



HAL
open science

Contribution juridique à l'étude de la responsabilité de l'avocat en droit interne

Fanny Sbaiti

► **To cite this version:**

Fanny Sbaiti. Contribution juridique à l'étude de la responsabilité de l'avocat en droit interne. Droit. Université Montpellier, 2015. Français. NNT : 2015MONTD070 . tel-01415659

HAL Id: tel-01415659

<https://theses.hal.science/tel-01415659>

Submitted on 21 Mar 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par **Université de Droit de Montpellier**

Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et science politique
Et de l'unité de recherche
Dynamique du droit UMR 5815

Spécialité : Droit privé et sciences criminelles

Présentée par SBAITI Fanny

**CONTRIBUTION JURIDIQUE A L'ETUDE
DE LA RESPONSABILITE DE L'AVOCAT
EN DROIT INTERNE**

Soutenue le 4 décembre 2015 devant le jury composé de

M. Olivier SAUTEL, Maitre de conférence Université Droit Montpellier	Directeur
Mme Marie-Christine SORDINO, Professeur Université Droit Montpellier	Président de jury
M. Deen GIBIRILA, Professeur Université Toulouse 1 Capitole	Rapporteur
M. Gilles MATHIEU, Maitre de conférence Université Aix Marseille	Rapporteur



Résumé en français :

Le thème de la responsabilité s'est considérablement développé durant le vingtième siècle, les professionnels du droit, dont l'avocat, n'ont pas échappé à cette mouvance. Réputé de bonne foi, ce dernier était assuré de voir sa responsabilité engagée uniquement sur la base d'une faute lourde ou du dol. Le recours à ces notions était indispensable pour qu'il soit inquiété, restreignant ainsi tout recours à son encontre au pur cas d'école. La déontologie, garantie de l'intégrité de l'avocat formait comme un écran, véritable obstacle à l'idée de toute responsabilité à l'égard du client. Ce n'est que face à ses pairs que le professionnel pouvait avoir à rendre des comptes ou dans le cadre d'éventuels délits d'audience. Sa responsabilité était ainsi limitée au plan disciplinaire. Ces temps sont aujourd'hui révolus. Se basant sur la déontologie, le juge et le législateur entendent encadrer les nouvelles activités de l'avocat et ont mis au jour différentes obligations sur le plan civil comme pénal. Désormais, l'avocat répond de son activité sur le plan civil, pénal et disciplinaire.

Titre et résumé en anglais :

The legal responsibility of the lawyer, in french law.

The theme of responsibility has grown considerably during the twentieth century. Legal professionals, whose lawyer, have not escaped this trend. Renowned in good faith, the lawyer was assured held liable solely on the basis of gross negligence or deceit. The use of these concepts was essential for it to be sentenced, thus restricting any appeal against it to the pure case study. Ethic ensured the integrity of the lawyer, and was a real obstacle to the idea of any responsibility towards the customer. His responsibility was limited to disciplinary field. But this is gone. The judge and legislator have framed the new activities of the lawyer and have updated various obligations for civil and criminal point. Now, the lawyer may be sentenced for civil, criminal and disciplinary.

Discipline :

Droit privé et sciences criminelles

Mots-clef :

Avocat, responsabilité, déontologie, droit disciplinaire, assurance, principes essentiels de la profession, responsabilité civile, responsabilité pénale, responsabilité disciplinaire, immunité, secret professionnel, serment.

Intitulé et adresse de l'UFR

Université de Montpellier, faculté de droit
39, rue de l'université
34000 Montpellier

A ma grand-mère,

Remerciements,

Je tiens à remercier sincèrement Monsieur SAUTEL mon directeur de thèse, pour la liberté qu'il m'a laissé tant dans l'accomplissement de mon travail que pour le choix de mon sujet d'étude.

Je remercie chaleureusement Monsieur le Bâtonnier de Montpellier, Maître BRUNEL, pour avoir accepté de répondre sans réserve à mes nombreuses questions.

J'adresse toute ma gratitude à l'équipe de la Bibliothèque Saint Charles de l'UM3 qui a facilité mes recherches.

Merci à Perrine, pour son soutien, et notre amitié. Un clin d'oeil à Jean-Charles pour ses précieuses informations.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

Ass. plén.

Art.

BICC

Bull. Civ.

Bull. Crim.

