

LES RISQUES DU METIER D'AVOCAT
LIES AU NON RESPECT DES DEVOIRS
D'INFORMATION, DE CONSEIL,
DE STRATEGIE ET DE VIGILANCE

PAR

JEAN-PIERRE BUYLE

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES
MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'ULB

§1. - INTRODUCTION - OBJET DU RAPPORT

1. En 1992, R.O. Dalcq, invité par la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles à se pencher sur la responsabilité professionnelle des avocats, constatait ceci :

« une considération générale s'impose : la jurisprudence est rare. On relève tout au plus une trentaine de décisions sur la période couvrant les quinze dernières années. Bien sûr, il ne s'agit que des décisions publiées mais cela montre surtout que dans la plupart des cas, les litiges relatifs à la responsabilité des avocats se règlent sous forme de transaction plus que par des procès » (1).

Tout porte à croire que les temps ont changé et qu'aujourd'hui tant le nombre que la charge des sinistres en la matière ont considérablement augmenté. Pour s'en convaincre, il suffit de voir le nombre et l'importance de dossiers ouverts par les compagnies assurant le risque de la responsabilité des avocats (2) et l'inflation de décisions de jurisprudence publiées dans les revues habituelles (*J.T., J.L.M.B., R.C.A.R., R.W., R.G.D.C.*) (3), rapportées ou commentées dans les études doctrinales.

(1) R.O. DALCQ, « La responsabilité civile de l'avocat. Evolution récente de la jurisprudence et de la doctrine », in *La responsabilité des avocats*, E.J.B., 1982, p. 102.

(2) « De 1999 à 2003, la charge financière par sinistres a été multipliée par 3. (Bulletin de prévention n° 5, O.B.F.G., septembre 2004). En 2001, on constatait que « le degré malus dans la police collective du barreau de Bruxelles (avait) augmenté à ce point que la prime (avait) été augmentée de 33%, soit le maximum autorisé par la police » (P. DERUYTER, « La responsabilité civile de l'avocat », in *Les responsabilités professionnelles*, C.U.P., 2001, vol. 60, p. 43).

(3) Le verbe « Avocat-responsabilités » repris au R.A.J.B. en 1992 mentionnait deux décisions publiées. Ceux publiés au R.A.J.B. en 2005 et en 2006 en repertorient chacun 14.

Notre contribution n'abordera qu'un aspect limité de cette responsabilité : les risques civils liés au non respect par l'avocat de ses devoirs d'information, de conseil, de stratégie et de vigilance.

Nous n'examinerons que l'aspect relatif à la faute. Nous n'étudierons ni la question du dommage et des clauses limitatives de responsabilité, ni celle du lien causal (4).

Vu le contexte de la journée, nous ne pourrions pas être exhaustifs, et ce d'autant plus que plusieurs contributions remarquables ont été récemment publiées sur ce sujet et auxquelles on se référera utilement :

- C. MÉLOTTE, «La responsabilité professionnelle des avocats», *Responsabilités traité théorique et pratique*, Kluwer, 2005, titre II, dossier 28bis, 52 pages,
 - P. HENRY, B. DE COCQUÉRAU, «Le devoir de conseil de l'avocat et de l'huissier de justice», in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, C.U.P., Vol. 86, 2006, pp. 51 à 112;
 - P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Larcier, 2006, 267 pages.
- Après avoir rappelés quelques principes de base en matière de responsabilité d'avocat (§2) et précisé qui a la charge de la preuve des manquements (§3), nous étudierons successivement :
- le devoir d'information et de renseignement (§4),
 - le devoir de conseil et de stratégie (§5),
 - le devoir de vigilance (§6).

§2. - RESPONSABILITES DE L'AVOCAT - RAPPEL DE QUELQUES PRINCIPES :

2. Les liens qui unissent l'avocat à son client sont essentiellement de nature contractuelle et la responsabilité de l'avocat à son égard est de même nature (5). C'est un contrat de nature mixte, selon la

(4) Ces questions seront abordées par M. MAHEU dans son rapport «Le dommage et la réparation, la perte d'une chance et les clauses limitatives de responsabilité».

(5) Cons. not. Cass. 7 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 265; Civ. Bruxelles, 4 décembre 1990, *R.W.*, 1991-1992, p. 823; Anvers, 14 décembre 2004, *N.J.W.*, 2006, n° 139, p. 263. Ainsi, «La relation entre l'avocat à la Cour de cassation et le client reste de nature contractuelle même si elle inclut la prestation obligée d'un office ministériel. Cette relation peut donner lieu à responsabilité contractuelle» (Cass., 1^{re} chambre, 18 février 2003, AR 1999/AR/2180, inédit).

nature des activités que l'avocat exerce : un louage d'entreprise quand l'avocat donne des consultations, lorsqu'il négocie, rédige un acte ou plaide; un mandat lorsqu'il représente son client, un service public lorsqu'il est commis d'office ou suppléé un magistrat (6).

La responsabilité contractuelle de l'avocat découle le plus souvent de la violation d'une obligation de moyens. Il en est particulièrement ainsi en ce qui concerne les devoirs qui nous préoccupent dans cette contribution (7). L'avocat doit apporter à l'exercice de ces obligations les soins qu'y apporterait un avocat normalement avisé (8), prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances (9). Ainsi, l'avocat qui est consulté dans une matière difficile ou compliquée qu'il ne maîtrise pas, doit adresser son client vers un confrère plus compétent ou, du moins, se faire assister ou aider par cet autre avocat (10).

Le seul mauvais résultat auquel ses conseils et prestations peuvent aboutir ne suffit pas à caractériser la faute. Ce n'est pas à l'issue d'une procédure qu'il convient de se placer pour apprécier si un avocat a agi avec prudence et diligence, mais au moment où les décisions sont prises avec le client. C'est compte tenu des informations dont le client dispose à ce moment précis qu'il convient d'examiner si les conseils semblaient raisonnables ou, au contraire, comportaient des risques excessifs.

L'avocat étant un professionnel, sa faute la plus légère est susceptible d'engager sa responsabilité (11).

(6) P. LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 499; Mons, 1^{er} juin 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1258.

(7) «Le devoir de conseil et d'information de l'avocat est une obligation de moyens» (Bruxelles, 18 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1073; Liège, 30 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2005, p. 280; Civ. Bruxelles, 5 décembre 2003, *R.G.A.R.*, 2005, 13890) (comp. Civ. Bruxelles, 21 février 1963, *R.G.A.R.*, 1963, 7135). «L'obligation à laquelle est soumis l'avocat, quant au choix de la stratégie est une obligation de moyen et l'avocat ne peut être tenu responsable d'avoir perdu un procès auquel il a apporté tous ses soins, encore qu'il se soit trompé en fait ou en droit, pour autant que cette erreur puisse être normalement admise» (Civ. Charleroi, 1^{re} chambre, 12 septembre 2006, RG 02/825/A, inédit).

(8) C'est-à-dire un avocat qui pratique habituellement la matière concernée.

(9) Ainsi, ce n'est pas à l'issue d'une procédure qu'il convient de se placer pour apprécier si l'avocat a agi avec prudence et diligence mais au moment où les décisions sont prises avec le client. C'est compte tenu des informations dont dispose l'avocat à ce moment précis qu'il convient d'examiner si ces conseils semblent raisonnables ou, au contraire, comportent des risques excessifs (Bruxelles, 16 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1073).

(10) Civ. Bruxelles, 6 février 1991, *R.G.D.C.*, 1991, p. 857.

(11) Bruxelles, 18 janvier 1947, *R.G.A.R.*, n° 4008; Bruxelles, 28 mars 1961, *Pas.*, 1962, II, p. 181; Civ. Bruxelles, 5 décembre 2003, *R.G.A.R.*, 2005, 13990.

3. Quatre circonstances sont traditionnellement avancées pour tenter d'exonérer ou de limiter la responsabilité de l'avocat : la spécialisation de l'avocat, la compétence, le niveau de compréhension et les connaissances du client, l'urgence de la consultation et l'importance de la rémunération de l'avocat (12).

