit*, 1999, p. 299 (refus de désigner en qualité de médiateur, sur suggestion de la requérante, l'avocat de celle-ci dans la mesure où il ressort de la moti-

débiteur (74), créancier ou concurrent direct du professionnel demandeur d'un règlement collectif de dettes» (75). Si nous rejoignons cette seconde partie de l'affirmation, qui tombe du reste sous le sens, tel n'est pas le cas de la première. On voit mal en effet comment la désignation d'une personne intervenue d'une manière ou d'une autre pour le futur médié avant le dépôt de la requête (76) pourrait ne pas susciter quelque doute dans le chef des autres parties concernées par la procédure. Aussi, la jurisprudence qui admet que puisse être désigné en qualité de médiateur de dettes la personne qui a rédigé la requête en règlement collectif nous semble hautement contestable (77), même si cette pratique jugée courante

variation de la requête qu'il est intervenu auprès de certains créanciers pour négocier des termes et délais; Civ. Bruges (sais.), 20 mai 1999, *T.W.V.R.*, 2003, p. 31 (demande de récusation émanant d'un créancier déclarée fondée dès lors qu'il est apparu que le médiateur de dettes était, préalablement à la procédure de règlement collectif de dettes, intervenu en qualité de conseil du débiteur contre ce créancier, ce même s'il n'est intervenu qu'au début de la procédure judiciaire, sans avoir conclu ni plaidé, et lors d'une demande de facilités de paiements qui a échoué); Civ. Termonde (sais.), 13 avril 1999, *Ann. jur. crédit*, 1999, p. 295 (demande de récusation émanant d'un créancier déclarée recevable et fondée dans la mesure où le médiateur désigné était intervenu, préalablement au dépôt de la requête en règlement collectif de dettes, comme conseil des requérants dans le cadre d'une procédure devant une juridiction cantonale, les opposant à ce créancier); Civ. Verviers (sais.), 27 août 2003, *Ann. jur. crédit*, 2003, p. 321 (demande de récusation formulée par un créancier déclarée fondée, dès lors qu'il ressort d'un courrier adressé à une juridiction et valant déclaration écrite de comparution que le médiateur désigné est préalablement intervenu dans le cadre d'une procédure contentieuse l'opposant à la requérante). Notons que ces applications devraient être conçues de manière générale dès lors qu'au regard des règles déontologiques auxquelles sont soumis l'avocat du médié, celui-ci ne pourrait accepter sa désignation en qualité de médiateur de dettes, même s'il n'est pas préalablement intervenu dans un dossier qui l'oppose à une des parties concernées par la procédure en règlement collectif.

(74) Pour un cas d'application, voy. Civ. Liège (sais.), 23 février 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 429 : «Que les requérants proposent comme médiateur de dettes le centre public d'aide sociale de Liège au service duquel le requérant se trouve; que cette qualité d'employeur et la proximité qu'elle implique est susceptible de jeter un doute dans l'esprit des créanciers quant à la totale impartialité du médiateur».

(75) Rapport fait par M. C. Moors au nom de la commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions nationales scientifiques et culturelles, des classes moyennes et de l'agriculture, *Doc. Parl., Ch. Repr.*, session 97-98, n° 1073/11, pp. 100-101 (cité par A.F. FAUVILLER et C. PANIER, *op. cit.*, p. 226).

(76) Dans le même sens, P. DEJEMPEFFE, «Le ehangement de médiateurs», note sous civ. Bruxelles (sais.), 30 juillet 1999 et Civ. Dinant (sais.), 17 septembre 1999, *Ann. jur. crédit*, 1999, p. 256. A titre d'illustration jurisprudentielle, voir civ. Bruges (sais.), 7 juillet 2000, *T.W.V.R.*, 2002-2003, p. 136 : cas de récusation d'un CPAS désigné en qualité de médiateur de dettes sur proposition du débiteur, en raison d'interventions de divers ordres, préalables au dépôt de la requête en règlement collectif de dettes.

(77) Civ. Liège (sais.), 11 juin 2001, *Ann. jur. crédit*, 2001, p. 502 : refus d'accéder à la demande de «remplacement» formulée par un des créanciers, dès lors que le fait que le médiateur ait rédigé la requête en règlement collectif de dettes n'est pas un signe de partialité dans son chef. Notons qu'au regard de l'argumentation de la créancière, il semble plutôt s'agir d'une demande de récusation du médiateur dès lors qu'il lui est reproché d'être partial, «visant, au fil du temps à accorder de plus en plus de facilités aux débiteurs, au mépris des intérêts des créanciers» (cfr. *infra*, point V.A.2.). Dans le même sens, civ. Verviers (sais.), 27 août 2003, *Ann. jur. crédit*, 2003, p. 321.

permet d'éviter des frais importants (78). Il convient par ailleurs de ne pas perdre de vue que – même si les cas sont logiquement beaucoup plus rares – l'indépendance et l'impartialité du médiateur de dettes ne sont pas davantage garanties en cas d'intervention préalable en faveur d'un des créanciers du médié.

c) Enfin, les médiateurs de dettes ne sont légalement soumis à aucune limitation dans le nombre de mandats qui leur sont confiés.

3. L'administration provisoire

a) Même si le juge de paix qui désigne un administrateur provisoire dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation, il doit cependant tenir compte de toute une série d'orientations légales.

Depuis la loi du 3 mai 2003, l'article 488bis, b), § 2, du Code civil prévoit en effet que chacun peut faire une déclaration dans laquelle il indique sa préférence en ce qui concerne l'administrateur provisoire à désigner s'il n'était plus en état de gérer ses biens. Le juge doit dès lors tenir compte de cette déclaration à laquelle il ne peut déroger que de manière motivée et pour des motifs graves. De même, le paragraphe 3 de ce même article impose au juge de paix de tenir compte de la déclaration que le père ou la mère, le conjoint, le cohabitant légal, la personne vivant maritalement avec la personne protégée, la personne de confiance ou un membre de la famille proche qui a été désigné comme administrateur provisoire peut déposer devant lui et dans laquelle il donne sa préférence quant à l'administrateur provisoire à désigner pour le cas où il ou elle ne peut plus exercer lui-même son mandat (79). Par ailleurs, et sans préjudice de ce qui vient d'être exposé, le juge de paix doit choisir de préférence en qualité d'administrateur provisoire le père ou la mère de la personne à protéger, son conjoint, son cohabitant légal, la personne vivant maritalement avec elle, un membre de sa proche famille ou, le cas échéant, sa personne de confiance. Il tient

(78) L'argument de l'économie de certains frais ne convainc pas puisque l'on ne voit pas pour quoi ce médiateur ne réclamerait pas des honoraires «séparés» pour la récolte des informations et la rédaction de la requête.

(79) Le juge de paix pourra également, par ordonnance motivée, s'écarter de cette déclaration pour des motifs qualifiés de «sérieux». On constate que la distinction entre les motifs graves, qui doivent prévaloir pour que le juge puisse s'écarter de la déclaration du potentiel futur administré et les motifs sérieux dont il est question lorsque la déclaration a été faite par l'administrateur provisoire n'a guère d'importance dès lors que le texte néerlandais contient dans les deux hypothèses les termes «ernstige redens».

compte à cet égard des suggestions éventuellement formulées dans la requête (80). Enfin, le juge de paix doit également, conformément à l'article 488bis, c), § 1^{er}, alinéa 1, du Code civil, tenir compte de la nature et de la composition des biens à gérer, de l'état de santé de la personne à protéger ainsi que de sa situation familiale (81), éléments qui peuvent justifier la nomination d'un administrateur professionnel eu égard aux garanties de compétence professionnelle ou d'indépendance qu'il présente (82) (83). Cette possibilité ne doit cependant pas occulter les caractéristiques de la mission (84) – d'ordre exclusivement patrimonial (85) – de l'administrateur provisoire, qui emportent à notre sens une incompatibilité entre cette qualité et celle de conseil habituel de la personne protégée dans la mesure où la vocation de ce dernier peut s'avérer difficilement conciliable avec une obligation de gestion efficace qui pourrait être exécutée contre la volonté de la personne protégée (86) (87). Par

(80) Cfr. Art. 488bis, c), § 1^{er}, al. 2 nouveau, du Code civil qui entérine une solution prétonienne antérieure.

(81) Situation qui peut révéler des incompatibilités latentes ou explicites entre les intérêts de l'administré et ses familiers (Th. DELAHAYE, «La protection des droits liés à la personne», in *L'administration provisoire*, Fédération du Notariat belge, Bxl., Bruylant, 2004, p. 59, n° 25).

(82) Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 20 décembre 2000, *J.J.P.*, 2001, p. 337: «Le pouvoir d'appréciation du juge est et reste entier et lui permet, en fonction de l'importance du patrimoine, des ressources et de celles à gérer de même qu'en raison de la situation affective familiale, de désigner de préférence un professionnel qui disposera de toutes les garanties d'objectivité et d'indépendance nécessaires». Dans le même sens: J.P. Charleroi (2^{ème} canton), 7 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1017 (somm.); J.P. Hasselt, 21 décembre 1994, *Rev. dr. santé*, 1997-98, p. 208 (d'après les différents éléments soumis au juge, la fille de la personne à protéger abuse d'elle, raison pour laquelle il désigne un avocat en qualité d'administrateur provisoire).

(83) *A contrario* Civ. Charleroi, 15 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1056 (réformation d'une ordonnance désignant un avocat en qualité d'administrateur provisoire dès lors que l'administré souhaite que ce soit son cousin qui s'occupe de la gestion de ses biens, lequel a déjà été initié aux affaires de l'intéressé par le père de ce dernier. Par ailleurs, son état de fortune ne justifie pas le recours à une personne tierce); Civ. Gand, 16 juin 1995, *T.G.R.*, 1996, p. 4 (il n'y a aucune raison de douter, comme l'a fait le 1^{er} juge, des intentions honnêtes de l'appelant et de sa fille qui émettent le souhait de gérer les biens de leur sœur et tante avec l'assistance d'un ancien notaire intervenu antérieurement comme personne de confiance).