CA

Cass.

Civ. (1, 2, 3)

Com.

Crim.

Soc.

CCBE

CE

CEDH

Cf.

Chap.

Chron.

CJCE

CUCE

CNB

Coll

Concl

CMF

CPC

CP.

CPP

CSP

Dr. pén.

Ed.

Fasc

Gaz. Pal.

Ibid.

IR

JCP (E)

JCP (G)

JCP (N)

JO

LPA

Obs.

Ord.

Pan.

Proc.

PUF

RC

Rec.

Rep. Civ.

Resp. civ. et ass.

RD bancaire et bourse

Rev. sc. Crim.

RG

RGAT

RGDA

RIN

RTD civ.

RTDH s.

SS

SCB Somm.

T. comm.

T. corr.

TGI

TI

T. pol.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE :

L'INFLUENCE CONSTATEE DE LA PROFESSION D'AVOCAT, EN MATIERE DE RESPONSABILITE

TITRE I - LA RESPONSABILITE CIVILE DE L'AVOCAT OU L'INFLUENCE DES MISSIONS DE LA PROFESSION

CHAPITRE I - FONDEMENT ET NATURE DE LA RESPONSABILITE CIVILE

CHAPITRE II – L'INFLUENCE DES DIFFERENTES MISSIONS EN MATIERE DE RES-
PONSABILITE

TITRE II – L'EXERCICE DE LA RESPONSABILITE CIVILE DE L'AVOCAT

CHAPITRE I – L'ASSURANCE PROFESSIONNELLE DE L'AVOCAT

CHAPITRE II – L'ACTION EN RESPONSABILITE CONTRE L'AVOCAT

DEUXIEME PARTIE :

L'IMPACT AVERE DU CRITERE DE LA PROFESSION EN MATIERE DE RESPONSABILITE

TITRE I – LA RESPONSABILITE PENALE OU L'IMPACT EMERGENT DE LA PROFESSION SUR LE REGIME DE RESPONSABILITE

CHAPITRE I – L'AVOCAT ET LE SECRET PROFESSIONNEL

CHAPITRE II – LES CAUSES D'IRRESPONSABILITE PENALE ET LA SPECIFICITE
DES SANCTIONS ENCOURUES PAR L'AVOCAT

TITRE II – LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE, OU L'IMPACT DIRECT DE LA PROFESSION EN MATIERE DE RESPONSABILITE

CHAPITRE I – LA NATURE DE LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE DE L'AVO-
CAT

CHAPITRE II – LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE DE L'AVO-
CAT

Le grand avocat est un idéaliste, comme Don Quichotte :

« Efforce toi de poursuivre partout et toujours l'idéal juste et vrai ; rompt les lances en sa faveur quelque soit l'adversaire qui se trouve en face de toi ; fais appel devant les juges à des idées élevées, à de beaux sentiments ; efforce toi de les exprimer en phrases nettes et précises ; ferme au besoin de l'oreille à la voix intéressée de ton client pour soutenir le beau ,le vrai, le juste, le bien ; proteste en toute occasion contre l'iniquité du monde ; ne ménage personne ; efforce toi de réveiller dans les consciences assoupies les droits imprescriptibles de la vérité et de la justice »

Et non comme l'affirme Sancho, celui qui :

« plaide sans trop souci de perfection, contente ton client même si c'est un imbécile avec l'espoir qu'il sera généreux ; n'entre dans la lice qu'avec des fleurets mouchetés, contente toi en tout de cet à peu près qui rend commode les relations humaines »¹

1 De CERVANTES (M) « *Don Quichotte* » [Le Livre de Poche 2013, version enrichie

INTRODUCTION

Dans Les Frères Karamazov, DOSTOIEVSKI s'exprime ainsi :

« *Nous sommes tous responsables de tout et de tous et devant tous et moi plus que tous les autres* »².

