

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le mandataire ad hoc : quand ? qui ?

Delvaux, Marie-Amelie

*Published in:*

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

*Publication date:*

2012

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 2012, 'Le mandataire ad hoc : quand ? qui ? note sous Liège (6ème ch.), 3 février 2011', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 201-203.

#### 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.

conforme (dans les limites de sa déontologie) aux instructions que lui donnent les instances dirigeantes de la société, le mandataire *ad hoc* est seul compétent pour déterminer la stratégie de défense de la société et, le cas échéant, pour exercer des voies de recours au nom de celle-ci. Il garantit ainsi l'indépendance de la société dans la défense de ses intérêts.

9. Le recours à un mandataire *ad hoc* pour représenter la société dans les hypothèses de poursuites simultanées pour les mêmes faits contre la personne morale et contre l'organe habilité à la représenter répond ainsi à un objectif légitime, que ne pourrait atteindre la garantie que la société soit représentée en justice par un avocat différent de celui qui intervient pour son organe. Ce mécanisme légal implique certes une restriction au libre choix du représentant de la personne morale, et, le cas échéant, de son défenseur, mais comme le relève la Cour constitutionnelle, cette restriction ne présente pas un caractère disproportionné, dès lors que l'article 2bis du T.P.C.P.P. ne prive nullement la personne morale de la possibilité de choisir son représentant. Cette disposition légale lui permet en effet de demander par requête la désignation d'un mandataire de son choix. Ce mandataire, peut, le cas échéant, confier la défense de la société à un conseil choisi par la personne physique organe de la société.

10. Il ressort de ce qui précède qu'il incombait au tribunal correctionnel de Huy de désigner un mandataire *ad hoc* pour représenter la personne morale, ce qui n'a pas été fait. Cette omission non réparée justifie l'annulation de la décision entreprise et l'évocation de la cause en application de l'article 215 du Code d'instruction criminelle.

11. La prévenue SA B. sollicite, en l'espèce, à titre subsidiaire, la désignation de Maître Adrien Masset pour la représenter. Rien ne s'oppose à ce qu'il soit fait droit à cette demande.

Par ces motifs, ...

Reçoit les appels ;

Annulant la décision dont appel, évoquant et statuant par voie de dispositions nouvelles,

Désigne maître Adrien Masset, avocat, dont le cabinet est sis à 4650 Herve, rue Bê Paki, 16, en qualité de mandataire *ad hoc* pour représenter les intérêts de la SA B. ...

## OBSERVATIONS

### Le mandataire *ad hoc* : quand ? qui ?

1. L'arrêt n° 190/2006 du 5 décembre 2006 de la Cour constitutionnelle auquel il est référé dans cet arrêt a été publié avec une note intitulée «*Le recours obligatoire à un mandataire ad hoc pour représenter la personne morale*» dans le *J.D.S.C.*, 2007, sous le n° 800, aux pages 189 et suivantes.

2. La question de la désignation d'un mandataire *ad hoc* pour représenter la personne morale aura déjà fait couler énormément d'encre depuis la loi du 4 mai 1999.

Deux aspects sont ici sur la sellette :

- la désignation d'un mandataire *ad hoc* est-elle automatiquement nécessaire ?
- quelle personne désigner comme mandataire *ad hoc* ?

Relativement au premier aspect, la Cour affirme en l'espèce que tant dans l'hypothèse d'une responsabilité pénale *alternative* (condamnation de l'auteur de la faute la plus grave lorsque

la personne physique a commis la faute involontairement) que dans celle d'une responsabilité *cumulative* (condamnation éventuelle de la personne physique en sus de la personne morale lorsqu'elle a commis la faute sciemment et volontairement), un conflit d'intérêts entre la personne morale et la personne physique habilitée à la représenter ne peut être exclu. Or ce n'est pas le juge saisi de l'action publique qui doit apprécier l'existence de ce conflit car il devrait alors préjuger du fond. Dès lors, il convient nécessairement de désigner un mandataire *ad hoc* à la société pour éviter toute réformation ultérieure du jugement.

Cette position de la Cour d'appel de Liège n'est pas unanime : relativement aux hypothèses dans lesquelles un mandataire doit être désigné, doctrine et jurisprudence divergent en effet de manière incroyable.

Il y a ceux qui, comme en l'espèce, considèrent «de manière générale et abstraite» que la juridiction de fond saisie doit nécessairement désigner un mandataire *ad hoc* lors de poursuites simultanées de la personne morale et de la personne physique. La simple concomitance des poursuites impliquerait en effet l'existence d'un conflit d'intérêts, et donc l'obligation de désigner un mandataire *ad hoc*, sans pouvoir d'appréciation du juge. On peut donc parler d'une désignation automatique.

Il y a ceux qui considèrent au contraire que c'est du cas par cas, à savoir que le juge doit d'abord examiner s'il existe réellement, *in casu*, un risque de conflit d'intérêts avant de désigner dans l'affirmative un mandataire *ad hoc* à la société. Enfin, il y a ceux qui estiment qu'un mandataire ne doit être désigné que si la société n'est pas encore valablement représentée par un avocat, sans se soucier de l'existence ou non d'un conflit d'intérêts (ainsi, si c'est la personne chargée de représenter la société en justice – alors qu'elle est également poursuivie pour la même infraction – qui a choisi tant son avocat personnel que l'avocat chargé de défendre la société, on pourrait douter de la totale indépendance de ce dernier<sup>3</sup>).