(84) Cfr. *supra*, point II.C.

(85) Même si la loi précitée du 3 mai 2003 a introduit quelques dispositions qui dépassent le cadre d'une gestion patrimoniale au sens strict: Voy. notamment l'obligation pour l'administrateur provisoire de décrire, dans les rapports annuel et final, les conditions de vie matérielles et le cadre de vie de la personne protégée ainsi que la manière dont il en a tenu compte (article 488bis, c), § 3, alinéa 1).

(86) Dans le même sens, Voy. Th. DELAHAYE, «L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil). Loi du 3 mai 2003», in *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 45, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 60, n° 78. En tout état de cause, les règles déontologiques auxquelles l'avocat est soumis l'empêcheront d'accepter sa désignation en qualité d'administrateur provisoire d'un de ses clients (cfr. *infra*, point III.C.).

(87) Pour une application jurisprudentielle, voir J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 8 décembre 1992, *R.R.N.* n° 4834, inédit, cité par G. BENOIT, «Mini-chronique de jurisprudence (26 juillet 1991-26 juillet 1993)», *J.J.P.P.*, 1994, p. 84: le magistrat cantonal estime que l'avocat désigné d'office

ailleurs, désigner l'avocat de la personne à protéger en qualité d'administrateur provisoire reviendrait à priver celle-ci d'un répondant d'autant plus essentiel que certaines personnes – en particulier les personnes âgées qui sont largement représentées au sein des dossiers administration provisoire – sont totalement isolées. Cette position ne se justifie dès lors pas par l'outrancière méfiance que certains ont manifesté à l'égard de la profession d'avocat au cours des travaux préparatoires de la loi du 3 mai 2003 (88) modifiant l'article 488bis du Code civil (89), mais bien au contraire par la nécessité pour certaines personnes démunies sur le plan social, de se faire assister par un spécialiste en cas de difficulté ou d'incompréhension entre la personne protégée et l'administrateur provisoire de ses biens.

Le choix du juge de paix arrêté et dans les trois jours de la réception de l'acceptation de sa mission par l'administrateur provisoire, le greffier notifie par pli judiciaire l'ordonnance de désignation au requérant, aux parties intervenantes, à la personne à protéger et, le cas échéant, à la personne de confiance (90). Le législateur a en effet jugé préférable que la notification soit effectuée après l'acceptation de l'administrateur provisoire, dans la mesure où une notification

dans le cadre de l'article 7, § 1^{er} de la loi du 26 juin 1990 relative aux malades mentaux ne peut pas être désigné en qualité d'administrateur provisoire sur pied de l'article 488bis du Code civil, étant donné l'éventualité d'une contrariété d'intérêts. N. De Visser estime quant à elle déplorable «qu'un avocat pour l'administré ne soit pas automatiquement nommé afin de défendre les intérêts personnels de l'administré face à la 'toute puissance' de l'administrateur provisoire, lequel devra parfois prendre des mesures qui touchent au droit à la liberté d'établissement, au droit à la santé ..., contrairement au souhait de son administré et ce pour des raisons essentiellement économiques» («L'are-en-ciel des statuts de protection des biens des incapables», in *L'administration provisoire: examen de 10 ans d'application de la loi du 18 juillet 1991 relative à la protection des biens de certains incapables majeurs*, Bruges, La charte, 2003, p. 68). A noter que la question de la commission d'office d'un avocat intervenant pour la personne à protéger qui n'avait désigné ni personne de confiance (cfr. *infra*) ni avocat a été envisagée au cours des débats parlementaires qui ont abouti à l'adoption de la loi du 3 mai 2003 (cfr. amendement n° 1 proposé par M. Hovs, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 1999-2000, n° 0107/002, pp. 1 et 2) mais n'a finalement pas été retenue (amendement n° 52 de M. GOUTRY, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2001-2002, n° 0107/009, p. 20).

(88) Cfr. développements de la proposition de loi déposée le 23 septembre 1999, *Doc. parl.*, Ch. repr., session extraordinaire 1999, n° 107/1-1999, p. 6. Il était en réalité proposé d'introduire un alinéa à l'article 488bis, § 1^{er}, du Code civil interdisant au conseil de la personne protégée qui avait signé la requête en désignation d'un administrateur provisoire, d'être nommé en cette qualité, ce dans la mesure où il s'agissait d'éviter «toute suspicion à l'encontre de l'avocat de la personne dont le patrimoine devrait être protégé, dont on pourrait craindre que le conseil laisse mettre en place une mesure de protection des biens, dans son propre intérêt de futur administrateur de son patrimoine».

(89) *M.B.*, 31 décembre 2003, p. 62266.

(90) Article 488bis, c), § 1, al. 9, du Code civil.

antérieure aurait pu apparaître prématurée si celui-ci n'accepte pas sa mission (91).

b) En cas d'opposition d'intérêts entre la personne protégée et l'administrateur provisoire dans une situation particulière, l'article 488bis, f), § 1^{er}, du Code civil, enjoint à ce dernier de n'agir que moyennant une autorisation spéciale du juge de paix, à sa requête. Cette solution est critiquée à juste titre en ce qu'elle permettrait à l'administrateur provisoire dûment autorisé d'agir avec «deux casquettes» en cas d'opposition d'intérêts (92) et il est dès lors conseillé à celui qui contracte avec l'administré de solliciter la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour signer l'acte, ce conformément au droit commun (93) qui interdit au mandataire de se porter contre-partie du mandant (94).

c) Concernant l'éventuelle limitation du nombre de mandats en matière d'administration provisoire, l'article 488bis, c), § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil dispose que : «le Roi peut subordonner l'exercice de la fonction d'administrateur provisoire à certaines conditions, notamment en limitant le nombre de personnes dont un administrateur provisoire a pour mission de gérer les biens».

(91) Proposition de loi modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, Développements, Doc. parl., Ch. repr., session 1997-1998, n° 1465/1, p. 6.

(92) P. MARCHAL, «Les incapables majeurs», in *Rép. not.*, t. I, livre III, p. 238.

(93) Cfr. à cet égard l'article 1596 du Code civil : les mandataires ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées, des biens qu'ils sont chargés de vendre. Voy. également Cass. (1^{ère} ch.), 18 mars 2004, *R.W.*, 2004-2005, liv. 8, p. 303 : selon la Cour, il existe un principe général du droit suivant lequel quiconque accomplit des actes juridiques pour le compte d'un tiers ne peut intervenir en qualité de partie adverse de ce tiers.

(94) Th. DELAHAYE, «L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil). Loi du 3 mai 2003», in *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 45, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 132, n° 190. Pour P. MARCHAL (*op. cit.*, p. 238), il faut considérer que l'autorisation spéciale du juge de paix est une condition de validité de l'acte, qui ne dispense pas l'administrateur provisoire de se faire remplacer. En donnant l'autorisation spéciale, le juge de paix peut désigner un administrateur provisoire *ad hoc* aux fins de l'acte considéré. L'article 488bis-D, alinéa 1, lui en donne le pouvoir. Pour des exemples jurisprudentiels, voy. J.P. Westerlo, 9 février 2004, *J.J.P.*, 2004, p. 218 (désignation d'un administrateur *ad hoc* en vue de la confirmation d'un acte juridique de porte-fort dans le cadre de l'achat d'un bien immobilier dès lors que le «porte-fort» a ultérieurement été désigné comme administrateur provisoire); J.P. Jumet, 14 novembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 323 (désignation d'un administrateur provisoire *ad hoc* à l'occasion d'une demande d'autorisation de vente de gré à gré d'un immeuble de la personne protégée, dans la mesure où l'administrateur provisoire, en l'occurrence fils de celle-ci, est personnellement intéressé par l'achat de ce bien). *Contra* : J.P. Roulers, 16 décembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 267 (le juge estime, dans le cadre d'une demande de rachat d'une habitation faisant partie d'une succession, que l'intervention simultanée de l'administrateur provisoire pour ses intérêts personnels et pour ceux de la personne protégée, même si ceux-ci sont réputés contraires, est tout à fait possible dans le cadre de la législation du 18 juillet 1991).

Aucun arrêté royal n'a encore été pris à cet égard, malgré les discussions passionnées qui eurent lieu sur la question dans le cadre des travaux préparatoires de la loi du 3 mai 2003 (95), certains préconisant – sur recommandation de l'Association nationale d'aide aux handicapés mentaux et eu égard au nombre astronomique de mandats confiés à certains avocats privilégiés – une limitation expresse du nombre des mandats d'administrateur provisoire dans le corps même de l'article 488bis du Code civil, ce aux fins d'assurer l'un des objectifs prioritaires des modifications législatives qu'était la personnalisation de la gestion des biens de l'administré. Nous estimons quant à nous que si le législateur devait prévoir une telle limitation, l'exigence devrait être générale et ne pas concerner un type de mandat en particulier, ce qui serait de nature à créer des inégalités difficilement justifiables (96). Par ailleurs, une telle limitation devrait tenir compte de l'importante infrastructure que nécessite la gestion de tels mandats de justice et dans laquelle l'on ne peut raisonnablement investir sans avoir la perspective de pouvoir la rentabiliser un minimum. Il ne faudrait en effet pas en arriver à décourager le développement de structures qui permettent précisément une gestion optimale du mandat confié (97). En définitive, une telle limitation fixée de manière générale se justifiait-elle? Ne vaut-il pas mieux s'en remettre à la sagesse du juge chargé du contrôle?