L'être humain semble dès lors inexorablement condamné à être responsable. Mais, il faut se garder de croire que responsabilité inclut uniquement l'idée de faute. La notion ne doit être stigmatisée de façon péjorative. Si traditionnellement la faute est « *la pierre angulaire de la notion (de responsabilité)* »³, la culpabilité n'est pas l'unique piste à explorer pour qui souhaite concevoir ce qu'est la responsabilité. Le constat de DOSTOIEVSKI devient alors moins draconien, moins abrupt. Pour LEVY-BRUL, « *la responsabilité est une donnée immédiate de la conscience, mais dont le contenu est quelque peu trouble* » puis, « *l'embarras que l'on éprouve en cherchant à le découvrir est la preuve d'un trouble dans la notion qui ne se dégage pas distinctement* »⁴. Pourtant, même si la notion de responsabilité est complexe, elle n'est pas insaisissable. Elle ne fait que cacher en son sein divers aspects, qui bien loin de la rendre difficilement perceptible, témoignent de sa sophistication. C'est dans cet esprit que DOSTOIEVSKI souligne le caractère absolu de la responsabilité humaine, l'infinité de l'exigence éthique qui s'y rattache ; et lorsque la notion est étudiée par le prisme de l'avocat, professionnel incontournable d'une société démocratique, ces caractéristiques n'en sont que plus décuplées.

Avant toute chose et afin de mieux appréhender la richesse annoncée du terme, l'idée de responsabilité doit être explicitée.

1. La responsabilité est une polysémique. Etre responsable c'est répondre de ses actes, Mais c'est également faire référence à ce « *qui est réfléchi, qui pèse les conséquences de ses actes* »⁵. Plus précisément c'est l'obligation faite à une personne de répondre de ses actes et d'en être garant, du fait notamment du rôle, des charges qu'elle doit assumer, et d'en supporter toutes les conséquences. Etymologiquement qu'il soit fait référence au terme responsable ou responsabilité, les deux mots viennent du latin « *responden* »⁶ soit « répondre », ou

2 DOSTOIEVSKI (F) « *Les Frères Karamazov* » Les classiques de poche 1994

3 DE MAILLARD (C et J) « *La responsabilité juridique* » Flammarion 1999. Pour les deux auteurs, cette conception de la responsabilité par la faute, mêle philosophie morale et religion p 11

4 LEVY - BRULH (L) « *L'idée de responsabilité* » Paris Hachette 1884

5 Définition extraite du Petit Larousse illustrée édition Larousse 100^e Edition 2005

6 GOELZER (H)« *Dictionnaire de latin* » Bordas 1993.- Dictionnaire latin en ligne : Dico latin en ligne <http://www.dicolatin.com/XY/LAK/0/RESPONDENS/index.htm>

encore « *respondere* » qui signifie « se porter garant » ainsi que de « *sponsio* » désignant l'institution du droit romain archaïque où le sponsor était un débiteur⁷. Il en découle l'idée de se tenir garant du cours des événements à venir, en y donnant réponse. Historiquement le terme paraît avoir eu une triple signification, soit : répondre à l'appel de quelqu'un, promettre en donnant sa parole notamment lors d'engagement solennel, et se présenter au tribunal en acceptant de rendre compte de ses actes. L'idée de responsabilité aussi moderne puisse t'elle paraître, car « *Responsable ! Mot clé du droit contemporain. Pour l'homme d'aujourd'hui, il en existe toujours un* »⁸ ; est en réalité « *aussi ancienne que la civilisation* »⁹.

Selon Thierry MENNISSIER¹⁰, il faut déduire de la faculté de répondre à l'appel d'autrui ou de répondre de ses propres actes devant autrui, qu'elle « *révèle la dimension sociale ou socialisée de l'existence humaine, ainsi des êtres solitaires n'auraient aucun rapport avec la responsabilité, quelles que soient les formes de celle-ci* ». La notion de responsabilité paraît donc adaptée aux exigences d'une vie en collectivité. Si autrui n'était pas envisagé, la responsabilité d'un individu n'aurait pas lieu d'être. Etre responsable se confond avec l'existence de subjectivité, dans la mesure où cette dernière est la manifestation de la relation sociale. La nécessité de l'autre est donc sans conteste.