1) *La spécialisation de l'avocat :*

- le fait qu'un avocat soit spécialisé ou non, qu'il ait déclaré des activités préférentielles ou qu'il fasse valoir l'obtention d'un diplôme ou d'un titre particulier n'est pas susceptible de peser sur l'appréciation de la faute : soit l'avocat est spécialisé et l'on attend de lui une compétence à la mesure de ses qualifications (pas de circonstance aggravante), soit l'avocat n'est pas spécialisé et le fait d'accepter une mission dépassant ses possibilités constituée en soi une faute (pas de circonstance atténuante);

2) *La compétence, le niveau de compréhension et les connaissances du client :*

- si le client consultant l'avocat est lui-même avisé, l'intensité de l'information à lui donner peut être moindre que s'il était totalement profane en la matière (13). L'avocat ne doit pas transmettre un enseignement ou une donnée que son client connaît déjà ou doit nécessairement connaître, en raison de sa qualité (juriste d'entreprise par exemple, client habituel de l'avocat consulté régulièrement dans des dossiers similaires...). Ainsi, «*dès lors qu'il résulte des circonstances de la cause que le client ne pouvait ignorer les conséquences s'attachant à la signification et le fait que celle-ci faisait couvrir le délai d'un mois pour interjeter appel, l'avocat qui n'a pas interjeté appel dans le délai ne peut être tenu pour responsable même s'il n'a pas prévenu son client de la portée de la signi-*

(12) M. MAHEU, «La prévention de la responsabilité civile de l'avocat en matière de consultation et de négociation», in *La responsabilité des avocats*, E.J.B., 1992, p. 62; P. DEPUYDT, *La responsabilité de l'avocat et de l'huissier de justice*, Gand, Story-Scintia, p. 104; P. HENRY, «Le devoir de conseil de l'avocat et de l'huissier de justice», in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Larcier, C.U.P., vol. 86, p. 62.

(13) «En matière de responsabilité professionnelle d'avocat, il convient de tenir compte du niveau de compréhension du client, rompu à la vie des affaires et connaissant le sens juridique des mots» (Mons, 24 janvier 2002, J.L.M.B., 2003, p. 1671 et obs. J.P. BUYLE «L'urgence du devoir d'information et de conseil de l'avocat»). Dans le même sens, cons. Civ. Charleroi, 1^{re} chambre, 12 septembre 2006, RG 02/825/A, inédit.; Bruxelles, 9^e chambre, 1^{er} novembre 2006, inédit.

fication en ce qui concerne le délai» (14). Cela ne dispense évidemment pas l'avocat de donner à son client un avis et un conseil juste, exact et complet. Les compétences et les connaissances personnelles du client ne dispensent pas l'avocat de son devoir de conseil (15), même si celles-ci peuvent atténuer, voire supprimer son devoir d'information;

3) *L'URGENCE DE LA CONSULTATION :*

- il ne peut être exigé d'un avocat qui est consulté en urgence par un client et qui ne dispense pas du temps matériel adéquat pour procéder à une étude approfondie de la question posée qu'il donne un avis aussi complet que s'il en avait réellement la possibilité (16). De longue date, il a été soutenu, à juste titre par une partie de la doctrine que dans ses missions de consultation et de négociation, l'avocat voit sa responsabilité appréciée avec moins de sévérité lorsqu'il a dû remplir sa mission avec urgence (17). Dans ce cas, il est prudent d'attirer l'attention du client sur le caractère sommaire de l'avis donné en raison des circonstances. En l'absence de réserves, l'avocat risque d'engager sa responsabilité, dans la mesure où le client a pu considérer que l'urgence ne pouvait pas porter atteinte à la fiabilité de la consultation donnée, en raison par exemple de la grande spécialisation de l'avocat consulté ou de la simplicité apparente de la question posée.

En tout état de cause, le caractère urgent de l'intervention de l'avocat doit être fondé. Dans un arrêt récent, la Cour d'appel de Bruxelles a usé de ce principe dans la mission de direction du procès de l'avocat. La commission de l'acte dont l'omission était constitu-

(14) Anvers, 17 février 1993, R.G.A.R., 1994, 12392.

(15) Cass. F., 7 juillet 1998, D., 1998, I.R., p. 205; Cass. F., 19 mai 1999, D., 2000, p. 153 et obs.; comp. pour les notaires : *indépendamment des épistémés et compétences propres des parties à l'acte, il relève du devoir de conseil du notaire d'éclaircir complètement celles-ci, notamment sur l'efficacité de l'acte qu'elles se proposent de passer* (Bruxelles, 27 septembre 2004, R.G.A.R., 2006, 14149).

(16) Pour un cas où l'urgence a été retenue pour atténuer la responsabilité d'un avocat ayant accepté de rédiger une convention de cession de fonds de commerce sans s'être inquérit des charges existantes et alors que le fonds était nanti au profit d'un banquier (Civ. Liège, 27 novembre 2001, J.L.M.B., 2003, p. 1679 réformant J.P. Liège, 4 septembre 1998, J.L.M.B., 1999 et obs. J.P. BUYLE «Le conseil efficace», p. 486).

(17) B. TROJANI, «La responsabilité de l'avocat dans la consultation et la négociation», *Ann. Droit Louvain*, 1996, p. 378; P. DEPUYDT, «L'avocat et la consultation juridiques», (II), *Omnia Fra.*, 1984, p. 17; M. MAHEU, *loc. cit.*, p. 62.

tive d'une faute ne retardant en rien le prononcé du jugement, la Cour a écarté la cause de justification invoquée par l'avocat (18).

Un tel moyen doit pareillement être rejeté, dès lors que l'avocat s'est engagé vis-à-vis de son client à effectuer, nonobstant les circonstances, un travail exhaustif;

4) L'importance de la rémunération de l'avocat :

— l'importance des honoraires payés à l'avocat en rétribution d'une information, d'un avis ou d'un conseil demandé ne doit en principe pas rentrer en ligne de compte pour apprécier la responsabilité de l'avocat. Un conseil donné à titre gratuit doit répondre aux exigences qu'on attend de l'avocat.

§ 3. — LA CHARGE DE LA PREUVE

4. Un droit n'est rien sans la preuve de l'acte ou du fait dont il dérive (19). A peine de devoir le considérer comme juridiquement inexistant (20), il convient d'en rapporter la preuve, à savoir « la démonstration de la vérité d'un fait ou d'un acte juridique dans les formes admises par la loi » (21). En réalité, l'administration de la preuve ne se pose que rarement en des termes absolus et ce, en raison du principe de la collaboration des parties à la charge de la preuve. Le débat n'est donc pas tellement celui de savoir ce que l'on doit prouver (22) mais bien celui de déterminer qui doit supporter le risque de la preuve.

(18) Bruxelles, 27 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 230 et obs. J.P. BUYLE, « La responsabilité de l'avocat : vers un devoir permanent de prudence et de diligence ? »

(19) R. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 1997, p. 62, n° 3. Cette affirmation de principe doit cependant être relativisée. En réalité, et comme l'indique Gény, il... l'existence juridique d'un fait dépend tellement de sa preuve que celle-ci en reste la première condition d'efficacité (Gény, *Science et technique en droit positif*, t. III, n° 205, cité et approuvé par J. GHESTIN (sous la dir. de), *Traité de droit civil - Introduction générale*, 4^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 601, n° 629). Autrement dit, la question de la charge de la preuve se rapproche bien plus à l'efficacité du droit avancé qu'à son existence.

(20) H. DE PACE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 696, n° 708; à défaut d'apporter la preuve de la faute, du lien causal et du dommage, le professionnel, même fautif, ne peut subir aucune condamnation (Comm. Bruxelles, 27 avril 1995 et 3 mai 1996, *R.D.C.*, 1996, p. 1110).

(21) G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^{ème} éd., Coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 2005, p. 184, n° 139.