C. – Les règles déontologiques applicables aux avocats désignés en qualité de mandataires de justice

Le terme «déontologie», on le sait, a été «inventé» en 1825 par le philosophe utilitariste anglais (98) Jérémy Bentham; il s'entend commu-

(95) Cfr. amendement n° 2 proposé par M. HOVE, Doc. parl., Ch. repr., session 1999-2000, n° 0107/002, p. 3 et Rapport fait au nom de la commission de la justice par Monsieur K. Van Hoorebeke, Doc. parl., Ch. repr., session 2001-2002, n° 0107/012, pp. 30-34.

(96) A titre d'exemple, si les mandats d'administration provisoire sont limités à 30, un avocat qui n'exerce, en qualité de mandataire de justice, que ce type de mandats, sera limité à ce nombre, tout comme le sera son confrère qui par contre gère en sus une quarantaine de faillites et une vingtaine de médiations de dettes...

(97) Dans le même sens, Th. DELAHAYE, «L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil). Loi du 3 mai 2003», in *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 45, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 84, pp. 62-63.

(98) G.A. DAL, *op. cit.*, p. 335.

nément de l'ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent définis par un ordre professionnel (99). Dès lors que ces devoirs trouvent originellement leur source dans l'éthique, l'on parle également de « morale juridicisée » ou de « droit moraliste » (100). Les règles déontologiques sont d'autant plus importantes dans le cadre qui nous occupe qu'elles justifient qu'il soit fait choix d'un avocat (101) comme mandataire, soit que la loi l'impose – comme dans le cadre des faillites –, soit que la juridiction concernée l'estime opportun en termes de garanties.

La règle essentielle en matière de mandats de justice se trouve dans le règlement de l'Ordre national du 17 février 1972, toujours en vigueur, selon lequel les avocats investis d'un mandat de justice restent soumis à toutes les obligations déontologiques du barreau compatibles avec la mission dont ils sont chargés. Tel est le principe, simple et clair, et, si certaines exceptions sont admises, encore faut-il qu'elles soient justifiées par la nécessité dans laquelle se trouve l'avocat mandataire de justice d'accomplir sa mission conformément à la loi (102).

Un des principes fondamentaux, qui est à la base de la déontologie de l'avocat et duquel bon nombre d'autres règles plus particulières découlent, est l'indépendance (103). Il est ainsi exprimé dans l'article 2.1.1. du Code de déontologie des avocats de l'union européenne : « La multiplicité des devoirs qui incombent aux avocats leur impose une indépendance absolue, exempte de toute pression, notamment de celle résultant de leurs propres intérêts ou d'influences extérieures. Cette indépendance est aussi nécessaire pour la confiance envers 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 ses clients, aux juges ou à des tiers » (104).

(99) G. CORNU, *op. cit.*, p. 267.

(100) D. ALLAND et S. RIALS (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 361.

(101) Voy. sur ce point, *infra*, la contribution de J.-F. VAN DROOGHENBROECK, n° 1 et 4.

(102) G.A. DAL, *op. cit.*, p. 340. Cette remarque fait apparaître toute l'importance d'avoir décrit sommairement dans le point II les différentes missions assignées aux mandataires de justice concernés par la présente contribution.

(103) Cfr. P. LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, Éditions du Jeune Barreau, 1980, p. 314 : « La vérité est que l'indépendance de l'avocat est d'intérêt social. Elle n'existe qu'en vue d'une bonne organisation de la justice. Si, dans son étendue et son usage, elle dépend des sentiments des barreaux eux-mêmes, dans son principe, elle est immuable ».

(104) Nous constatons dès lors, au regard des définitions qui en ont été données plus haut (cfr. point III B 2., b)), qu'en matière de déontologie également cette notion est fort proche de celle

Les règles édictées par l'Ordre national en matière de mandats de justice tendent précisément à préserver cette indépendance. Si l'on range usuellement ces règles sous le vocable « incompatibilités », nous préférons – la profession d'avocat n'étant pas en soi incompatible avec l'exercice des mandats de justice – les envisager sous l'angle de la prohibition des « conflits d'intérêts », qui sont de nature à empêcher l'avocat d'accepter la mission qu'on lui propose ou à l'obliger à se faire remplacer ou à s'abstenir d'accomplir certains actes (105). Ainsi, le règlement du 8 février 1979 de l'Ordre national, en son article premier, interdit à l'avocat « d'accepter le mandat de curateur de faillite, de commissaire d'un concordat judiciaire ou de liquidateur d'un concordat judiciaire par abandon d'actif lorsqu'il est le conseil du commerçant failli ou concordataire. Cette interdiction vaut également pour l'avocat qui a été le conseil de ce commerçant, à moins qu'il n'ait été consulté à propos d'une question totalement étrangère à la faillite ou au concordat ». L'article 2 de ce règlement comporte ces mêmes interdictions pour l'avocat qui est ou a été le conseil du créancier qui a joué un rôle déterminant dans l'ouverture de la faillite ou du concordat (106). Si le règlement se réfère exclusivement aux mandats commerciaux, il n'est point douteux qu'il peut être transposé à l'ensemble des mandats de justice dès lors qu'il n'est que l'expression du principe fondamental de l'indépendance de l'avocat, qu'il soit ou non mandataire de justice (107). Ce point de vue trouve la confirmation dans le règlement de l'Ordre national du 18 janvier 1990 qui dispose quant à lui plus généralement qu'« il est interdit à l'avocat d'exercer un mandat de justice, lorsque, dans le cadre de ce mandat, il peut être confronté à un conflit

d'impartialité. Ainsi, un avocat qui doit, conformément aux règles déontologiques auxquelles il est soumis, exercer ses fonctions en toute indépendance, doit être impartial au sens objectif du terme dans la défense des intérêts qui lui sont confiés.

(105) G.A. DAL, *op. cit.*, p. 343.

(106) Il convient de distinguer cette hypothèse de celle dans laquelle une contrariété d'intérêts n'apparaît que de manière isolée – par exemple lorsque le curateur est le conseil habituel d'un créancier qui n'a joué aucun rôle dans la déclaration de faillite, ou d'un débiteur à charge de qui il doit agir – et l'oblige, non pas à refuser le mandat dont on veut l'investir, mais bien de s'abstenir d'intervenir pour ce client en particulier et de se faire remplacer par un curateur *ad hoc* (Cfr. G.A. DAL, *op. cit.*, p. 346). Une décision du conseil de l'Ordre de Bruxelles du 22 mai 1973 (citée par P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 62) précise que l'avocat ne peut accepter la mission de curateur lorsqu'il est le conseil habituel d'un créancier du failli que pour autant qu'il ne soit pas intervenu directement contre ce dernier.

(107) Notons à cet égard que le règlement de l'Ordre des avocats du barreau de Charleroi reprend ces articles en y insérant d'autres mandats de justice. Voy. également l'article 132.2, de la Tradition du Barreau de Liège (cité par R. DAVIN, *op. cit.*, p. 222, note n° 9) qui fait également référence à ce type d'incompatibilités pour toute une série de mandats.

d'intérêts, notamment s'il a exercé un mandat judiciaire ou conventionnel auparavant» (108). En vertu de cette règle, l'avocat administrateur provisoire ne peut être désigné comme médiateur de dettes de la personne dont il administre les biens (109), pas plus qu'en qualité de curateur de la faillite de cette personne si elle est commerçante (110). De même, il n'est pas permis qu'un avocat puisse être successivement administrateur, liquidateur et curateur dès lors qu'il doit pouvoir apprécier la responsabilité personnelle du titulaire du précédent mandat et qu'il est exclu qu'il soit amené à devoir juger de sa propre gestion (111). Par ailleurs, dans la mesure où la disposition vise tant les mandats judiciaires que conventionnels, il est interdit pour un avocat d'accepter sa désignation en qualité de médiateur de dettes d'un de ses clients, même – à notre sens – dans l'hypothèse (112) dans laquelle il n'aurait été consulté qu'aux fins de rédiger la requête en règlement collectif de dettes (113). La même règle s'impose bien entendu en matière d'administration provisoire (114).

L'indépendance de l'avocat, qui implique aussi l'interdiction de représenter et de plaider en certaines circonstances (115), vaut également pour l'exercice d'un mandat de justice. Ainsi, en est-il de la norme déontologique en vertu de laquelle l'avocat qui a un intérêt personnel matériel ou simplement moral dans une cause doit s'abstenir d'y intervenir (116). Il est dès lors formellement déconseillé

(108) Ce règlement transpose aux mandataires de justice le principe déontologique plus général selon lequel il est interdit à l'avocat de consulter ou de plaider pour une partie, s'il a déjà consulté ou plaidé, dans le même litige, pour une autre partie ayant un intérêt opposé, interdiction qui s'étend – sauf circonstances exceptionnelles à apprécier par le Bâtonnier – à tous les litiges connexes à celui ou à ceux dans lesquels l'avocat est déjà intervenu en qualité de conseil d'une autre partie ayant un intérêt opposé (cf. règles et usages rappelés par le conseil de l'Ordre de Brl le 2 juin 1970, cité par A. BRAUN et F. MORREAU, *La profession d'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1985, n° 561, p. 159).

(109) Cfr. *supra*, point III.B.; E. BALATE, P. DEJEMPEPPE et F. DOMON-NAERT, *op. cit.*, p. 148.

(110) J.-J. GERMEREAU, «Les principes fondamentaux de dignité, probité, délicatesse selon l'article 456 du Code judiciaire», in *Regards sur les règles déontologiques et professionnelles de l'avocat*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2001, p. 46.

(111) *Ibidem*, p. 45.

(112) Cfr. *supra*, note n° 77.

(113) Le conflit d'intérêts nous semble évident du simple point de vue du respect du secret professionnel couvrant les confidences faites à cet avocat, en sa qualité de conseil du justiciable.

(114) Cfr. *supra*, point III.B.3.

(115) Interdictions imposées par la loi, les usages professionnels du barreau ou en raison de la situation personnelle de l'avocat par rapport au client qu'il est chargé de défendre: cfr. A. BRAUN et F. MORREAU, *op. cit.*, pp. 68 et s.