2. La liberté préambule nécessaire à la notion de responsabilité. D'un autre point de vue anthropologique, responsabilité implique liberté, c'est-à-dire agir selon sa volonté propre. En absence de liberté, dans l'hypothèse d'un acte obligé et non réfléchi par l'agent lui-même, de quoi pourrait-il répondre, puisque ce n'est pas sa volonté personnelle qui s'exprime, mais la contrainte ? L'homme responsable est celui qui est entièrement libre de ses décisions. Un être totalement empêché et assujéti ne s'appartient plus dans le choix de ses actes ; aussi il est incapable d'en répondre puisqu'il ne les maîtrise pas. La liberté précède alors nécessairement la responsabilité, sans quoi cette dernière se vide de sens. Ainsi, pour Le TOURNEAU, « *la liberté suppose la responsabilité* »¹¹. C'est à ce titre selon SARTRE, que l'Homme est entièrement responsable. Il « *n'a pas d'excuses* », car en tant que conscience, et ayant le choix « *il est maître de la direction de son existence* »¹². La responsabilité est « *simple revendication logique des conséquences de notre liberté* ». Son absence est un état impossible

7 GOUT (O) « *Rapport introductif. Notion et enjeux des concours de responsabilités* », RCA, n°2, février 2012, dossier 2 - BRUN (P) « *Responsabilité civile extracontractuelle* », LexisNexis, 3eme édition 2014 p. 3

8 LOMBARD (P) « *Le juge et l'avocat, Dialogue sur la justice* », édition. Robert Laffont, 1992, p. 15.

9 BRUN (P) « *Responsabilité civile extracontractuelle* » LexisNexis, 3eme édition 2014 n°6 p. 4

10 MENISSIER (T) « *Généalogie, critique de la responsabilité morale et constitution de la subjectivité selon Nietzsche* » in *Revue des sciences philosophiques et théologiques* Edition Vrin 2014

11 Le TOURNEAU (Ph) « *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation* », Dalloz action, 10eme édition n°3641

12 SARTRE (J-P) « *L'existentialisme est un humanisme* » Gallimard collection Folio essai 1996

à concevoir pour l'être humain, tant qu'il est libre. Dans la mesure où tous les actes ont des conséquences, il en découlera toujours des résultats, impliquant nécessairement leur auteur. La charte des droits fondamentaux de l'UE proclamée à Nice le 18 décembre 2000, souligne ce principe, en ce qu'elle proclame que la jouissance de ses droits entraîne responsabilité et devoir¹³.

3. L'être humain semble de ce fait voué à être toujours responsable, quoi qu'il fasse ou ne fasse pas. Mais puisqu'il tire cette responsabilité de la liberté et sa capacité d'agir, alors ceci n'est pas blâmable. Il en est de même pour KANT pour qui la présence constante de liberté et de conscience dans tout agissement d'un être humain, ne peut faire échapper celui-ci à sa responsabilité¹⁴. Point de vue philosophique voire littéraire, les notions de liberté et de responsabilité semblent indissociables, tant et si bien que « *ce qui augmente la liberté augmente la responsabilité* » d'après Victor HUGO, comme il le déclare dans sa trilogie politique dédiée à Napoléon III¹⁵. Les effets sur l'une affecteront l'autre. Elles concernent le même sujet : l'être humain, et se définissent par rapport à ce dernier.

4. Responsabilité et honneur. L'étymologie latine du terme responsabilité, se révèle d'un secours non négligeable pour cerner son sens profond. Comme précisé antérieurement « *respondere* » renvoie à un autre dérivé « *spondere* »¹⁶ qui signifie promettre par serment, puis en répondre. Il en va de la dignité de celui qui promet, la conception se veut ici plus morale, intime, dans la mesure où un serment est une promesse faite sur son honneur¹⁷ ou en prenant à témoin ce qui est regardé comme sacré. Ainsi est l'être responsable : il promet, et si un accident survient il restera à la hauteur de ce pourquoi il s'est engagé jadis. Le serment porte son auteur à avoir une conduite conforme à une norme sociale ce qui lui permet de jouir de l'estime d'autrui et de garder le droit à sa dignité. L'importance d'autrui mise en exergue plus haut est ici sublimée. Être vertueux et digne, sont des qualités indispensables à qui vit en collectivité.