(22) Bien que cette question soit d'importance, le cadre naturellement limité de la présente contribution ne nous autorise pas à en examiner l'ensemble des contours et alentours. On rappellera qu'il convient d'opérer une première distinction entre le droit et les éléments factuels. Les

L'article 1315 du Code civil dispose que : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

L'article 870 du Code judiciaire formule un principe identique (23) quoique de manière plus lapidaire : « Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue ».

parties n'ont pas à rapporter l'existence du droit : le juge est présumé le connaître, son contenu ne doit pas être établi (P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence (1974-1983) - Les obligations (suite) », *R.C.J.B.*, 1988, p. 146, n° 231; ce principe est également admis en droit français, voy. J. Ghestin (sous la dir. de), *Traité de droit civil - Introduction générale*, 4^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 607, n° 635) alors qu'elles doivent démontrer l'existence des éléments à la base de leurs prétentions. Cette distinction est essentielle, notamment quant au rôle, et à ses limites, du juge : les parties apportent les faits, le juge y applique le droit; c'est là la portée de l'adage *De nisi factum, dabo tibi ius* (Cass., 24 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 352; et appartient au juge du fond, en respectant les droits de la défense, d'appliquer aux faits dont il est légalement saisi et sans en modifier ni l'objet ni la cause de la demande, les normes juridiques sur la base desquelles il fera droit à la demande ou la rejettera. Sur cette question, on consultera utilement l'article d'H. Motulsky, « La cause de la demande dans la détermination de l'office du juge », *D.*, Chronique, 1964, pp. 231 et s. et la dissertation doctrinale de J.-F. Van Drooghenbroeck, *Casation et juridiction. Jura dicit curia*, Coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2004, 944 p. Les éléments factuels se divisent eux-mêmes en trois catégories : 1) les faits matériels, les faits juridiques et les actes juridiques (l'article 870 du Code judiciaire use du terme « faits » dans une acception très large : D. Mougenot, *Droit des obligations - La preuve*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 84, n° 20) auxquels on ajoutera par distribution, en quelque sorte, les règles édictées par le Code civil (voy. P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence (1974-1983) - Les obligations (suite) », *R.C.J.B.*, 1988, pp. 156 et s., n° 238 et s.) ou par d'autres réglementations particulières (voy. en particulier l'article 25 du Code de commerce); l'article 876 du Code judiciaire disposant que « le tribunal juge le différend dont il est saisi selon les règles de preuve applicables à la nature du litige ».

(23) D. MOUGENOT, *Droit des obligations - La preuve*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 92, n° 26 et la réf. au Rapport Ch. VAN REEPINGHEN en note infra-paginale [1]; J.-L. FAGAR, « Charge de la preuve et responsabilité médicales », in *Mélanges Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 91, n° 2; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^{ème} éd., Coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 186, n° 132; R.-O. DALCO, « Réflexions au sujet de la charge de la preuve », in *Mélanges Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 55, n° 3. Voy. les propos critiques de J. KRUPARICK, « Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge », in *Libër Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 120 et s., n° 22 et s. Pour cet auteur, l'article 870 du Code judiciaire doit se lire de la manière suivante « chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue dans la mesure où la charge de l'allégation de ces faits lui incombe. Et l'auteur de poursuivre : toutefois, si l'on tient compte de cette précision, à mon avis indispensable, la disposition apparaît comme une tautologie dénuée de portée pratique, à défaut d'indiquer à qui incombe la charge de l'allégation » (p. 124, n° 24). Sur la différence entre la charge de l'allégation et la charge de la preuve, voy. *infra* n° 16. La Cour de cassation a néanmoins énoncé, dans un arrêt du 18 janvier 2002 (Cass., 19 janvier 2002, *Pas.*, I, n° 42, p. 201) que l'article 870 n'est que la généralisation de la règle consacrée par l'article 1315 du Code civil (arrêt cité par L. Simont, « La charge de la preuve - Jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 27, n° 6). Le Professeur Simont soulignant que les termes « la règle consacrée » doivent, semble-t-il, se lire comme « les règles consacrées ».

De ces deux dispositions, dont la première est directement inspirée de Pothier (24), il découle que, d'une part, la charge de la preuve de la naissance d'un droit, pour autant que ce dernier soit contesté (25), incombe à celui qui s'en prévaut et que, d'autre part, celui qui argue de l'extinction ou de l'inexistence de ce droit doit en assumer la démonstration, à défaut de quoi, il succombera (26).

Le principe est clair : le demandeur démontre la naissance de son droit et, s'il y parvient, le défendeur doit alors démontrer qu'il en est libéré. Cependant, et ainsi que le relève la doctrine (27), sa mise en œuvre est plus complexe que ne le laisse sous-entendre sa formulation. Théoriquement, le « défendeur » peut attendre que le « demandeur » réalise la démonstration de ses allégations mais, pratiquement, « il sait qu'il est plus habile d'empêcher une conviction de se former que de renverser une conviction qui a déjà pris corps » (28).

La philosophie qui anime l'article 1315 du Code civil, et son pendant ramassé de l'article 870 du Code judiciaire, n'est donc pas tellement d'instaurer une règle chronologique (29) mais bien un processus dialectique dans lequel les prétentions de chacune des parties apparaissent comme antinomiques et où le juge devra en assumer, en quelque sorte, la synthèse; synthèse singulière il est vrai, car la mission du juge n'est pas, en principe, de faire coexister les alléga-

tions de chacun des protagonistes mais bien d'opérer le choix entre ces dernières par application des règles de droit, en ce comprises celles relatives à la charge de la preuve.

Si les règles gouvernant la charge de la preuve trouvent à s'appliquer dès les prémices du procès, force est de constater qu'elles jouent un rôle crucial dans la détermination de savoir qui doit « supporter le risque du procès » (30). En effet, l'instauration du principe dit de « la collaboration des parties à la charge de la preuve » par le Code judiciaire (31) a eu pour conséquence de déplacer la question de la preuve de son administration vers celui de son risque : chacune des parties devant collaborer en bonne intelligence, et sous l'autorité active du juge, à la production des éléments probatoires (32), la portée du principe *onus probandi incumbit ei qui dicit* formalisé par les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire se mue donc, bien plus, en une répartition du risque de la preuve : « l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui en avait la charge de cette preuve » (33) (34).

5. La charge de la preuve du devoir d'information a fait l'objet d'intenses débats en doctrine et en jurisprudence. Cette question n'est évidemment pas neutre dès lors que la question de la charge de la preuve se mue, sur le terrain du débat judiciaire, en risque de la preuve.

Sans revenir ici sur cette controverse, on relèvera que la majorité de la doctrine et de la jurisprudence estime qu'en cas de contesta-

(30) D. MOUGENOT, *Droit des obligations - La preuve*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 93, n° 27.

(31) Voy. l'article 871 du Code judiciaire : « Le juge peut néanmoins ordonner à une autre partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose. Cette disposition s'applique au vieux brocard latin « Nemo tenetur aere contra se » qui, il est vrai, était déjà largement énoncé par la jurisprudence antérieure : P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1983) - Les obligations (suite) », *R.C.J.B.*, 1988, p. 151, n° 234 et les réf. citées.

(32) A. FERRVIES, *Manuel de procédure civile*, Liège, 1985, n° 476 : « aucun plaideur ne peut se retrancher dans le silence et l'abstention, sous le prétexte que la charge de la preuve incombait à son adversaire, s'il dispose d'éléments dont ce dernier pourrait se prévaloir ».

(33) Cass. fr., 31 janvier 1962, *Bull. cass.*, 1962, cit. IV, n° 106.

(34) Le principe est unanimement admis par la doctrine, voy. notamment : D. MOUGENOT, *Droit des obligations - La preuve*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 94, n° 27; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1983) - Les obligations (suite) », *R.C.J.B.*, 1988, p. 153, n° 234; R.-O. DALCO, « Réflexions au sujet de la charge de la preuve », in *Mélanges Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 55, n° 3; M. CLAVIE, « La charge de la preuve : questions choisies en matière contractuelle », in *La preuve*, Formation permanente CUP, vol. 54, 2002, p. 12, n° 3.

(24) « Celui qui se prétend créancier de quelqu'un est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance, lorsqu'elle est contestée; au contraire, lorsque l'obligation est prouvée, le débiteur qui prétend l'avoir acquittée est obligé de prouver le paiement »; Pothier, *Traité des obligations*, 2^{ème} éd., Paris, 1861-1890, n° 729 cité par J. KIRKPATRICK, « L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs », p. 53, note 35 et repris par D. MOUGENOT, *Droit des obligations - La preuve*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 85, n° 26.