(116) Cfr. C. LECLERCQ, *Devoirs et prérogatives de l'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 103, n° 54. «Lorsque l'avocat veut convaincre, et telle est bien sa fonction fondamentale, il faut que sa

aux avocats de plaider pour leurs proches parents et même d'entreprendre pour eux des négociations qui peuvent donner lieu à discussions, ou de se trouver à la barre dans un procès où un proche parent est partie (117). Même si rien n'empêche, en vertu de l'article 488bis du Code civil, un avocat d'être désigné en qualité d'administrateur provisoire d'un proche parent, il s'abstiendra d'accomplir sa mission en sa qualité d'avocat et en faisant état de cette qualité (notamment en utilisant son papier à lettre professionnel). Dans ce même ordre d'idées, le conseil de l'Ordre de Bruxelles recommande, au regard des devoirs d'indépendance et de délicatesse de l'avocat, de ne pas défendre non plus les intérêts d'un confrère qui est associé ou groupé avec lui ou d'un confrère qui est son patron (118) ou son collaborateur (119). Tel doit également être le cas en matière de mandat de justice. Enfin, cela va sans dire, il n'est pas davantage concevable que des avocats d'un même cabinet prennent en charge des intérêts contradictoires, fût-ce dans l'exercice de mandats de justice (120); encore faut-il, bien entendu, qu'il y ait contradiction d'intérêts, ce qui ne sera pas le cas pour la production et l'admission d'une créance qui n'est susceptible d'aucune contestation.

Il est une règle, résultant aussi de l'exigence d'indépendance de l'avocat et dès lors applicable en principe à l'ensemble des membres

démonstration procède d'une conviction qu'il s'est forgée et des faits et du droit à y appliquer, sans qu'il puisse un instant être suspecté d'avoir laissé sa démarche intellectuelle dévier par des considérations étrangères au litige, par des sentiments ou par des intérêts qui ont pu l'égayer, pour se confondre, peu ou prou, avec son client».

(117) A. BRAUN et F. MORREAU, *op. cit.*, p. 69, n° 257 et 258. Voy. également l'article 88 de la Tradition de Liège, cité par L.P. MARRECHAL, «Le mandat de l'avocat», in *Regards sur les règles déontologiques et professionnelles de l'avocat*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2001, p. 159.

(118) L'indépendance de l'avocat signifie une absence de dépendance vis-à-vis du client, même d'un point de vue hiérarchique: R. DANOVI, *Essais sur la déontologie*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2002, p. 139.

(119) Cfr. Recommandation du 7 mars 1995 sur les devoirs d'indépendance et de délicatesse dans le cadre de la défense des intérêts d'un proche, citée par J.-J. GERMEREAU, *op. cit.*, pp. 53-54. Par extension, le conseil de l'Ordre de Bruxelles considère que ces devoirs commandent pareillement de s'abstenir de prendre en charge les intérêts d'un parent proche d'un confrère associé, collaborateur ou patron dès lors que l'indépendance ou l'objectivité de l'avocat sollicité risque d'être mise en doute à tout moment.

(120) «Le respect de l'obligation d'abstention en cas d'opposition d'intérêts s'applique aux avocats associés, qui ne peuvent conseiller des parties opposées»: A. BRAUN et F. MORREAU, *op. cit.*, p. 159, n° 562. Pour un exemple jurisprudentiel exact dans son dispositif, mais dont la motivation n'est pas à l'abri de la critique, voy. Civ. Bruges (saia.), 21 janvier 2000, *Ann. jur. crédit*, 1999, p. 300. demande de récusation d'un médiateur de dettes émanant d'un créancier déclaré recevable et fondée dans la mesure où, même si le fait pour le médiateur proposé d'être un avocat stagiaire du conseil des requérants n'empêche pas en soi d'être désigné comme médiateur de dettes (et ceci est contestable), les requérants ne font pas clairement la distinction entre leur propre conseil et le médiateur dès lors que les contacts avec ce dernier ont lieu dans le cabinet commun

du barreau, qui, sous peine de voir le mandat de justice vidé de son contenu, doit être bien comprise : il s'agit de l'interdiction pour l'avocat de plaider sa propre cause (121). Le mandataire de justice, qui plaide lui-même, ne défend pas sa propre cause, mais les intérêts dont il est en charge. Plus particulièrement en matière de faillites, où la loi a prévu la désignation d'avocats spécialisés, précisément pour qu'ils soient en mesure d'intervenir dans les diverses procédures (122). Ainsi, le conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Nivelles a, à cet égard, dégagé certains principes que nous ne pouvons qu'approuver, car ils sont la bonne application des usages traditionnels, selon lesquels l'avocat investi d'un mandat de justice peut (123) plaider lui-même, sauf lorsque :

1° il doit plaider un problème de droit particulier dans une matière dans laquelle il ne dispose pas des compétences nécessaires (124);

2° il est amené à plaider sur une demande visant ses propres honoraires lorsque ceux-ci sont contestés (125);

3° sa responsabilité personnelle est mise en cause.

IV. - LE CONTRÔLE

A. - Le contrôle judiciaire

Chacune des étapes des procédures concernées constituant autant de contrôles auxquels sont soumis les mandataires de justice, leur examen systématique - comme, par exemple, l'énoncé des actes soumis à autorisation - sortirait du cadre de notre réflexion.

En matière de faillites, le contrôle du bon déroulement des opérations de liquidation est dévolu au juge-commissaire nommé, en vertu de l'article 11 de la loi sur les faillites, parmi les membres du tribunal, le président excepté (126), et «chargé spécialement d'accélé-

(121) A. BRAUN et F. MORRAU, *op. cit.*, p. 72, n° 273.

(122) Agir autrement ôterait tout intérêt au prescrit légal et mettrait à charge de la masse des frais supplémentaires.

(123) On pourrait même dire qu'il doit, en règle, plaider lui-même.

(124) Notons que cette première exception ne découle pas, contrairement aux deux autres, du principe d'indépendance.

(125) Dans le même sens, voy. une décision du conseil de l'Ordre de Bruxelles du 11 décembre 1962, citée par A. BRAUN et F. MORRAU, *op. cit.*, p. 151, n° 544.

(126) Comme le relève I. VERVOUSTRAETE (*op. cit.*, p. 277, n° 416), le législateur a exclu le président du tribunal pour éviter le «mélange de qualités». Le président a une «fonction de contrôle général»; il ne peut se substituer au juge commissaire.

rer et de surveiller les opérations, la gestion et la liquidation de la faillite» (127). Ce droit de contrôle (et non d'immixtion dans la gestion, qui appartient au curateur) est aussi exercé par le procureur du Roi, qui intervient tout au long de la procédure et qui, en vertu de l'article 36 de la loi «peut assister à toutes les opérations de la faillite, consulter à tout moment le dossier de la faillite, prendre connaissance des livres et papiers du failli, vérifier sa situation et se faire donner par les curateurs tous les renseignements qu'il juge utiles».

Le contrôle suppose également que les créanciers et tiers intéressés disposent d'informations sur le déroulement des opérations : ainsi, chaque année et pour la première fois douze mois après leur entrée en fonction, les curateurs remettent au juge-commissaire un état détaillé de la situation de la faillite, qui comporte «notamment l'indication des recettes, des dépenses, des répartitions, ainsi que de ce qu'il reste à liquider», de même que «l'état des contestations des créances» (128); une copie de chaque état est versé au dossier, tenu au greffe pour chaque faillite, contenant diverses informations énumérées à l'article 39 de la loi sur les faillites et dont tout intéressé peut pendre connaissance gratuitement et obtenir copie moyennant paiement des droits de greffe.

Des rapports doivent également être établis en matière de règlement collectif de dettes et d'administration provisoire, tant au cours du mandat qu'à la fin de celui-ci (129). En matière de règlement collectif de dettes, ces rapports peuvent être consultés par le débiteur et les créanciers, tandis que les rapports de l'administrateur provisoire doivent être transmis, non seulement au juge de paix et à la personne protégée (130), mais également, depuis la loi du 3 mai 2003, à sa personne de confiance. Cette

(127) Art. 35, al. 1^{er}, loi du 8 août 1997 sur les faillites. Quant aux diverses modalités du ce contrôle, voy. I. VERVOUSTRAETE, *op. cit.*, p. 278, n° 419.

(128) Art. 34, loi du 8 août 1997 sur les faillites.

(129) Cfr. article 1675/17, § 3 du C. jud. pour le règlement collectif de dettes et article 488bis, c), §§ 2 et 3 C. civ. pour l'administration provisoire. Voy. également G. CLOSTER-MARCHAL, «Le mandataire de justice et le respect des garanties procédurales», *infra*, n° 7 et 8; 17 et 18; 21.

(130) Sauf dispense du juge de paix de transmettre ce rapport à la personne protégée si elle n'est pas à même d'en prendre connaissance (article 488bis, e), § 2, C. civ.). Notons par ailleurs que l'administrateur provisoire doit informer la personne protégée des actes qu'il accomplit et a l'obligation de se concerter personnellement avec elle, ou à tout le moins avec sa personne de confiance (articles 488bis f), § 1^{er} et 488bis, e), § 3, al. 4, C. civ.).

dernière qui fait en réalité office d'intermédiaire (131), est aussi envisagée par le législateur comme une sorte de « *subrogé tuteur, chargé de surveiller l'administrateur* » (132) et qui doit pouvoir faire « *corriger les choix faits par l'administrateur qui sont trop souvent guidés par des considérations purement matérielles* » (133). Le rôle de la personne de confiance – bien que très critiqué par les praticiens (134) – n'est dès lors pas dénué d'importance dans le cadre du contrôle général du juge de paix, d'autant que l'article 488bis, b), § 4, du Code civil dispose que, lorsqu'elle constate que l'administrateur provisoire manque à ses devoirs dans l'exercice de sa mission, elle doit, en tant que personne intéressée, demander au magistrat cantonal de revoir son ordonnance.