5. Responsabilité et religion .Sur la base de ces considérations mélioratives, le concerné se

13 Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne 2000/C 364/01. Préambule . <http://www.europarl.europa.eu>

14 KANT (E) « *Critique de la raison pratique : questions et responsabilité* » PUF 8ème édition 2012

15 VICTOR (H) « *Paris et Rome* » : *Tout ce qui augmente la liberté augmente la responsabilité. Être libre, rien de plus grave : la liberté est pesante, et toutes les chaînes qu'elle ôte au corps, elle les ajoute à la conscience; dans la conscience, le droit se retourne et devient devoir* » Oeuvres complètes 1870-1885 Paris : Club français du livre, 1970

16 GOELZER (H) « *Dictionnaire de latin* » Bordas 1993 – Dictionnaire latin en ligne Dicolatin <http://www.dicolatin.com/XY/LAK/0/SPONDERE/index.htm>

17 Extraits définition spondere Dictionnaire latin en ligne précité : promettre sur l'honneur <http://www.dicolatin.com/XY/LAK/0/SPONDERE/index.htm>

verra d'autant plus inséré et estimé dans le groupe auquel il appartient. La référence au sacré confère un aspect supérieur et intouchable au contenu même de la promesse, de sorte que celui qui fait le serment se lie sur la base d'éléments transcendants. « *Point de responsabilité sans foi jurée, sans gage, sans serment* »¹⁸. La responsabilité est une notion complexe, car liée à l'être humain. Puis elle le dépasse, lorsqu'elle emprunte au sacré. Cependant c'est l'être humain lui-même qui choisit de prêter au concept de responsabilité une nature mystique, puisqu'allant au-delà des choses communes. Il allie le divin à la responsabilité, c'est dire si celle-ci est d'une importance capitale, véritable pierre angulaire d'une société. En empruntant à la religion, le concept de responsabilité atteint son paroxysme. Les individus se retrouvent responsables devant Dieu et non plus uniquement devant leurs pairs. Paradoxalement, la notion a du s'émanciper progressivement de la dimension théologique, car sous cet angle l'Homme se trouvait sur-responsabilisé car coupable dès sa naissance. Cette culpabilité est un sentiment si extrême que la possibilité d'être pleinement responsable devient peu probable. L'Homme écrasé dès le commencement de son existence par « ses fautes » et avant toute capacité d'agir, n'est plus responsable de rien. Sans maîtrise l'individu est privé de liberté, de sorte qu'il ne peut être responsable comme affirmé précédemment. Cependant, ne pas être responsable ne désigne pas l'absence de culpabilité, la méprise paraissant facile de prime abord. L'irresponsabilité renvoie à l'impossibilité d'assumer pleinement les conséquences de ses actes, de maîtriser son action, de se représenter les conséquences de celle-ci, et éventuellement d'agir en réparation. La sémantique du terme le rappelle : littéralement il faut être « *abilité* » qui donna habilité, soit « apte à »¹⁹, capable de répondre de ses agissements.

6. Responsabilité et justice. L'invention théorique et juridique de l'individu responsable, est le fruit d'une longue ascension dont le point d'orgue est situé à l'époque des Lumières et lors de la rédaction du Code civil. Le mot responsabilité n'a été transposé du vocabulaire de la morale à celui du droit qu'au XIX^{ème}²⁰. C'est selon LABRUSSE-RIOU « *toute une philosophie qui, par la voix de grands juristes de l'ancien régime, pourtant pétris de formation romaniste, imprégna le droit civil et pénal et transforma en concept juridique la notion philosophique et morale de responsabilité* »²¹

18 SPIRE (A) Extrait de la revue « *Le monde de l'éducation* » juillet-aout 2001 in citations, Le Figaro <http://evene.lefigaro.fr/citation/point-responsabilite-foi-juree-gage-serment-60651.php>

19 Extrait définition Dictionnaire en ligne Littré : <http://litre.reverso.net/dictionnaire-francais/definition/habilite>

20 VINEY (G) « *La responsabilité et ses transformations (responsabilités civiles et pénales)* » Université de tous les savoirs 2000, cours en ligne eureka.valdemarne.fr

21 LABRUSSE-RIOU (C) « *Entre mal commis et mal subi : les oscillations du droit* », in « *La responsabilité La condition de notre humanité* », Série Morales N°14 Janvier 1994, édition Autrement, p.94

7. Dès lors l'idée de responsabilité suppose liberté individuelle, soit la capacité de donner à ses agissements une forme compatible avec la législation existante, ainsi que l'égalité entre individus. Ce dernier concept répond à la volonté d'abolir les privilèges, par conséquent aucune catégorie sociale ou activité professionnelle ne peut échapper désormais à la responsabilité juridique instituée dans le Code. Appréhender le type de phénomène, lorsqu'est évoquée la responsabilité, conduit à s'intéresser à des notions diverses. Ceci témoigne de la dimension protéiforme de la responsabilité. Les considérations d'ordre philosophique et anthropomorphique ne suffisent plus à la compréhension de celle-ci, la notion a évolué de façon pragmatique, et ce du fait du développement des relations entre les individus, et de la modernisation de l'existence humaine.