(25) En effet, seuls les faits contestés doivent être démontrés : D. MOUGENOT, *Droit des obligations - La preuve*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 85, n° 23. L'auteur soulignant que « une simple désignation de celui contre lequel une allégation est formulée suffit pour qu'elle soit considérée comme contestée ». De plus, ainsi que le souligne de manière fort pertinente le Professeur DE LEVAL : « [...] le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait »; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 3^{ème} éd., Coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 187, n° 132, note infrapaginale [39] et les réf. citées.

(26) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 731, n° 736; R.-O. DALCO, « Réflexions au sujet de la charge de la preuve », in *Mélanges Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 54, n° 2.

(27) R.-O. DALCO, « Réflexions au sujet de la charge de la preuve », in *Mélanges Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 64, n° 3.

(28) D. MOUGENOT, *Droit des obligations - La preuve*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 93, n° 27. Dans le même sens, en des termes quasi-similaires, J. GHESTIN (sous la dir. de), *Traité de droit civil - Introduction générale*, 4^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 616, n° 644 : « il est souvent plus difficile de combattre une conviction déjà formée que d'empêcher cette conviction de naître ».

(29) D. MOUGENOT, *Droit des obligations - La preuve*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 93, n° 27; N. VERHEYDEN-JEANMART, « La charge de la preuve », in *La preuve*, Louvain, Universitè Catholique de Louvain, 1987, p. 5, n° 5.

tion, il appartient au créancier du devoir d'information de démontrer les faits à l'appui de sa prétention, à savoir la violation de son droit à l'information (35).

Cette position se fonde sur une lecture rigoureuse des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire. A défaut de normes, légale (36) ou contractuelle (37), venant modifier les principes qui découlent des deux dispositions mentionnées, il appartient au créancier d'information de démontrer les circonstances factuelles qui sont à la genèse du ou des droits qu'il invoque à l'égard du débiteur d'information.

Ainsi, «le client qui entend mettre en cause la responsabilité professionnelle de son avocat doit prouver la mauvaise exécution de ses obligations et un dommage présentant un lien de causalité avec la faute reprochée. Le créancier qui veut obtenir réparation en raison du fait que l'objectif n'est pas atteint doit prouver l'existence de l'obligation, mais aussi décrire ce qu'aurait dû faire «le bon père de famille» dans les mêmes circonstances et la défaillance de son débiteur à cet égard. En règle générale, la responsabilité professionnelle d'un avocat ne peut

être engagée en raison du seul mauvais résultat auquel ses conseils et prestations ont abouti». (38) (39)

§ 4. - LE DEVOIR D'INFORMATION ET DE RENSEIGNEMENT

6. Le devoir d'information concerne la transmission d'une donnée exacte et utile dont le contenu est déterminé de manière objective. Il s'agit de toute information de fait ou de droit que l'avocat connaît ou est censé connaître et qui est susceptible d'intéresser le client pour l'aider à comprendre la réponse aux questions qu'il se pose et lui permettre de prendre une décision éclairée en toute connaissance de cause, grâce aux conseils qui lui sont par ailleurs donnés.

Le devoir de renseignement n'est autre que la réponse à une demande d'information du client. Contrairement à cette obligation passive, le devoir d'information doit être fourni spontanément par l'avocat.

7. Si le devoir d'information de l'avocat est inhérent à tout professionnel, il connaît néanmoins des exceptions. Nous avons déjà abordé l'impact des compétences, du niveau de compréhension et des connaissances personnelles du client sur cette obligation (cf. *supra* n° 3) mais l'avocat doit aussi parfois se taire et ne pas transmettre certaines informations à son client. Il en est ainsi des données que l'avocat détiendrait de la part d'un tiers (par exemple un autre client ou un autre avocat) et qui seraient couvertes par une obligation de confidentialité ou de secret professionnel.

Parfois, le législateur interdit lui-même à l'avocat de transmettre une information au client. Ainsi, la loi du 11 janvier 1993 relative

(35) En droit bancaire et financier, on consultera X. DIEUX et J.-Q. DE CUYPER, «Questions de responsabilité civile en matière de bancassurance», in *Bancaassurance* (sous la dir. de J.-L. FAGNART), Coll. de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 189, n° 7. Les deux auteurs, tout en faisant état de l'arrêt rendu par la Cour de cassation de France le 25 février 1997, soulignent que «cette jurisprudence, si elle peut, formellement, paraître fondée, reste néanmoins critiquable, dès lors qu'il appartient au demandeur, particulièrement en ce qui concerne une obligation de moyen, de démontrer que les conditions de la mise en cause de la responsabilité du défendeur sont en l'espèce effectivement réunies»; J.-F. VAN DROOGHEBOECK et D. SCHUERMANS, «Le devoir de conseil et d'information de l'intermédiaire d'assurances», in *La responsabilité liée à l'information et au conseil - Question d'actualité*, Coll. *Travaux et recherches*, n° 42, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis de Bruxelles, p. 46, n° 38; D. BLOMMAERT, F. NICHÈLS, «Kroniek van het consumentkrediet (1995-1998) II», *R.D.C.*, 2000, p. 99, n° 23; A.-D. BOUZE, «La loi relative au crédit à la consommation et ses lois périphériques», in *Le crédit à la consommation*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 1997, p. 52, n° 31; Fr. DE PATOUL, «La responsabilité du prêteur et de l'intermédiaire de crédit dans la phase précontractuelle», in *Le crédit à la consommation*, C.U.P., vol. 75, décembre 2004, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 80, n° 104. Voy. cependant la position de R. STREXNOR, «Overzicht van Rechtspraak - Consumentbescherming (1998-2002)», *T.P.R.*, 2004, p. 1912, n° 268; Cass. 10 décembre 2004, *R.C.J.B.*, 2005, p. 680 et note J.P. BUYLE.

(36) Voy. par exemple l'article 4, §1^{er}, al. 3 de la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds (*M.B.*, 17 août 2002) qui dispose que *via* preuve de l'accomplissement de cette obligation d'information incombent à l'émetteur. Voy. aussi l'article 83décies de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur qui, en matière de contrats à distance portant sur des services financiers dispose qu'*si* incombent au fournisseur de fournir la preuve qu'il a satisfait aux obligations concernant l'information des consommateurs, toutes clauses et conditions ayant pour objet de mettre à charge du consommateur la preuve du respect de tout ou partie des obligations incombant au fournisseur étant interdites et nulles.

(37) Les dispositions relatives à la charge de la preuve étant supplétives.

(38) Bruxelles, 16 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1873; cons. aussi Civ. Bruxelles, 6 février 1991, *R.G.D.C.*, 1991, p. 657; Anvers, 14 décembre 2004, *N.J.W.*, 2005, n° 139, p. 263; contra Civ. Huy 8 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1659 et obs. J.P. BUYLE, l'avocat hors délai et F. GANSPOORT, «Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil», *Introduction générale*, C.U.P., 2006, vol. 86, 2006, p. 38. La solution est la même en matière de responsabilité notariale: «la charge de la preuve d'un manquement par un notaire à son devoir d'information repose sur la partie qui invoque ce manquement» (Anvers, 13 septembre 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 300).

(39) En France, la solution est inverse. C'est à l'avocat de rapporter la preuve de ce qu'il s'est acquitté envers son client de son obligation particulière d'information et de conseil (Cass. F., 29 avril 1997, *R.G.A.R.*, 1998, 12836; *J.T.*, 1998, p. 122).

à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme interdit à l'avocat de porter à la connaissance du client concerné (ou de personnes tierces) que des informations ont été transmises à la cellule de traitement des informations financières en application de la loi ou qu'une information du chef de blanchiment de capitaux est en cours (article 19).