B. – Le contrôle ordinal

Dès lors que le mandataire de justice est un avocat, il est tenu au respect des dispositions légales applicables à la mission qui lui est confiée comme de la déontologie de sa profession (135); en ce sens, on peut dire qu'il relève à la fois de la juridiction qui l'a désigné et du barreau auquel il appartient. Cette dualité d'obligations est voulue, soit par la loi, soit par le juge qui a procédé à la désignation.

Mais comment délimiter les attributions respectives de la juridiction et du barreau? La réponse à cette question peut être donnée soit par l'établissement d'un inventaire aussi exhaustif que possible des cas de figure qui sont de la compétence exclusive du juge ou du bâtonnier, ou de leurs compétences conjointes (136), soit en tentant de dégager les principes applicables.

(131) Pour une vue d'ensemble des attributions de la personne de confiance depuis la loi du 3 mai 2003, voy. F. REUSENS, « L'administration provisoire revue et corrigée : aperçu des nouvelles dispositions introduites par la loi du 3 mai 2003 », *Rev. not.*, 2005, pp. 218-220.

(132) Cfr. *Ann. parl.*, Sénat, session 2002-2003, séance du 12 décembre 2002, p. 2.

(133) Rapport fait au nom de la commission de la justice le 18 mars 2002 par M. Karel Van Hoorebeke, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2001-2002, n° 0107/012, pp. 65 et 66.

(134) Les nouvelles attributions de cette personne créent chez bon nombre d'administrateurs professionnels un sentiment légitime de mise sous tuteur. Elles risquent dans le même temps d'accroître la charge de travail des juges de paix qui seront certainement amenés à devoir arbitrer un grand nombre de conflits qui pourraient dans certains cas s'avérer inextricables, ce d'autant qu'il n'a pas été prévu d'incompatibilité pour endosser la qualité de personne de confiance.

(135) Cette dualité n'est pas neuve en soi : ainsi, lorsque l'avocat représente ou assiste un client en justice, il est tenu au respect des règles de procédure, comme aux obligations déontologiques qui sont les siennes (par exemple, en matière de demandes de remise, de fixation ou de significations).

(136) Voy. G.A. DAL, *op. cit.*, p. 352, n° 10, qui reproduit un relevé effectué en 1981 par une commission du barreau de Bruxelles. Une telle approche est intéressante, et ce relevé pourrait utilement être mis à jour.

De manière générale, on peut dire que les compétences du juge et du barreau sont conjointes et parallèles, les attributions de l'un n'interférant en règle pas dans celles de l'autre : il y va de l'autonomie du disciplinaire. Mais cette autonomie, réelle et souhaitable, connaît néanmoins des exceptions. Ainsi, comme nous l'avons vu, le bâtonnier donne un avis lors de la procédure d'inscription d'un candidat sur la liste des curateurs et le barreau est recevable à agir dans une procédure qui touche au respect des droits de la défense d'avocats; de la même manière, les sanctions disciplinaires majeures de la suspension et de la radiation suspendront ou mettront un terme définitif à l'activité de l'avocat, également comme mandataire de justice.

L'erreur serait de considérer qu'il pourrait y avoir une forme de concurrence entre l'exercice des deux contrôles, chacun ayant un objet différent : en réalité, il n'y a rien de vraiment neuf en ce domaine et l'on peut utilement s'inspirer des règles traditionnelles qui gouvernent de longue date les relations entre la magistrature et le barreau.

V. – LES SANCTIONS

A. – Les sanctions légales (137)

1. La curatelle de faillites

Il n'existe, en principe, qu'une sanction, prévue à l'article 29 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites : il s'agit de l'omission de la liste des curateurs sur citation du ministère public (138). C'est l'intérêt de la gestion des faillites qui est en cause, et l'on doit bien prendre cette mesure comme une sanction même si ce n'est qu'une « *mesure générale qui en soi n'implique aucun jugement de valeur quant à l'action du curateur dans une faillite déterminée et n'a pas de portée quant aux faillites déjà attribuées* » (139). La décision doit être motivée et est susceptible des recours de droit commun.

(137) Nous n'abordons ici que les sanctions spécifiques à l'exercice de ces mandats; les sanctions pénales et civiles de droit commun s'appliquent bien entendu également.

(138) L'omission de l'intéressé à sa propre demande, ou celle qui est la conséquence d'une omission du tableau de l'Ordre, ne sont d'évidence pas des sanctions.

(139) I. VEROUSTRATE, *op. cit.*, p. 269, n° 397.

La liste des sanctions doit, en principe s'arrêter là car la procédure de remplacement des curateurs (article 31 de la loi sur les faillites) est, dans l'esprit du législateur de 1997, une mesure neutre, étrangère à toute idée de sanction et dès lors non appelable (140). Mais alors, pourquoi la loi du 4 septembre 2002 a-t-elle ajouté un dernier alinéa à l'article 31 de la loi du 8 août 1997, ainsi libellé : «*Si le curateur est remplacé à sa demande, il en est fait explicitement mention dans la publication susvisée*»? I. Veroustraete (141) relève très justement cette contradiction (il classe d'ailleurs le remplacement comme un des «*deux types de protection contre les manquements que commettraient les curateurs*») et ajoute : «*Il semble devoir être déduit de cette évolution qu'un curateur remplacé contre son gré se trouve dans une position très difficile, sauf à faire un pourvoi en cassation assez aléatoire. Il lui faudra sans doute, s'il fait l'objet d'un remplacement intempestif du tribunal, citer l'Etat belge ou le magistrat en dommages-intérêts pour faute commise à son égard s'il veut obtenir une réparation du préjudice matériel et moral qui lui été causé*».

À côté de cette sanction déguisée, il y en a encore une autre, plus perverse parce qu'implicite, qui consiste à ne jamais désigner un curateur admis sur la liste, ou à ne plus désigner un mandataire qui l'était habituellement. Un arrêt de la cour d'appel de Liège (142), qui précise que l'admission d'un créancier au passif de la faillite ressort de l'appréciation souveraine du curateur sauf contredit, cite un passage de A. Cloquet qui décrit cette pratique : (143) : «*Il n'y a pas d'autre sanction ou recours directs pouvant empêcher le curateur d'admettre une créance douteuse. Bien entendu, le curateur qui admettrait une créance manifestement non fondée nuirait à son propre crédit et risquerait de ne plus se voir confier d'autres curatelles*».

Certes, une telle sanction de fait peut être parfaitement justifiée, et le choix du mandataire de justice relève de la compétence du juge : mais l'abus de ce droit, s'il existe, ne pourrait être sanctionné, ici aussi que par une action en responsabilité.

(140) La Cour d'arbitrage l'a confirmé dans son arrêt n°43/2004, 17 mars 2004 (*Arr.C.A.*, 2004, liv. 2, p. 529), qui s'inspire précisément des travaux préparatoires de la loi de 1997. La Cour précise que les curateurs ne peuvent être considérés comme une catégorie professionnelle spécifique dotée d'une déontologie propre et que le remplacement ne peut être considéré comme une sanction disciplinaire mais plutôt comme une mesure interne du tribunal de commerce.

(141) *Op. cit.*, p. 269, n°400.

(142) Liège (7^{ème} ch.), 16 décembre 2004, *J.T.*, 2005, pp. 217-218.

(143) *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, n°2338.

2. Le règlement collectif de dettes

a) L'article 1675/17, §2, du Code judiciaire prévoit une procédure de récusation à bref délai du médiateur s'il existe des raisons légitimes de douter de son impartialité ou de son indépendance. Ce qui importe dans les causes de récusation telles qu'elles ressortent de cet article, c'est que conformément aux définitions qui ont été données aux qualités que doit revêtir le médiateur de dettes, le demandeur ne doit pas prouver le manque d'indépendance ou d'impartialité mais doit démontrer qu'il est permis d'en douter (144).

La procédure se déroule comme en matière de récusation des experts et présente par ailleurs des analogies avec la récusation des juges prévue aux articles 828 et suivants du Code judiciaire. La requête doit ainsi être introduite dans la huitaine de la date où la partie aura eu connaissance des causes de la récusation. Une partie ne peut par ailleurs récuser le médiateur proposé par elle que pour une cause ou un fait dont elle a eu connaissance après sa désignation. Enfin, aucune récusation ne peut être proposée après l'expiration du délai de déclaration de créance (145), à moins que la cause de la récusation n'ait été révélée à la partie après ce délai. Le médiateur doit quant à lui, dans les huit jours de la notification de l'acte de récusation par le greffier, déclarer s'il accepte ou conteste la récusation. Celle-ci est admise si le médiateur l'accepte ou s'il garde le silence. En cas de contestation, le juge statue après avoir entendu le médiateur et les parties en chambre du conseil. Si la récusation est rejetée, la partie qui l'a demandée peut être condamnée à des dommages et intérêts si le médiateur le requiert. Dans ce cas cependant, il ne pourra poursuivre son mandat. Si le juge admet la récusation, il nomme d'office le nouveau médiateur dans son jugement (146).

b) Une autre procédure est prévue s'il existe d'autres motifs qu'un manque d'indépendance ou d'impartialité. En effet, l'article 1675/17, §4, du Code judiciaire prévoit que le médiateur de dettes peut être remplacé d'office en cas d'empêchement dû par exemple à la maladie, au décès, au déplacement à l'étranger, au changement d'activités (147) ... En cas d'absolue néces-

(144) E. BALAT, P. DEJEMPE et F. DOMON-NARRET, *op. cit.*, p. 155.