En reprenant les concepts forts de la notion de responsabilité, il est constant que l'individu est responsable du fait de l'existence de charges ou d'un rôle spécial détenu. Il s'engage alors à se comporter en vertu d'une certaine morale ou philosophie. Cette implication particulière sous entend que l'individu concerné dispose d'une liberté et d'une conscience suffisantes, pour avoir à rendre compte des conséquences découlant de son comportement devant la justice. Si cela se produit, c'est que par sa faute, un tiers a été lésé. Or, l'existence de cet autre est primordial, car sans lui la responsabilité, « l'imputabilité », n'ont aucun sens. En effet, c'est la découverte d'un dommage qui justifie la responsabilité, et ce même dommage relie nécessairement celui qui en est l'auteur à celui qui le subit. Sans ces deux acteurs, sous entendu en l'absence de victime, point de dommage ni de responsabilité, à moins de se faire procès à soi même, ce que le droit positif par bon sens ne permet plus. L'article 1382 C.civ²², rappelle l'utilité de cette pluralité d'individu, opposant le fautif « *l'homme ou encore celui qui par sa faute* » et celui qui a subi « *autrui* ». La responsabilité s'exerce donc nécessairement au sein d'une collectivité qui plus est organisée. Elle est le « *présupposé par excellence, propre à la modernité de notre rapport à nous même à l'autre et au monde* »²³.

8. La notion de responsabilité est incontestablement noble et sophistiquée, car faisant intrinsèquement appel à des questions d'ordre morale et philosophique. Lorsque le débat se trouve dépassé par des considérations pratique et que la justice s'empare de la responsabilité, le terme renvoie alors à des aspects plus terre-à-terre, car guidés in fine par une logique d'indemnisation. La responsabilité est ainsi l'expression de deux extrêmes, et sa rencontre

22 Article 1382 C.civ : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »

23 DUMONT (H) - OST (F) – VAN DROOGHENBROECK (S) sous leur direction « *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme* » Bruylant 2005, préface p 8

avec le monde professionnel met en exergue ce constat. En effet tout professionnel est motivé par le souhait de retirer un bénéfice de son activité, préoccupation matérielle mais légitime. D'un autre coté, leur activité est très souvent encadrée par des règles impératives fortement teintées de morale, faisant foi de l'éthique poursuivi à travers l'exercice de leur activité. Ce constat est d'autant plus troublant à regarder la responsabilité concernant l'avocat, encore faut-il pour y parvenir ; définir ce qu'est un professionnel, ainsi qu'un avocat.

9. Approche du terme de « profession ». Celui ci bien que couramment utilisé n'est pas difficile à définir. Étymologiquement²⁴, le terme fait référence au professeur, celui qui professe une certaine doctrine et la déclame²⁵. Il apparaît au XIIe au sens de profession de foi, ce qui signifie dire sa foi en faisant des déclarations ouvertes et publiques. La profession au sens de « métier » n'apparaît formellement qu' au XVe siècle. C'est à partir du XVIIIe siècle que l'opposition entre les professions et les métiers apparaît ; les premières renvoyant à ce qui s'enseignait dans les universités, les seconds faisant référence à ce qui relève des arts mécaniques. Le duel tête - mains, intellectuels - manuels, sous entendu noble-vil est ainsi né²⁶, légitimant d'autant plus l'honneur d'être avocat. Pour Le TOURNEAU²⁷, le professionnel se définit en critères cumulatifs. Ce dernier doit se montrer comme tel aux yeux du potentiel usager de ses services, autrement dit assumer publiquement sa qualité avérée de professus qui « profiteur »²⁸. A ce titre, il est reconnu que l'activité exercée est sienne, et ce de façon solennelle. Par conséquent, il se positionne en opposition à l'amateur ou profane qui eux déclarent en leur nom particulier, dans un cercle restreint. La portée des actes et paroles d'un professionnel sera plus drastique, le conduisant à engager sa responsabilité, puisqu'en revendiquant sa profession, il s'engage à l'exercer de manière sérieuse, dans le cadre d'une organisation spécifique, celle nécessaire à la bonne réalisation de son activité. Ces exigences permettent de l'opposer au non sachant, car le professionnel lui, « sait ». En effet, il détient un savoir faire, une maîtrise de son art officiellement reconnue du fait d'une formation ou d'un diplôme. La compétence est un critère primordial qui place le professionnel en marge et légitime un degré de responsabilité plus élevé. En plus d'être une activité licite, dans la mesure ou celle ci est soumise à des conditions d'accès par un contrôle de l'autorité publique,