8. Le devoir d'information et de renseignement est généralement exécuté au bénéfice du client. Si l'avocat n'a en principe aucun devoir à l'égard d'une partie adverse (40), il se peut cependant que l'avocat soit cependant tenu à un tel devoir à l'égard d'un tiers :

- ainsi, en matière de blanchiment, les avocats (41) qui constatent des faits qu'ils savent ou soupçonnent être liés au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme sont tenus d'en informer immédiatement le bâtonnier de l'Ordre dont ils relèvent (article 14bis §3 de la loi du 11 janvier 1991). Inversement, l'avocat peut dans certains cas, être amené également à devoir fournir des renseignements complémentaires à la cellule de traitement des informations financières (C.T.I.F.) qui l'interrogerait et qui estimerait ces informations utiles à l'accomplissement de sa mission légale (article 15 §1 de la loi du 11 janvier 1993 (42));

- en matière de responsabilité professionnelle, il n'est pas inutile de rappeler que la première obligation de l'avocat confronté à la survenance d'un sinistre est celle de le déclarer à son assureur.

L'article 14 de la police d'assurance responsabilité civile professionnelle et exploitation des avocats (1^{er} rang) souscrite auprès de la compagnie Ethias assurance par la plupart des barreaux des

(40) « Si l'avocat, conseil d'une seule partie et qui traite directement avec la partie adverse ou le contractant de son client a un devoir de loyauté à l'égard des tiers, il n'a cependant pas une obligation d'information des avantages ou des dangers de l'acte en cause, et encore moins un devoir de conseil » (Liège, 24 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 338 et obs. J.P. BUYLE « Loyauté et responsabilité de l'avocat à l'égard des tiers »). « L'avocat n'a aucune obligation, au nom de la loyauté, d'attirer l'attention de son adversaire sur ses oublis éventuels » (recommandation du barreau de Bruxelles du 22 juin 2004 sur le devoir de loyauté de l'avocat).

(41) Ceci vise les avocats qui n'agissent que dans le cadre des activités énumérées à l'article 2^{er} de la loi du 11 janvier 1993 et qui ne peuvent se prévaloir des exceptions prévues à l'article 14bis §3, al. 2 de la même loi (exceptions du conseil juridique et de la représentation en justice).

(42) Cons. G.A. DAR, J. STREVEN, « Les avocats et la prévention de blanchiment de capitaux : une dangereuse dérive », *J.T.*, 2004, pp. 485 et s.; J.P. BUYLE, O. CZEPLER, la directive européenne du 4 décembre 2001 et l'extension aux avocats de la réglementation préventive du blanchiment de capitaux, in droit bancaire et financier au Grand Duché de Luxembourg, Larivier, 2003, p.443.

Communautés française et germanophone prévoit que « en cas de sinistre relatif aux risques couverts par le présent contrat d'assurance, l'assuré doit en faire la déclaration dès que possible et en tout cas, dans les trente jours dès qu'il en a connaissance. »

Si l'avocat ne remplit pas cette obligation et qu'il en résulte un préjudice pour l'assureur, ce dernier a le droit de prétendre à une réduction de sa prestation à concurrence du préjudice qu'il a subi. Il peut décliner sa garantie si, dans une intention frauduleuse, l'avocat n'a pas transmis correctement et dans les délais cette information.

Il est dès lors important d'informer l'assureur avec diligence, ne fût-ce qu'à titre conservatoire, lorsque survient un sinistre susceptible d'engager la responsabilité de l'avocat ;

- l'information à donner l'est parfois au bénéfice d'un autre avocat. Il en est par exemple de l'obligation déontologique suivant laquelle les avocats doivent s'informer de la signification d'un jugement (43). Même si le non respect de cette règle ne porte pas atteinte à la régularité elle-même de la signification ainsi intervenue (44), il n'empêche qu'en cas de préjudice, la responsabilité de l'avocat ayant omis de procéder à cette notification préalable pourrait être recherchée (45);

- il est aussi intéressant de relever un cas récemment jugé en France quant à l'identification du créancier de l'obligation d'information. Les faits étaient les suivants : un avocat avait été licencié par un cabinet anglo-saxon parisien, en septembre 2005, au terme d'un long conflit du travail dans le cadre d'un accord confidentiel. Devenu indépendant, cet avocat avait constitué sa propre clientèle. A la fin du mois de décembre 2005, un client de cet avocat avait été placé en garde à vue dans le cadre d'une affaire criminelle. Son épouse l'accusait de viol. Ce client réclamait l'assistance de l'avocat précité. Le juge d'instruction saisi du dossier avait fait appeler son ancien cabinet. Ce cabinet refusait de lui communiquer les nouvelles coordonnées de son ancien collaborateur. Résultat : lors de l'interrogatoire de première comparution, le client avait été

(43) Article 3 du règlement du 7 décembre 1989 de l'Ordre national sur l'avis préalable à la signification, à l'exercice d'un recours et à l'exécution des actes et décisions judiciaires.

(44) Liège, 17 novembre 2003, *J.L.M.B.*, 2005, p. 408; Comp. Bruxelles, 27 février 2006, *J.T.*, 2006, p. 197.

(45) Civ. Turnhout, 23 mai 2005, *R.W.*, 2007, p. 1610.

interrogé hors la présence de son défenseur. A l'issue de cette audition, il avait été mis en détention provisoire et incarcéré.

En février 2006, intervient un second incident. Le magistrat instructeur adresse à l'avocat précité une lettre recommandée qui le convoque pour un interrogatoire de son client, sur le fond de l'affaire. Le courrier n'est réacheminé à l'avocat par son ancien cabinet que trois semaines plus tard. L'audition a déjà eu lieu. Une nouvelle fois, le mis en examen s'est retrouvé seul face au juge.

Assigné par le client en réparation du dommage moral, le président du tribunal de grande instance de Paris a rendu une ordonnance de référé le 10 avril 2006 aux termes de laquelle il condamne le cabinet d'avocat à une somme provisionnelle de Eur 6000 en réparation de son préjudice.

Le tribunal rappelle d'abord que l'article 14-4 du règlement intérieur national des barreaux fait obligation à l'employeur d'un avocat salarié, quelles que soient les causes de la rupture du contrat, de supporter sa domiciliation au cabinet qu'il a quitté, jusqu'à ce qu'il porte à la connaissance de l'Ordre ses nouvelles conditions d'exercice pendant un délai maximum de trois mois, situation dans laquelle se trouvait placé cet avocat. Le même règlement impose à l'employeur de lui acheminer son courrier et de communiquer ses coordonnées postales et téléphoniques, à l'expiration de ce délai, à ceux qui le demandent.

Après avoir constaté qu'en l'espèce, l'ancien cabinet d'avocat avait manqué à ces obligations d'information déontologiques, le tribunal précise :

- que les règles déontologiques sont établies dans l'intérêt des clients ou usages des professionnels réglementés et non dans celles de leurs membres,
- que le client dont la défense est assurée par l'avocat précité est fondé à s'en prévaloir,
- qu'il subit directement les conséquences des infractions qu'il caractérise,
- qu'il est recevable à demander la réparation du préjudice qui pourrait en résulter et les mesures propres à en éviter le renouvellement (46).

(46) Tr. Grande Instance Paris (réf.), 10 avril 2006, inédit R.G. 06/52374.

9. Dans le cadre habituel de la relation de l'avocat et du client, on peut citer quelques cas d'application récent relatif au devoir d'information de l'avocat :

- l'avocat doit informer le client des conditions de son intervention : cette obligation peut concerner les conditions financières de son intervention (47) (48), les voies de recours contre un état de frais et d'honoraires (49) ou les conditions d'obtention de l'assistance judiciaire ou de l'aide juridique (50).

Il est par ailleurs aussi souhaitable que l'avocat informe le client sur les obligations auxquelles il est soumis en matière de blanchiment (identification, vérification de l'identité des clients, ...) et que si des éléments inquiétants lui étaient communiqués, il pourrait être amené à dénoncer ces faits aux autorités et devoir arrêter sa relation avec son client, sans avoir à en justifier les motifs ;

- dans le cadre de la conduite du procès, l'avocat est amené à devoir informer son client de diverses manières (51) :

- en attirant l'attention du client sur l'échéance de la prescription de l'action que celui-ci se propose d'entreprendre (52),
- si l'avocat découvre, à l'examen du dossier de son client, que la négligence d'un autre avocat est à l'origine du procès dont la direction lui est confiée, en informant spontanément et immédiatement ce client de l'action en responsabilité que celui-ci peut

(47) Cf. not. règlement du 27 novembre 2004 de l'O.B.F.G. relatif à l'information à fournir par l'avocat à ses clients en matière d'honoraires, de frais et de débours : recommandation de l'Ordre français du barreau de Bruxelles du 10 février 2004 en matière de prévisibilité, d'information et de contractualisation des honoraires (rec. règles professionnelles, barreau de Bruxelles, 2005, n° 302 et 302-1). Comp. Anvers 30 mars 1998, *R.H.* 1998-1999, p. 369 ; Cass. F. 18 juillet 2000, *D.* J. 2002, p. 854.