(145) *Cfr. art. 1675/9, §2, C. jud.*

(146) *Cfr. article 1675/17, §2, al. 2, C. jud. tel que complété par la loi du 13 décembre 2003 portant des dispositions diverses relatives aux délais, à la requête contradictoire et à la procédure en règlement collectif de dettes (M.B., 21 décembre 2003, p. 54532).*

(147) P. DEJEMPE, *op. cit.*, p. 257 et les références citées.

sité (148), le juge des saisies peut le remplacer, d'office ou à la demande de toute personne intéressée, à tout moment. Le médiateur de dettes doit en tout état de cause être préalablement entendu en chambre du conseil. Outre le manque de confiance qui pourrait intervenir en cours de procédure entre le débiteur et le médiateur (149), cette procédure peut également se justifier dans les cas de négligence (150), c'est-à-dire dans des cas où, comme dans le cadre de la procédure de récusation qu'il convient cependant de bien distinguer, l'attitude du médiateur dans l'exercice de sa mission est mise en cause.

c) A côté des procédures de récusation et de remplacement, l'article 1675/17, § 3, du Code judiciaire prévoit que le juge qui constate une négligence de la part du médiateur autre (151) qu'«institutionnel» informe le procureur du Roi (152) qui apprécie les suites disciplinaires qu'elle peut comporter. Ce texte laisse perplexe car l'on ne perçoit de prime abord pas bien les situations de nature à susciter l'application de ce § 3, en dehors des problèmes d'impartialité et de compétence qui sont respectivement réglés par les procédures de récusation et de remplacement, ou de l'hypothèse de la responsabilité civile ou pénale du médiateur, qui peut quant à elle trouver une issue par application du droit commun. Le texte n'est *a priori* pas clair car il semble que le législateur ait voulu instituer – pour les médiateurs de droit à tout le

(148) Sur cette notion, voy. Civ. Liège (sais.), 25 avril 2002, *Ann. jur. crédit*, 2002, p. 346 qui, dans le cas d'une demande de remplacement formulée par un des deux «débiteurs», précise qu'*en application de l'article 1675/17 du Code judiciaire, le juge ne peut pourvoir au remplacement du médiateur lorsque celui-ci est sollicité par le requérant que lorsqu'un tel remplacement est non seulement opportun et nécessaire, mais est absolument nécessaire*. En l'espèce, même si le dialogue a parfois été difficile et les relations très tendues entre la requérante et le médiateur, le juge estime qu'il n'est pas démontré qu'un changement de médiateur s'impose dès lors que la phase amiable, durant laquelle le dialogue est très important, touche à sa fin et qu'une fois un plan amiable ou judiciaire établi, le médiateur a essentiellement un rôle de contrôle.

(149) P. DEJEMPEPE, *op. cit.*, p. 258.

(150) Civ. Hasselt (sais.), 6 juin 2003, *Ann. jur. crédit*, 2003, p. 317 (cas d'un médiateur qui se montre négligent, manque de diligence et n'est vraisemblablement pas en mesure de mener à bien la tâche qui lui a été confiée); Civ. Bruxelles (sais.), 30 juillet 1999, *Ann. jur. crédit*, 1999, p. 250 (remplacement du médiateur de dettes à la demande de la débitrice laissée sans ressource depuis sa désignation dans la mesure où l'absence de réaction de la part de ce médiateur depuis sa désignation jusqu'à sa comparution à l'occasion de la demande de remplacement a définitivement compromis sa mission et entamé la confiance de la débitrice). Voy. également les décisions inédites citées par G. DE LKVAL, «Inédite en matière de règlement collectif de dettes», in *Les procédures en règlement collectif du passif*, Liège, Formation permanente CUP, décembre 1990, p. 289.

(151) Avocat, huissier de justice ou notaire : également dits «médiateurs de droit».

(152) En ce qui concerne les médiateurs nommés au sein des institutions publiques ou privées, c'est l'autorité compétente en matière d'agrément qui est avertie par le juge des saisies.

moins – une sorte d'autorité disciplinaire *ad hoc*, sans pour autant prévoir un quelconque droit disciplinaire et les sanctions qui pourraient en découler (153). En effet, si la disposition paraît cohérente en ce qu'elle vise les notaires et les huissiers pour lesquels le procureur du Roi dispose d'un certain pouvoir disciplinaire – à tout le moins sous la forme d'une possibilité de saisine du tribunal compétent (154) – son application au médiateur de dettes avocat pose question. Nous ne voyons dès lors, en ce qui concerne les membres du barreau, d'autre interprétation du texte que celle selon laquelle le procureur du Roi informé d'une «anomalie» par le juge des saisies analyse les données qui lui sont soumises et apprécie la nécessité de transmettre le dossier au bâtonnier en vue d'éventuelles sanctions disciplinaires, à apprécier par ce dernier bien entendu dès lors qu'on ne perçoit pas quel pouvoir d'injonction le procureur du Roi pourrait avoir à son égard (155). Cette interprétation pose cependant la question de savoir pourquoi les deux régimes distincts prévus par la disposition concernent les médiateurs de droit, d'une part, et les médiateurs institutionnels (156), d'autre part. Il semblerait qu'à cet égard, une assimilation des médiateurs avocats et des médiateurs institutionnels eût été plus opportune.

(153) E. VAN DEN HAUTE (*op. cit.*, p. 71), lorsque, s'inspirant des travaux préparatoires et en particulier d'une précision donnée par le Conseil d'Etat (qui est en réalité à l'origine de l'ajout relatif à l'information à donner par le juge des saisies au procureur du Roi ou à l'autorité compétente pour l'agrément), il rappelle que *le procureur du Roi ne peut engager, directement ou indirectement les procédures disciplinaires que contre les avocats, officiers ministériels et mandataires de justice, mais non pas contre les institutions privées ou publiques visées à l'article 1675/17, § 1^{er}* : laisse supposer que le parquet pourrait lui-même prendre des sanctions, y compris à l'égard des avocats.

(154) Notons en effet qu'en vertu des articles 532 et 571 du Code judiciaire et 25 de la loi de Ventôse portant organisation du notariat, le tribunal de première instance connaît, à la diligence du Procureur du Roi, de certaines actions disciplinaires à l'égard des huissiers de justice (suspension, destitution et condamnation à une amende) et des notaires (mêmes mesures, qualifiées par le Code judiciaire et la loi de Ventôse de «peines» de haute discipline).

(155) G. DE LKVAL (*op. cit.*, pp. 76-77, note 167) précise en effet, se fondant sur les travaux préparatoires, que cette disposition procède de l'article 1396 du Code judiciaire (pouvoir de contrôle général du juge des saisies quant au respect des dispositions en matière de saisies conservatoires et de voies d'exécution, contrôle qualifié par A.F. FAUVILLET et C. PANIER de «quasi et prédisciplinaire» : *op. cit.*, p. 223) et qu'indépendamment de ses compétences en matière pénale voire civile (cfr. 138, al. 2, et 1675/17, § 4, C. jud.), le procureur du Roi peut veiller à ce que des poursuites disciplinaires soient exercées contre un avocat, un notaire ou un huissier de justice.

(156) En ce qui les concerne en effet, le texte légal ne prévoit aucune information au procureur du Roi mais bien une information directe par le juge des saisies à l'autorité compétente (en vue d'un retrait ou d'une suspension de l'agrément, en cas de non respect des dispositions légales).

3. L'administration provisoire :

Un seul article, libellé de manière très générale, règle la matière : il s'agit de l'article 488bis, d), du Code civil qui porte que «*par ordonnance motivée, le juge de paix peut (157) à tout moment, soit d'office (158), soit à la demande de la personne protégée ou de toute personne intéressée ainsi qu'à celle du procureur du Roi ou de l'administrateur provisoire, mettre fin à la mission de ce dernier, modifier les pouvoirs qui lui ont été confiés, ou le remplacer*». La procédure est introduite par voie de requête unilatérale. Le juge de paix peut entendre toute personne qu'il estime apte à le renseigner mais l'administrateur provisoire doit en tout état de cause être entendu ou à tout le moins convoqué (159). On enseigne généralement que la décision du juge de paix doit être fondée sur un changement de circonstances (160). Comme le souligne le Professeur Vieujean, cette condition n'est cependant que «*peu contraignante dans une matière telle que l'administration provisoire, où le seul écoulement du temps peut déjà être tenu comme une circonstance nouvelle*» (161).

Comme la procédure de remplacement prévue dans la loi sur le règlement collectif de dettes, cette disposition ne vise pas spécifiquement des reproches (162) qui pourraient être émis à l'égard de

(157) Dans la mesure où la disposition légale spécifie que le juge de paix *peut* mettre fin à la mission de l'administrateur provisoire, le magistrat du canton de Lennik-Saint-Quentin a, dans une décision du 16 mars 1998, estimé qu'il n'était pas obligé d'accepter la demande de démission formulée par le mandataire de justice (R.G.D.C., 1999, p. 389). Cette décision a été réformée par le tribunal de première instance de Bruxelles (19 mai 1998, R.G.D.C., 1999, p. 390 et la note de F. SWENNEN), au regard des circonstances de fait invoquées par l'administrateur provisoire.

(158) Un magistrat cantonal qui ne s'estimerait plus sur la même longueur d'ondes – sur le plan de la gestion du patrimoine de certains incapables – qu'un administrateur professionnel qu'il avait en son temps désigné pour sa compétence et sa probité, pourrait dès lors procéder au remplacement de cet administrateur, après l'avoir entendu ou appelé en chambre du conseil (cf. G. BENOIT, «Commentaire de la loi du 18 juillet 1991 relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental», in *L'administration provisoire* : examen de 10 ans d'application de la loi du 18 juillet 1991 relative à la protection des biens de certaines incapables majeurs, Bruges, La charte, 2003, p. 29).

(159) Cfr. Civ. Charleroi, 7 décembre 2004, R.R.D., 2005 (abrégé), liv. 114, p. 54 : dès lors que l'article 488bis, d), C. civ. dispose qu'il doit être entendu ou appelé, l'administrateur provisoire est partie à la cause, et donc recevable à interjeter appel.