Notre préférence va dans le sens de la plus grande sécurité juridique, privilégiée par l'arrêt commenté : la **désignation automatique** d'un mandataire *ad hoc* chaque fois que la société et la personne physique chargée de la représenter sont poursuivies pour les mêmes faits infractionnels.

Relativement au second aspect, la Cour choisit de désigner comme mandataire *ad hoc* l'avocat qui avait été proposé par la société prévenue, soulignant que rien ne s'opposait à ce qu'il soit fait droit à sa proposition.

Dans l'arrêt n° 190/2006 du 5 décembre 2006 précité, la Cour constitutionnelle avait rappelé que la personne morale conservait la possibilité de choisir son représentant et pouvait demander au juge la désignation de tel mandataire *ad hoc*, qui pourrait éventuellement considérer qu'à défaut de conflit d'intérêts *in concreto*, la défense des intérêts de la personne morale pourrait être confiée au conseil choisi par les personnes physiques chargées de la représenter.

De nombreuses décisions antérieures à cet arrêt de la Cour constitutionnelle écartaient directement le mandataire désigné par la société elle-même au motif que seul le tribunal chargé de trancher l'affaire serait compétent pour le désigner.<sup>4</sup>

3. N'oublions cependant pas qu'en vertu de l'art. 429 du Code judiciaire, les avocats ont juré de ne défendre que les causes qu'en leur âme et conscience ils croient justes, de sorte qu'il faut considérer qu'ils offrent toutes les garanties d'indépendance et de probité nécessaires pour représenter la personne morale prévenue même si, en pratique, ils ont été choisis par la personne physique également prévenue que le législateur a délibérément écartée pour représenter la société.

4. Voir Corr. Gand, 19<sup>e</sup> ch., 3 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, p. 307 et note M.A. DELVAUX intitulée «La représentation en justice de la société commerciale dans le cadre de la loi du 4 mai 1999» et *T.M.R.*, 2001, p. 410 (mandataire *ad hoc* désigné par le conseil d'administration) et Corr. Gand, 19 octobre 1999, *T.M.R.*, 2000 (abrégé), p. 168 (mandataire *ad hoc* désigné par l'assemblée générale).

Nous avons déjà abordé dans une précédente contribution la question du libre choix de son avocat par la personne morale<sup>5</sup>, et nous y renvoyons.

3. Malheureusement, dans la pratique, les juridictions pénales du pays divergent largement dans les solutions apportées aux nombreuses questions posées par la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

Il n'est pas rare d'assister à des audiences pénales au cours desquelles le magistrat demande que l'huissier d'audience, ou toute autre personne présente, aille appeler «un avocat qui traîne dans le couloir» pour apparaître *in extremis* comme mandataire *ad hoc* d'une société, juste pour respecter artificiellement et de manière formaliste la loi, sans que ce «pauvre passant» ne connaisse rien du dossier... ni surtout de la société à défendre ! Nous ne pouvons évidemment que condamner pareille pratique.

340. **L'escroquerie**

670. **Les pratiques du commerce directement sanctionnées pénalement**

*N° 1058. – Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 4 mars 2009<sup>1</sup>*

*Présentation:* Une société autrichienne adresse un formulaire par fax à un certain nombre de professionnels en leur demandant de vérifier et de corriger leurs coordonnées complètes puis de renvoyer le document ainsi complété. Pas de chance, ce document contient, en lettres minuscules, un engagement à souscrire un abonnement à un annuaire professionnel sous format papier, moyennant une somme substantielle. De très nombreuses personnes se sont «fait avoir» par ces manœuvres frauduleuses et les dossiers ont été joints devant le Tribunal correctionnel de Bruxelles, puis la Cour. La société autrichienne a été condamnée pénalement sans qu'aucune personne physique n'ait été identifiée.

*Sommaire partiel:* Lorsque les faits qui étaient constitutifs d'une infraction sous l'empire de la loi ancienne demeurent érigés en infraction par la loi nouvelle, ces faits restent punissables après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. La Cour applique la loi ancienne lorsqu'elle constate que l'incrimination de la loi ancienne est plus favorable au prévenu.

Une infraction est punissable en Belgique dès lors qu'un de ses éléments constitutifs a été posé en Belgique. En matière d'escroquerie, l'endroit de la remise ou de la livraison ou encore l'endroit des manœuvres frauduleuses ou de la dépossession matérielle de la personne lésée détermine la compétence du juge pénal belge.

Le principe non bis in idem ne s'applique qu'aux décisions irrévocables statuant au fond sur l'objet même de l'action publique, de sorte qu'une dé-

5. M.A. DELVAUX, «La société poursuivie pénalement en même temps que son dirigeant a-t-elle encore le droit de choisir son avocat?», note sous Liège (4<sup>e</sup> ch. correc.), 8 septembre 2008, *J.D.S.C.*, 2009, n° 920, pp. 263-265.

1058.-1. Cette décision a été publiée dans *Dr. pén. entr.*, 2010, liv. 1, p. 35; *Ius & Actores*, 2011, liv. 2, p. 139 et note E. LEROY.