(48) « Les devoirs professionnels d'information, de diligence et de délicatesse obligent, en règle l'avocat à informer le client des honoraires dus avant de les lui réclamer par voie judiciaire » (J.P. Grâce Hollogne, 24 avril 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 128).

(49) Liège, 12 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1366 et obs. L. Misson et J.P. Buyle.
(50) « Lorsque l'avocat constate qu'un client est susceptible de bénéficier de l'aide juridique et/ou de l'assistance judiciaire, il a l'obligation de l'informer » (règlement des 25 juillet 2001, 1^{er} janvier 2002 et 26 juin 2003 de l'O.B.F.G. sur l'obligation d'information et le secret professionnel en matière d'aide juridique, article 1) (comp. Gent., 10 février 2005, P. 33 / R.D.J.P., 2005, p. 315 et not. D. LUYEMANS : « Dans les circonstances données il n'apparaît pas que le fait (non contesté) que l'avocat n'a pas explicité le système du procès et n'a pas même fait mention de son existence, puisse être qualifié de faute sur base d'une quelconque règle du droit commun ou de déontologie »).

(51) Pour des exemples tirés de la jurisprudence plus ancienne, cons. R.O. DALCO, « La responsabilité civile de l'avocat, évolution récente de la jurisprudence et de la doctrine », in *La responsabilité des avocats*, E.J.B. 1992, pp. 108 et 109.

(52) Bruxelles, 8 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1656 et obs. J.P. Buyle, « l'avocat hors délai » ; Civ. Liège, 23 mars 1990, *R.G.A.R.*, 1992, 12064.

exercer contre son précédent conseil, et en particulier du délai de prescription de cette action (53),

- en attirant l'attention du client sur l'importance de l'avertir le plus rapidement possible de sa décision d'interjeter ou non appel et sur la nécessité d'être attentif au respect du délai d'appel, particulièrement lorsque le délai d'appel commence à courir à partir de la notification de la décision par le greffe et non à partir de sa signification (54),
- en informant le client de la possibilité de faire opposition à un arrêt rendu par défaut (55),
- en informant le client du délai endéans lequel des observations peuvent être formulées au sujet d'un projet de rapport d'expertise (56),
- en informant clairement le client de la signification exacte d'une possible signification et de l'intérêt à en être aussitôt prévenu (57),
- dans le cadre de la préparation d'un acte déterminé, l'avocat doit informer le client complètement sur la législation applicable, spécialement lorsqu'elle est susceptible d'avoir une incidence capitale sur la validité de l'acte accompli (58).

§5. - LE DEVOIR DE CONSEIL ET DE STRATÉGIE

10. Le devoir de conseil et d'assistance est au cœur de la mission de l'avocat. C'est le travail de fond de l'avocat. Le conseil donné est plus étendu que l'information transmise. C'est une appréciation subjective sur l'opportunité d'un acte. C'est un avis pour orienter une action, voire un dirigisme dans ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire. C'est inciter le client à agir ou à ne pas agir dans un sens déterminé. C'est l'objet même du contrat conclu entre l'avocat et le client : « l'avocat a, à l'égard de son client, un devoir général de conseil » (59).

(53) Bruxelles, 10 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2005, p. 286, *R.G.A.R.*, 2004, 13852, Civ. Huy, 8 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1659.

(54) Civ. Verviers, 29 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1665 et obs. J.P. BUYLE « l'avocat hors délais ».

(55) Anvers, 14 septembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 1313.

(56) Civ. Turnhout, 4 mai 1992, *R.W.*, 1993-1995, p. 201.

(57) Anvers, 1^{er} avril 1992, *R.W.*, 1994-1995, p. 817 *contra* Anvers, 17 février 1993, *R.G.A.R.*, 1994, 12392.

(58) Civ. Charleroi, 1^{er} juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 128.

(59) Bruxelles, 10 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2005, p. 286.

L'avocat s'engage à mettre en œuvre les moyens utiles et nécessaires pour donner un conseil exact, suffisant, complet, efficace, mais sans promettre nécessairement un résultat.

Lors de la direction d'un procès, le devoir de conseil impose de préciser les voies de procédure à suivre, tout en indiquant les motifs à même de faire douter d'une issue favorable de la procédure.

Cette obligation de conseil est de nature relative et doit tenir compte des aléas d'interprétation de la loi et de la jurisprudence. La complexité actuelle du droit et ses arcanes parfois contradictoires le rendent de plus en plus imprévisible. On ne peut donc reprocher à un avocat d'avoir commis une erreur d'appréciation en interprétant une loi récente, dès lors qu'au moment où il a donné sa consultation, aucune jurisprudence certaine n'était intervenue (60).

Si l'avocat, conseil d'une seule partie, traite directement avec la partie adverse ou le cocontractant de son client, a un devoir de loyauté à l'égard de ce tiers, il n'a cependant pas de devoir de conseil à l'égard de l'adversaire (61). L'avocat n'est tenu à une obligation de conseil des deux parties que s'il intervient comme conseil des deux parties ou si le client en a ainsi convenu.

L'avocat doit donner des conseils à son client de manière spontanée et d'initiative : « l'avocat ne doit pas attendre passivement les instructions que le client lui donnera éventuellement mais il doit lui-même prendre l'initiative pour le rendre attentif à des embûches, des obligations légales ou des formalités à accomplir » (62). Les conseils donnés ne doivent pas nécessairement l'être par écrit (63). Mais la prudence recommande de se réserver la preuve des conseils donnés aux clients, afin de ne pas être démuné en cas de contestation.

La jurisprudence est abondante en la matière, que le client reproche à l'avocat une absence de conseils, un conseil erroné ou insuffisant :

(60) J. Hamelin, A. Damien, règles de la profession d'avocat, 8^e édition, Dalloz, 1995, p. 376.

(61) Liège, 24 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 339 et obs. J.P. Buyle, « loyauté et responsabilité de l'avocat à l'égard des tiers »; *contra* JP (1^{er} canton) Liège, 4 septembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999 et obs. J.P. Buyle, p. 459 réformé par Civ. Liège, 27 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1679.

(62) Liège, 22 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 242; Bruxelles, 9^e chambre, 10 novembre 2006, inédit.

(63) Liège 22 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 242.

v l'absence de conseil :

- engage sa responsabilité l'avocat qui ne conseille pas à un client d'interjeter appel à titre conservatoire d'un jugement acquittant un des deux prévenus contre lequel le client s'était constitué partie civile peut engager la responsabilité de l'avocat (64);

v le conseil erroné (65) :

- ont été jugés fautifs les faits suivants :
- l'introduction d'une procédure manifestement vouée à l'échec (66),
- l'omission d'une partie à la cause dans une requête d'appel (67),
- l'omission de réserves quant à l'imputation des torts à l'époux demandeur dans le cadre d'une procédure en divorce (68),
- l'indication inadéquate dans un pourvoi en cassation des règles légales violées, telle qu'elles résultent de la jurisprudence bien établie de la Cour de cassation (69),
- le fait de conseiller à un client d'accepter une transaction dans le cadre d'un partage successoral tout en lui donnant une lecture inadéquate de l'état liquidatif établi par le notaire (70),
- le fait de notifier une opposition amiable qui n'a en soi aucune force contraignante, au lieu d'une saisie-arrêt (71);

v le conseil insuffisant :

cette catégorie de conseil est une variante du conseil erroné (72). En effet, pour ce qui concerne l'analyse juridique des problèmes qui lui sont soumis, l'avocat doit non seulement déterminer les textes

légaux applicables (et veiller à relever les plus récents) mais aussi vérifier l'interprétation que la doctrine et la jurisprudence leur donnent (73).