(160) F. SWENNEN, «Het vrijwillige ontslag van de voorlopige bewindvoerder», note sous Civ. Bxl., 19 mai 1998, R.G.D.C., 1999, pp. 391 et s.). *Contra* : Th. DELAHAYE, «L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil). Loi du 3 mai 2003», in *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 46, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 95, p. 70.

(161) E. VIEUJEAN, «Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens», R.G.D.C., 1993, p. 33, n° 32.

(162) Pour un exemple de révocation d'un administrateur provisoire familial pour cause de problèmes de gestion d'un patrimoine relativement important, voy. Civ. Bxl., 20 décembre 2000, J.J.P., 2001, p. 239 : «il (le juge) lui appartient de révoquer l'administrateur provisoire lorsque la

l'administrateur provisoire et ne doit dès lors pas être nécessairement fondée sur une faute, un motif sérieux et objectif, tel qu'une incompatibilité d'humeur avec la personne protégée par exemple, pouvant suffire. Ce pouvoir du juge de paix est d'autant plus important qu'indépendamment des actes soumis à autorisation, il ne peut empiéter sur les fonctions dévolues par le prescrit légal aux seuls administrateurs provisoires et qu'il n'est dès lors pas habilité à modifier unilatéralement les décisions de ceux-ci, même s'il pourra lui arriver d'agir comme arbitre des contestations entre la personne protégée et son administrateur (163).

B. – Les sanctions disciplinaires

A cet égard, l'autonomie du disciplinaire est totale (164), étant entendu qu'une sanction disciplinaire majeure (la suspension ou la radiation) aura des conséquences évidentes, mettant fin – provisoirement ou définitivement – à l'activité de l'avocat et donc à l'exercice des mandats de justice qui lui auraient été confiés.

C. – Quant à la dualité de compétences entre les autorités judiciaires et disciplinaires

Comme nous l'avons vu, l'avocat mandataire de justice présente cette double garantie qu'il relève à la fois de la juridiction qui l'a désigné et du barreau auquel il appartient (165). En effet, si chaque juridiction mandante exerce un contrôle sur l'exécution du mandat de justice, tous les agissements des mandataires avocats, non conformes aux règles et usages de la profession, ressortissent également de la compétence disciplinaire du barreau.

Ces deux compétences peuvent entrer en concours si règles légales et déontologiques se superposent. Ainsi, le médiateur de dettes doit,

défaillance de l'administrateur est de nature à ne plus permettre une saine gestion et une préservation du patrimoine de l'administré hors de toutes sources conflictuelles. Dans le même sens, pour cause d'anomalies dans les comptes et absence de fiabilité de l'administrateur provisoire : J.P. Marchienne-au-Pont, 30 décembre 1996, J.L.M.B., 1997, p. 1018 (somm.).

(163) Th. DELAHAYE, «La protection des droits liés à la personne», in *L'administration provisoire*, Fédération du Notariat belge, Bxl., Bruylant, 2004, p. 61, n° 26.

(164) Voy. Civ. Bruges (saïs.), 20 mai 1999, T.W.V.R., 2003, p. 31 et note Jo STEYENS : le juge, saisi d'une demande de récusation basée sur la violation de règles déontologiques et le problème du secret professionnel, a prononcé la récusation, mais en se refusant d'examiner l'aspect déontologique du litige. Le commentateur note fort justement que les critères d'indépendance et d'impartialité sont les mêmes, quelle que soit la profession du médiateur.

(165) G.A. DAL, *op. cit.*, p. 352.

conformément à l'article 1675/17, § 2, du Code judiciaire, être indépendant et impartial à l'égard des parties concernées tandis que l'avocat médiateur de dettes est dans le même temps soumis à la déontologie du barreau qui lui impose également d'exercer sa mission en toute indépendance. De même, un mandataire de justice qui commet une faute grossière dans l'exercice de sa mission – révélatrice d'un manque flagrant de connaissance dans la matière concernée – est susceptible non seulement d'être sanctionné d'une manière ou d'une autre par l'autorité mandante mais également de se voir infliger une mesure disciplinaire s'il ne peut justifier, en sa qualité d'avocat, conformément au règlement de l'OBFG du 27 mai 2002, d'une « formation permanente ». Dans ces cas, le cumul des compétences (166) semble amplement se justifier, d'autant que le risque de décisions inconciliables est relativement limité. En effet, si sanctions il y a sur les deux plans, celles-ci sont de nature totalement différente. Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que cette coexistence de sanctions de différents ordres constitue une garantie supplémentaire pour la personne concernée par le mandat et justifie que la préférence puisse être donnée à des mandataires soumis à des règles professionnelles spécifiques, tels que les membres du barreau.

VI. – LA RÉMUNÉRATION

A. – La curatelle de faillites

Suivant l'article 33 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, « les honoraires des curateurs sont fixés en fonction de l'importance et de la complexité de leur mission. Ils ne peuvent être fixés exclusivement sous la forme d'une indemnité proportionnelle aux actifs réalisés »; les règles et barèmes relatif à la fixation des honoraires et frais des curateurs ont été établis par un arrêté royal du 10 août 1998. Le critère quasi-exclusif retenu est bien celui du montant des actifs réalisés.

(166) Pour d'autres exemples en matière de mandats commerciaux, voy. G.A. DAL, *op. cit.*, pp. 352-354.

B. – Le règlement collectif de dettes

La matière est réglée par l'article 1675/19 du Code judiciaire et par l'arrêté royal du 18 décembre 1998 établissant les règles et tarifs relatifs à la fixation des honoraires, des émoluments et des frais du médiateur de dettes. Le Fonds de traitement du surendettement, fonds budgétaire, destiné à couvrir le solde resté impayé des honoraires, émoluments et frais des médiateurs de dettes (167), intervient à titre subsidiaire si le débiteur n'est pas en mesure de payer les charges dues au médiateur (168).

C. – L'administration provisoire

L'article 488bis, h), § 1^{er}, du Code civil porte que le juge de paix peut allouer à l'administrateur provisoire une rémunération dont le montant ne peut excéder 3 % des revenus de la personne protégée, outre la possibilité d'une rémunération complémentaire pour les devoirs exceptionnels, sur présentation d'un état motivé (169) (170).

L'alinéa 2 de cet article (171), inséré par la loi du 3 mai 2003, confirme indirectement l'interdiction faite à l'administrateur provisoire professionnel d'agir moyennant rémunération en dehors du mandat

(167) Où le cas échéant, la partie de ces honoraires, émoluments et frais fixée par le juge des saisies (cfr. nouvel alinéa 4 de l'article 1675/19 C. jud., ajouté par la loi du 13 décembre 2005 *op. cit.*)

(168) Voy. l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 23 février 2000 (n° 22/2000, *M.B.*, 25 mars 2000 p. 9449) qui rejette le recours en annulation de l'article 20 de la loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes. La Cour avait été saisie dans la mesure où cette disposition créait, selon les requérants, une discrimination non raisonnablement justifiée entre deux catégories de créanciers qui sont soumis de la même manière à la procédure de règlement collectif de dettes et sont affectés de la même manière par la situation de concours résultant de la décision d'admissibilité de la demande en règlement collectif de dettes. En effet, seule la 1^{re} catégorie (organismes de crédit et entreprises hypothécaires) doit contribuer à l'alimentation du fonds, par un prélèvement annuel sur le solde restant dû des crédits visés par la loi, alors que la seconde (tous les autres créanciers) est exemptée de toute contribution.

(169) A Nivelles, les différents juges de paix de l'arrondissement réunis en assemblée générale ont établi une « tarification des honoraires et frais des avocats administrateurs provisoires » qui distingue notamment les prestations qui rentrent dans la rémunération légale forfaitaire de 3 % et celles qui peuvent être considérées comme devoirs exceptionnels. Voy. également à cet égard J.P. Fontaine-l'Évêque, 2 septembre 2004, *J.J.P.*, 2005, liv. 8-9, p. 508.

(170) Voy. C. Trav. Liège (section Neufchâteau) (11^{ème} ch.), 11 juin 2003, *Chron. D.S.*, 2004, liv. 9, p. 522 : dans la mesure où il relève de la dignité humaine d'une personne qu'elle ait en mesure d'assurer la gestion de ses biens, le CPAS doit assurer le paiement des frais et honoraires dus à l'administrateur provisoire si la personne administrée ne dispose pas de ressources suffisantes.

(171) « L'administrateur provisoire ne peut recevoir, en dehors des rémunérations visées à l'alinéa 1^{er}, aucune rétribution ni aucun avantage, de quelque nature ou de qui que ce soit, en rapport avec l'exercice du mandat judiciaire d'administrateur provisoire ».

judiciaire: l'avocat administrateur provisoire ne peut donc pas représenter la personne protégée dans une instance en divorce, de même que le notaire mandaté dans ce même cadre ne peut pas lui-même authentifier un acte (172).

Un récent arrêt de la Cour d'arbitrage a précisé que la différence de traitement entre les administrateurs provisoires et d'autres mandataires de justice – tels que les curateurs de faillites et les médiateurs de dettes – amenés à percevoir une rémunération plus élevée pour des prestations équivalentes, repose sur un critère objectif et n'est pas dénuée de justification raisonnable, de sorte que l'article 488bis, h), § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution (173). Cet arrêt confirme notamment, au terme d'une motivation fouillée, que la mission de l'administrateur provisoire a des spécificités qui ont des conséquences importantes sur le plan de son statut et en particulier sur la rémunération à laquelle il peut prétendre.

D. – Le point commun : les barèmes

On le constate, les honoraires des mandataires de justice ne sont pas calculés conformément à ceux des avocats (174). De manière générale, les juridictions concernées les fixent sur la base de barèmes; cette méthode ne pose aucun problème au regard du droit de la concurrence, puisque ces barèmes ne sont pas fixés par le barreau, mais par la loi (175).

