

Que l'appelant lui-même a contresigné la lettre par laquelle le curateur informait le conseil de l'appelant de la décision de celui-ci «de ne pas poursuivre l'appel»;

Que le désistement avait été accepté par le ministère public, partie opposée à l'appelant et que ce dernier ne peut, dès lors, le retirer sauf accord de son adversaire qui, en l'espèce, le refuse (FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 1987, p. 463, n° 681);

Attendu que, lorsque le désistement d'appel est valable et que la partie adverse l'accepte, le juge décrète le désistement et ne peut plus statuer sur l'appel (Cass., 4 décembre 1992, *Pas*, 1992, I, 1336);

Attendu qu'en tout état de cause, indépendamment des créances fiscales très importantes que l'appelant conteste, le passif recensé et admis par le curateur est, dès à présent, largement supérieur au montant de la remise du fonds de commerce, ce qui tend à confirmer l'état de cessation de paiement et d'ébranlement du crédit.

Par ces motifs, ...

Décrète le désistement d'appel et condamne l'appelant aux dépens d'appel ...

Siég. : MM. R. de Francquen, M. Ligot et Mme A. Jacquemin.

Greffier : M. J.-J. Boussa.

Plaid. : M<sup>es</sup> P. Thomas, M. Pirard et M. Th. Piraprez.

*J.L.M.B. 04/390*

### Observations

#### *Le désistement d'instance et l'avocat*

1. Lors d'une procédure en matière de faillite, un avocat avait demandé que soit acté le désistement d'appel de son client.

En cours de délibéré, la cliente change de conseil et son nouvel avocat dépose une requête en réouverture des débats pour subitement contester l'état de faillite.

La cour d'appel de Liège ne donne pas de suite favorable à cette requête et rappelle les principes applicables en la matière. Le désistement présenté par le conseil d'une partie ne doit pas être accompagné de la preuve d'un mandat spécial dont il doit être nanti (article 824, alinéa 2, du code judiciaire). En cas de désistement d'instance par l'avocat, le juge n'est tenu de vérifier si celui-ci est nanti d'un pouvoir spécial que s'il y a contestation à cet égard.

En outre, le désistement avait en l'espèce été accepté par le ministère public, partie opposée au client. Ce dernier ne pouvait dès lors retirer cet acte sans l'accord de son adversaire.

2. La validité du désistement d'instance est subordonnée à son acceptation par la partie adverse, à moins que pareil désistement n'intervienne avant toutes conclusions au fond (article 825 du code judiciaire). L'acceptation du défendeur n'est nécessaire qu'à partir du moment où l'instance est liée, c'est-à-dire lorsque le défendeur a déposé ses conclusions au fond. L'instance une fois liée fait, en effet, naître des droits dans le chef de la partie adverse et notamment le droit de former des demandes reconventionnelles ou de former un appel incident, en

sorte que le désistement ne peut avoir lieu à ce moment que si la partie adverse y consent. C'est ainsi que ne peut être admis, sous peine de léser les droits de la défense, le désistement d'un appel principal non accepté par les parties intimées ayant formé un appel incident<sup>1</sup>. L'appel incident antérieur au désistement de l'appel principal, désistement intervenu après le dépôt des conclusions de l'intimée et qui n'a pas été accepté par celui-ci, est donc recevable dès lors que l'appel principal n'était pas nul ou tardif<sup>2</sup>.

L'acceptation d'un désistement d'instance ne relève pas du mandat *ad litem* d'un avocat<sup>3</sup>.

Le désistement d'instance est admis en toutes matières, même en matière d'ordre public (article 823 du code judiciaire). Comme le désistement d'instance n'emporte pas de renonciation au droit substantiel, il peut avoir lieu, même si les droits litigieux intéressent l'ordre public et ne peuvent pas faire l'objet d'une renonciation.

Lorsqu'il a été accepté, le désistement d'instance emporte de plein droit consentement que les choses soient remises, de part et d'autre, en même état que s'il n'y avait pas eu d'instance (article 826, alinéa premier, du code judiciaire).

Lorsque le désistement est valable et que la partie adverse l'accepte, le juge décrète le désistement et ne peut plus statuer sur le fond du litige<sup>4</sup>. En statuant sur le fond de la cause malgré l'acceptation du désistement, le juge violerait l'article 826 du code judiciaire<sup>5</sup>.

3. Le désistement exprès est fait par un simple acte, signé par la partie ou par son mandataire nanti d'un pouvoir spécial, à moins que la loi n'en dispose autrement, et signifié à la partie adverse, s'il n'est pas préalablement accepté par elle (article 824, alinéa 2, du code judiciaire).

L'acte de désistement n'est soumis à aucune formalité spéciale. Il faut mais il suffit que cet acte manifeste clairement et sans ambiguïté l'intention de la partie de se désister, peu importe sa nature.

L'article 824, alinéa 2, du code judiciaire subordonne le désistement exprès fait par un mandataire à la condition de l'existence d'un pouvoir spécial et ce, que le désistement soit écrit ou oral. L'avocat doit donc être nanti d'un pouvoir spécial pour se désister au nom de son client (article 440, alinéa 2, du code judiciaire). Il ressort cependant de l'examen conjoint des articles 820, 824 et 825 du code judiciaire qu'en cas de désistement d'instance fait par le conseil d'une partie, le juge n'est tenu d'examiner si celui-ci est nanti d'un pouvoir spécial que s'il existe une contestation à cet égard, comme le relève à bon droit la cour d'appel de Liège. A défaut de contestation quant à la régularité du désistement, les juges d'appel pouvaient constater le désistement d'instance fait par le conseil de l'appelante sans mentionner expressément que celui-ci était nanti d'un pouvoir spécial. L'absence d'un mandat spécial n'empêche cependant pas qu'un désistement tacite soit constaté<sup>6</sup>.

1. Anvers, 1<sup>er</sup> février 1994, *J.P.A.*, 1994, p.238.

2. Liège, 1<sup>er</sup> décembre 1992, *Pas.*, 1992, II, 130.

3. Mons, 22 octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 204.

4. Cass., 23 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, 1063; Cass. 25 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 309.

5. Cass., 23 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, 1063.

6. Mons, 9 janvier 1991, *Pas.*, 1991, II, 96.

L'acte de désistement doit être signifié à la partie adverse. Cette formalité n'est pas prescrite à peine de nullité; à défaut de signification, il appartient au juge saisi de décréter le désistement<sup>7</sup>.

JEAN-PIERRE BUYLE  
Avocat au barreau de Bruxelles  
Maître de conférences à l'U.L.B.