Lorsque l'avocat rédige un contrat, il doit lui donner une portée efficace et conseiller au client ou exécuter lui-même les « formalités subséquentes » (74).

Un avocat peut ainsi voir sa responsabilité engagée s'il néglige d'étudier un dossier complet et en n'informant pas le client de l'existence d'une loi nouvelle et en ne lui conseillant pas de prendre des initiatives de procédure ad hoc (75).

De même, commet une faute l'avocat qui a reçu de son client l'instruction d'introduire une action en responsabilité contre un entrepreneur et un plombier, mais qui se limite à lancer citation en référé et à suivre les vacations d'expertise puis néglige d'assigner au fond avant l'échéance du délai de 10 ans (76).

11. Le devoir de stratégie est une application particulière de l'obligation de conseil. Lorsqu'un avocat est consulté, il peut lui arriver, après avoir étudié le dossier de son client, qu'il soit confronté à différentes possibilités de moyens d'action et de tactique. S'il n'est pas contestable que l'avocat reste maître de la stratégie, encore faut-il qu'il ait eu l'occasion d'exposer à son client les différentes possibilités qui s'offrent à lui, en lui expliquant les avantages et inconvénients de chacune d'entre elles, de façon à prendre une décision éclairée en toute connaissance de cause.

La responsabilité de l'avocat peut être engagée, s'il s'avère ultérieurement qu'il n'a pas choisi la meilleure stratégie. Le tribunal devant procéder à un contrôle marginal, il doit apprécier la stratégie mise en place par l'avocat, en prenant en considération l'ensemble des éléments du litige et en se replaçant au moment où l'avocat a fait son choix. Il ne peut être reproché à l'avocat d'avoir opté pour la stratégie qui, à ses yeux, présentait le moins de difficultés d'ordre juridique, étant la moins onéreuse

(64) Civ. Nivelles, 28 mai 1985, *R.G.A.R.*, 1986, 11091.

(65) L'avis erroné est une des causes importantes de sinistres. Entre 2005 et 2006, il représentait 9 % du nombre de dossiers ouverts par la compagnie d'assurances de nos barreaux (bulletin de prévention n° 9, O.B.F.G., septembre 2006). Entre 1999 et 2003, ce pourcentage dépassait les 10 % tandis qu'entre 1995 et 2000, il était de 8 % (bulletin de prévention n° 5, O.B.F.G., septembre 2004). Une enquête réalisée à l'Ordre néerlandais du barreau de Bruxelles montre qu'en 1999, 9 % des dossiers traités concernaient des avis erronés (P. DEFRUYT, « La responsabilité civile de l'avocat », in *Les responsabilités professionnelles*, C.U.P., 2001, vol. 50, p. 45).

(66) Bruxelles, 24 novembre 1998, *J.L.M.B.* 2000, p. 236.

(67) Liège, 30 juin 2000, *J.L.M.B.* 2005, p. 280; Civ. Anvers, 26 juin 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 174.

(68) Bruxelles, 27 octobre 1998, *J.L.M.B.*, p. 230.

(69) Bruxelles, 25 mai 2000, *J.T.*, 2000, p. 625.

(70) Mons, 6 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 432.

(71) Gent, 24 novembre 1994, *T. Not.* 1995, p. 185, *R.W.* 1995-1996, p. 368.

(72) Y. AVRIU, *La responsabilité de l'avocat*, Dalloz, 1981, p. 14, n° 21.

(73) M. MAHERU, *op. cit.*, 1992, p. 53.

(74) J.P. Liège, 4 septembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 466, obs. J.P. BUYLE « Le conseil efficace ».

(75) Civ. Liège, 20 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1683.

(76) Civ. Turnhout, 4 mai 1992, *R.W.*, 1993-1994, p. 201.

et la plus efficiente, à condition d'en avoir informé son client (77).

Un avocat peut, de concert avec son client, décider de choisir une stratégie qu'il pense être efficace et susceptible d'emporter la conviction. Cela suppose aussi que la solution proposée ait été confrontée aux critères habituels du raisonnable et des risques.

Il se peut aussi que le client et l'avocat ne soient pas d'accord sur la stratégie à suivre. Si l'avocat persiste à assister son client alors qu'il est en opposition avec celui-ci sur la conduite à adopter, il lui appartient de faire connaître sa divergence. Un avocat ne peut suivre la volonté de son client sans l'avertir de manière précise et claire sur les dangers d'une persévérance à suivre une voie qui finit par se révéler dangereuse pour les intérêts du client. Si l'avocat a dû introduire des procédures à l'encontre de ses propres convictions juridiques, il doit, pour certains, exiger du client des instructions écrites et lui indiquer par écrit qu'il déconseille les procédures (78).

On touche ici au principe de l'indépendance de l'avocat. S'il se doit de respecter les instructions de son client, l'avocat aura à l'esprit la formule de son serment de ne conseiller ou défendre aucune cause qu'il ne croira pas juste en âme et conscience. Il est de principe tangible que l'avocat doit agir selon sa conviction personnelle à laquelle son client doit se ranger, sous peine que l'avocat se décharge de la cause (79).

En tout état de cause, l'avocat doit avertir le client de ce que sa cause est insoutenable. Cela fait partie de son devoir de conseil. Autrement, on peut y voir le respect dû aux tribunaux (80).

§ 6. - LE DEVOIR DE VIGILANCE

12. La vigilance implique que l'avocat ne se comporte pas bêtement et passivement. L'avocat doit avoir son attention en éveil

et, si nécessaire, procéder à des investigations raisonnables. Il doit être le premier juge de son client. Il doit agir avec précaution.

Cette obligation peut parfois trouver un fondement légal. Il en est ainsi en matière de blanchiment : les avocats (81) examinent avec une attention particulière toute opération qu'ils considèrent particulièrement susceptible, de par sa nature ou de par son caractère inhabituel au regard des activités du client, de par les circonstances qui l'entourent ou de par la qualité des personnes impliquées, d'être liée au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme (article 8 de la loi du 11 janvier 1993). Cette obligation doit permettre aux avocats de pouvoir constater des faits qu'ils savent ou soupçonnent être liés au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme et, dans certains cas, d'en informer leur bâtonnier ou de collaborer avec les autorités de la CTIF, sur interpellation de celle-ci.

Cette obligation légale de vigilance concerne non seulement les faits, les attitudes ou le comportement du client de l'avocat mais aussi de tout tiers, telle que la partie adverse, que l'avocat est amené à rencontrer.

La législation anti-blanchiment a donc renforcé l'obligation de vigilance. Jusqu'il y a peu, l'avocat avait une certaine pudeur à s'ingérer dans les affaires de son client ou de ses interlocuteurs. Actuellement, ce devoir de non immixtion s'est un peu dissipé. On est passé d'une neutralité absolue à une vigilance molle puis à une vigilance accrue, celle qui contraint l'avocat à «devoir connaître»... Ce devoir doit cependant s'entendre raisonnablement au regard des moyens dont l'avocat dispose et des prérogatives attachées à sa mission (indépendance, droits de la défense...). L'avocat n'est pas un enquêteur ou un policier. Ce n'est par nature ni sa mission ni son rôle. L'avocat n'a ni les antennes de la libellule, ni les ultrasons de la chauve souris ni les moustaches du chat. La manipulation génétique a fait beaucoup de progrès mais elle a nécessairement ses limites ...

Lorsque l'avocat donne des conseils ou assiste son client dans une procédure, sa vigilance lui impose d'interroger son client et se faire préciser toutes les circonstances de faits déterminantes (82), de

(81) L'on ne vus ioi que les avocats intervenant dans le cadre de certaines activités telles que décrites à l'article 2er de la loi du 11 janvier 1993.

(82) Civ. Charleroi, 1^{er} juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 128.