VII. – PERSPECTIVE : L'APPLICATION DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME EN MATIÈRE DE MANDATS DE JUSTICE

On le voit au seul examen sommaire de trois mandats de justice – et cette constatation serait encore plus évidente si l'on passait systématiquement en revue tous les mandats existants – : les différents

(172) Th. DELAHAYE, «L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil). Loi du 3 mai 2003», in *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 45, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 191, p. 133.

(173) C. arb., 30 novembre 2005, *M.B.*, 20 janvier 2006, p. 3307.

(174) Conformément à l'article 459 du Code judiciaire, «les avocats taxent leurs honoraires avec la discrétion que l'on doit attendre de leur ministères».

(175) Voy. C.J.C.E., 19 février 2002, *J.T.*, 2002, p. 462 et note L. DEFALQUE, «L'application des règles de concurrence aux réglementations des Ordres professionnels».

statuts diffèrent et il est difficile d'en dégager une forme de cohérence (176).

Les notions d'indépendance, d'impartialité objective, comme subjective (177), sont bien connues dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais elles s'appliquent aux juridictions de jugement.

Qu'en est-il des mandataires de justice? La question n'a été posée qu'à propos des dispositions légales relatives à la nomination des médiateurs de dettes et la controverse règne sur le point de savoir si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme peut leur être appliqué (178).

Des éléments de réponse à cette question ne doivent-ils pas être trouvés à la lumière de la jurisprudence relative à l'impartialité du notaire chargé d'une mission de justice (179)?

La jurisprudence belge n'est pas déterminante à cet égard.

Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 21 avril 1998 (180), a décidé que : «si les exigences quant à l'impartialité de l'expert ne doivent pas s'entendre de la même manière que celles tenant à l'impartialité du juge, le premier ne faisant que donner un avis sous le contrôle du second' (...), celles relatives au notaire nommé dans le cadre d'une procédure d'exécution, sont encore plus ténues, puisqu'il réalise l'exécution du titre exécutoire au profit du créancier poursuivant en procédant à l'adjudication et aux opérations d'ordre, sous le contrôle du juge des saisies et de la cour d'appel lorsque le Code judiciaire prévoit un appel... «Sa mission est strictement délimitée dans le Code judiciaire» et «c'est son statut qui offre les garanties d'indé-

(176) Ceci est particulièrement frappant pour les mandats «commerciaux», où le législateur, dans les deux lois de 1997 sur le concordat et les faillites a fait des choix différents, tant en ce qui concerne les qualifications et la rémunération des curateurs, commissaires au sursis et administrateurs provisoires au sens de l'article 8. De même, pour le médiateur de dettes, plutôt que de partir du droit de la faillite en l'étendant aux non-commerçants moyennant les adaptations voulues (comme cela existe dans plusieurs pays), le même législateur a fait le choix d'une construction «processualiste» qu'il a fallu ordonner de toutes pièces, alors que les situations de concours sont fondamentalement les mêmes.

(177) Voy. à cet égard S. VAN DROOGHENBROECK, «La Convention européenne des droits de l'homme – trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1999-2001», *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 39, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 101 et s.

(178) Cfr. supra, notes n° 60 et 61.

(179) Quant à l'impartialité du notaire commis, voy. J.F. TAYMANS, «Quelques réflexions sur la mission du notaire commis par justice», *Rev. not. b.*, 1996, p. 374.

(180) Bruxelles, 21 avril 1998, *Rev. not. b.*, 2002, p. 27.

pendance et d'impartialité» (181). Il s'agissait en l'espèce d'un notaire chargé d'une procédure de saisie-exécution immobilière.

Par contre, mais il s'agissait ici d'un notaire chargé des opérations de liquidation d'une succession (182), la cour d'appel de Mons a décidé le 22 octobre 1998 (183) que «la considération selon laquelle les seules causes de récusation ou de remplacement prévues par le Code judiciaire ne concernent que les magistrats ou les experts est irrelevante»; dans un arrêt du 6 janvier 2004 (184) concernant cette fois un notaire chargé des opérations de liquidation et partage d'un régime matrimonial et d'une succession, on lit : «Le notaire commis comme auxiliaire obligé de justice voit son devoir d'impartialité renforcé par une exigence d'impartialité objective au sens judiciaire du terme (...). Cette exigence d'impartialité signifie que non seulement le notaire commis ne peut, dans le déroulement des opérations, donner l'impression d'avoir un parti pris ou un préjugé à l'égard de telle ou telle partie, mais également que, lors de sa désignation, le juge doit avoir égard aux circonstances qui pourraient, objectivement susciter dans l'esprit d'une ou de plusieurs parties, des doutes sérieux quant à l'aptitude dudit notaire à exercer sa mission en toute indépendance. (...). Le principe de l'impartialité objective est centré sur la théorie de l'apparence, même si dans son fort intérieur, le notaire agira avec une totale impartialité et une parfaite indépendance» (185).

(181) Voy. aussi Bruxelles, 9 avril 1998, *Rev. not. b.*, 1999, p. 241 : «L'indépendance et l'impartialité d'un notaire chargé par décision de justice de procéder à l'adjudication d'un bien saisi et aux opérations d'ordre se présument». Le professeur Van Compernelle estime quant à lui que les exigences d'impartialité et d'indépendance du notaire commis pour réaliser l'adjudication d'un immeuble saisi et du notaire instrumentant en matière de partage judiciaire sont identiques («La commission du notaire par justice : typologie et principes généraux», in *Le notaire, le juge et l'avocat - Heurs et malheurs du notaire commis*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 31. Il se réfère à cet égard à son homologue liégeois (G. DE LEVAL, *La saisie immobilière*, Larcier, 1995, n° 336 et 342), qui considère du reste qu'un parallèle peut être établi entre la mission du notaire commis et celle de l'expert ou encore celle du curateur.

(182) C'est sans doute la nature différente de la mission du notaire commis dans le cadre d'une liquidation-partage et de celle du notaire chargé d'une saisie-exécution immobilière qui explique ce traitement différencié au regard de l'article 6 de la C.E.D.H.

(183) Mons (2^{ème} ch.), 22 octobre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 725; *Rev. not. b.*, 2001, p. 603.

(184) Mons (2^{ème} ch.), 6 janvier 2004, *Rev. not. b.*, 2004, p. 699.

(185) Dans le même sens : voy. Liège (1^{ère} ch.), 13 février 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 371 et la doctrine citée : J. VAN COMPERNELLE, «Désignation, compétences et impartialité du notaire, auxiliaire de justice», in *Les incidents du partage judiciaire*, Recyclage organisé par l'U.C.L. les 5 et 12 octobre 2001, pp. 4 et s.; J.F. LEDOUX et D. STERCKX, «La réforme du notariat et des actes notariés», *J.T.*, 2000, p. 211; H. CASMAN, «Quelques réflexions sur la déontologie du notaire commis», in *Le notaire, le juge et l'avocat - Heurs et malheurs du notaire commis*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 333 et s.

La réponse ne se trouve-t-elle pas dans un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 novembre 2000 (186), capital pour notre propos : au sujet d'une procédure de partage judiciaire, qui s'est entièrement déroulée devant deux notaires désignés par les parties et s'est conclue à l'amiable, avec l'engagement de retirer la procédure, sans que le tribunal d'instance n'intervienne, la cour a relevé que «la procédure devant les notaires était si étroitement liée au contrôle du tribunal d'instance, qu'elle ne peut pas être dissociée dudit contrôle aux fins de la détermination des droits et obligations civils du requérant. Par conséquent, la Cour conclut que l'article 6, § 1, de la Convention s'applique en l'espèce».

Avec Y. H. Leleu, qui expose dans la note qu'il a rédigée sous cet arrêt que les circonstances de l'affaire révèlent qu'inertie et manque d'impartialité sont souvent liés (le notaire commis était le notaire du frère), nous pensons que cet arrêt pourrait inviter à sanctionner des pratiques telles la nomination d'un notaire mêlé aux affaires d'un des copartageants, sur la base de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme. Un auteur français (187) commentant ce même arrêt et se référant à des décisions relatives aux experts et aux huissiers de justice, précise que cette décision s'inscrit «dans une série jurisprudentielle tendant à soumettre les activités des auxiliaires de justice (188) aux exigences du droit à un procès équitable», et ceci dans une cause qui n'était plus soumise à une juridiction et qui avait abouti à un accord excluant la qualification de contestation.

Qu'en conclure? Certes, les exigences d'indépendance et d'impartialité se retrouvent déjà dans la déontologie du barreau (189). Il nous semble néanmoins qu'il y a lieu de considérer que l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme s'applique aux mandataires de justice, d'une part, parce que tous ne sont pas membres d'une profession soumise à des règles déontologiques

(186) C.E.D.H., 28 novembre 2000, *Siegel c. France*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 759 et note Y.H. LELEU, «Procédure de partage judiciaire et dépassement du délai raisonnable de procédures».

(187) M. MAROENAUD, «Liquidation des régimes matrimoniaux et des successions : notion de délai raisonnable», *Rep. Defrénois*, n° 21/01, p. 1242.

(188) La terminologie d'auxiliaires de justice, que l'on retrouve en doctrine française, ne nous semble pas appropriée et nous lui préférons celle de mandataires de justice, plus usuelle en Belgique.

(189) On pourrait d'ailleurs en dire de même de la déontologie du notariat, qui prohibe les comportements sanctionnés dans les arrêts montois et européen évoqués ci-avant.

comme le barreau ou le notariat, et, d'autre part, parce que, même si le mandataire de justice est avocat, l'autonomie de la déontologie par rapport aux règles de la procédure, et des sanctions respectives qui en découlent, doit laisser ouvert aux parties concernées un recours judiciaire, que le juge appréciera au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, alors que les comportements déontologiques sont soumis aux autorités ordinaires, sans possibilité de recours ou d'intervention de la partie lésée.

Telle serait la base unique, mais importante, constituant le fondement du statut de tous les mandataires de justice, dont l'activité participe à celle du pouvoir judiciaire.