(77) Liège, 30 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 293 et obs. J.P. BUYLE *rolle de l'avocat dirigeant le procès*, *Comp. Civ. Bruxelles*, 4 décembre 1990, *R.W.*, 1991-1992, p. 823; Anvers, 29 janvier 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 186; Civ. Anvers, 15 avril 2002, *R.G.D.C.*, 2004, p. 178; P. DEYUDDER, «Over de aansprakelijkheid van de advocaat als 'strategist'», *Liber Amicorum Josef Van den Heuvel*, Anvers, 1999, p. 429; *La responsabilité civile de l'avocat*, *C.U.P.*, vol. 60, 2001, p. 19; P. HENRY, B. DE COCKEBAU, «Le devoir de conseil de l'avocat et de l'huisier de justice», *loc. cit.*, p. 74.

(78) Liège, 30 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2005, p. 280.

(79) C. LEBLERCK, *Devoirs et prérogatives de l'avocat*, Bruylant, 1999, p. 94.

(80) R. MARTIN, *Chronique avocats, Droit de la profession d'avocats*, *J.C.P.*, 2001, p. 1724.

prendre une série d'initiatives (83), de procéder à des vérifications et des investigations. Il doit procéder à des recherches en vue de déterminer le droit applicable, les délais pour intenter une action, les délais de prescription, les données relatives aux parties adverses...

Le recours aux technologies peut parfois entraîner des devoirs accrues de vigilance. Ainsi, en matière de telefax, il a été jugé que « l'avocat normalement prudent et avisé qui, relevant le journal de son télécopieur, constate qu'un message en provenance de tel numéro ne lui est pas parvenu, doit se renseigner auprès de son correspondant pour connaître le contenu du message qu'il n'a pas reçu » (84).

L'avocat doit-il lui-même vérifier les informations que lui donne son client ? Nous ne le pensons pas, sauf en cas de doute (85). Le client est, en effet, tenu de son côté à un devoir d'information de son avocat. Il doit veiller à ce que les données transmises à son conseil soient complètes et exactes. Cette communication se fait sous sa propre responsabilité :

« lorsqu'un client dit à son avocat que son conseil précédent a déjà interjeté appel, cet avocat ne doit en principe pas vérifier l'exactitude de cette information. Le client est supposé donner à son conseil des informations exactes. Le second conseil n'était pas non plus en courant de ce qui s'était passé au cours des jours précédents ni du nombre de fois que le demandeur avait changé d'avis, de sorte qu'il n'avait aucune raison de douter de l'exactitude de l'information qui lui avait été fournie et d'effectuer par conséquent un contrôle supplémentaire. » (86)

Dans un autre cas d'espèce, un avocat avait fait signifier un licenciement pour motif grave à un employé non pas au nom de sa cliente, mais, par erreur, au nom d'une autre société. En première instance, le tribunal a estimé que l'avocat avait commis une faute en ne demandant pas à son client toutes les données dont il avait besoin pour assigner au nom de la bonne société. Il a aussi considéré que le client de son côté n'avait pas fait savoir clairement à son avocat qui était l'employeur au nom duquel il devait agir et a

(83) « L'avocat ne doit pas attendre passivement les instructions que le client lui donnera éventuellement mais il doit prendre l'initiative pour le rendre attentif motu proprio à des embûches, des obligations légales ou des formalités à accomplir » (Liège, 22 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 242). Dans le même sens, Bruxelles, 2 avril 2004, *J.T.*, 2005, p. 163; Civ. Charleroi, 29 mars 1988, *J.T.*, 1989, p. 79.

(84) Bruxelles, 15 février 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 164 et obs. critiques P. HENRY.

(85) CONTRA C. MELORTE, « La responsabilité professionnelle des avocats », in *Responsabilités théoriques et pratiques*, Titre II, dossier 28bis, p. 27, pour qui « l'avocat est tenu de vérifier les actes de son client, surtout lorsque ceux-ci concernent des points de procédure et que des délais sont en jeu ».

(86) Civ. Anvers, 20 décembre 2001, *R.G.D.C.*, 2004, p. 156.

admis un partage de responsabilité (87). En appel, la Cour n'a pas retenu de responsabilité dans le chef de l'avocat, estimant qu'il ne lui appartenait pas, dans des circonstances d'extrême urgence, d'examiner de plus près si son client était oui ou non l'employeur du salarié à licencier (88).

Le devoir de vigilance recommande à l'avocat de demander à son client de lui fournir les pièces dont il connaît l'existence mais qu'il ne possède pas. Par contre, il ne lui incombe pas de rechercher personnellement les documents que son client ne lui remet pas et dont l'existence lui est inconnue ou dont il ne peut raisonnablement pas en prévoir la détention par un tiers identifié ou identifiable (89).

La vigilance s'exerce aussi en amont, lors des premiers contacts avec le client, lors de son acceptation. Détecter et gérer les conflits d'intérêts n'est pas une mince affaire, surtout dans des cabinets d'affaires de grande dimension. Sur le plan de la prévention, cette problématique est de nature à poser beaucoup de questions : « comment le cabinet doit-il affiner son outil informatique de détection ? quelle doit être sa politique envers les clients faisant partie d'un groupe ? faut-il prendre en compte les conflits d'intérêts moraux et intellectuels ? comment gérer les problèmes de conflits d'intérêts soulevés par un client qui ne vous accorde pas ou plus l'exclusivité ou la fidélité ? » (90)

§ 7. - OBSERVATIONS FINALES

13. Le temps des avocats irresponsables est passé (91). Acceptons le défi et tolérons le réel. Cette épreuve nous aidera à être plus compétent, plus authentique et élargira le sceptre du possible. Si un client ou un tiers entend engager la responsabilité d'un avocat, la charge de la preuve des manquements lui incombe.

A une époque où la transparence veut transcender toutes les valeurs, on ne s'étonnera pas de la place importante prise par le

(87) Civ. Anvers, 27 mars 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 170.

(88) Anvers, 14 décembre 2004, 6^e chambre, R.G. 4678, inédit.

(89) Mons, 1^{er} juin 2004, *R.G.A.R.*, 2006, 14120, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1258.

(90) A. BRUYNEEL, *Avocats du monde : une seule déontologie ? Implications déontologiques en droit des affaires, considérations introductives : « signatures et réalités », rapport au congrès de l'UTA à Fès le 4 août 2005.*

(91) « Attendu qu'en principe, à moins de dol ou de fraude, l'avocat ne répond pas des conséquences de ses actes » (Bruxelles, 7 avril 1857, *Pas.*, 1857, II, p. 353).

devoir d'information et de renseignement. Nous en avons examiné les contours, le contenu et les limites (compétences, niveau de compréhension et connaissances personnelles du client, secret et discrétion professionnelles, interdictions légales). Nous avons aussi rap- pelé que les créanciers de cette obligation étaient soit les clients, soit des tiers (confrère, bâtonnier, compagnie d'assurances, C.T.I.F....).

Le devoir de conseil est au cœur de la profession depuis toujours. L'avocat doit donner des conseils à ses clients de manière spontanée et d'initiative. La jurisprudence est abondante en la matière et nous avons épinglé plusieurs cas récents où la responsabilité de l'avocat a pu être engagée pour absence de conseil, pour conseil erroné ou pour conseil insuffisant. Au cours des années 2000, plusieurs déci- sions de jurisprudence ont été prononcées en matière de devoir de stratégie, qui n'est finalement qu'une application particulière de l'obligation de conseil. Toutes les décisions vont dans le même sens. S'il n'est pas contestable que l'avocat reste maître de la stratégie, sa responsabilité peut être engagée s'il s'avère ultérieurement qu'il n'a pas choisi la meilleure stratégie. Les principes d'indépendance et de respect dû aux tribunaux peuvent conduire l'avocat à se déchar- ger d'une cause, lorsque le client est en désaccord sur la stratégie à suivre.

Quant au devoir de vigilance récemment renforcé par la législa- tion anti-blanchiment, il impose à l'avocat d'agir avec précaution et à s'intéresser de plus près aux affaires de son client et de ses inter- locuteurs, sans toutefois le contraindre à se transformer en un poli- cier ou en enquêteur. La mise en œuvre raisonnable de ce devoir devrait permettre à l'avocat prudent de toujours entendre au loin le bruit des bottes de ses clients.