24 GOELZER (H) « *Dictionnaire de latin* » Bordas 1993 : *Fatus* signifie dire parler *Profiteri, profesus* : faire une déclaration publique, promettre

25 Extraits définition du dictionnaire en ligne Littré <http://litre.reverso.net/dictionnaire-francais/definition/profession>

26 DUBAR (C) in MORET-BAILLY (J) « *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 p 64 - 65

27 LE TOURNEAU (Ph) « *Responsabilité civile professionnelle* » Dalloz référence 2005 2^e édition

28 GOELZER (H) « *Dictionnaire de latin* » Bordas 1993 ; *Profiteur* en latin : déclarer, avouer

l'activité doit être exercée à titre habituel de manière indépendante²⁹, contre rémunération ; le professionnel agissant dans un but intéressé selon GUYON³⁰. Pour HUISSON³¹, le caractère lucratif est secondaire. Enfin, le professionnel doit être responsable de son activité dans tout son ensemble - salarié sous sa direction, auxiliaires- et de tout ce qui s'y rattache, soit les actes accomplis. C'est pour toutes ces raisons selon DURKHEIM³², qu'en général les fautes proprement professionnelles n'ont pas le même degré de gravité que les autres. D'ailleurs la jurisprudence a fait indirectement naître le professionnel en lui imposant des obligations particulières pour protéger le client. Celle-ci ne considère pas le professionnel comme un individu quelconque, il existe bien une spécialisation reconnue qui s'illustre par l'existence de textes particuliers tels que les règlements et usages professionnels.

10. Par ailleurs, comme l'affirment Anne JORRO et Jean-Marie DE KETELEL³³ « *la professionnalité n'est pas seulement un état que l'on apprécierait chez un professionnel, elle relève d'un processus continu* ». Cela signifie, qu'au-delà des qualités professionnelles dictées par les textes professionnels, il existe une exigence de compétence, ayant vocation à perdurer. Un tel impératif d'aptitude indispensable toute la durée de l'exercice professionnel, ne se fait pas sans outils, qu'ils soient mis à disposition ou tout simplement imposés. Si en dépit de moyens spécifiques déployés au profit des intéressés, une carence ou faute est observée, il est légitimement possible d'en déduire qu'à proportion, la responsabilité encourue sera aussi particulière. Au surplus, la profession peut se doubler du caractère libéral. L'article 29 de la loi du 22 mars 2012 n° 2012-387 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, précise que « *les professions libérales groupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle* ». Nul doute que l'avocat exerce « *une profession libérale et indépendante* »³⁴. La CJUE rappelle en outre qu'il est un « *collaborateur de la justice, appelé à fournir en toute indépendance, et dans l'intérêt supérieur de celle-ci,*

29 LEFEBVRE (F) « *Professions libérales* », Mémento Pratique, 2013 - 2014 p. 17

30 ABOUKORIN (A) « *L'obligation de renseignement et de conseil dans l'exécution des contrats* » Thèse Dijon 1989

31 ABOUKORIN (A) Thèse précitée

32 ABOUKORIN (A) Thèse précitée

33 JORRO (A) DE KETELEL (J-M) « *La professionnalité émergente : quelle reconnaissance ?* » Edition de Boek aout 2011 1ere édition, résumé 4e de couverture.

34 Article 1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

l'assistance légale dont le client a besoin »³⁵. L'avocat se distingue ainsi des autres professionnels : il est indépendant, dispose d'une autonomie certaine dans l'accomplissement de son travail, pour lequel « *il dispose de qualifications professionnelles appropriées* »³⁶, et « *élevées* »³⁷, puisque proposant « *un service intellectuel et conceptuel* »³⁸. Il est également soumis à une réglementation professionnelle stricte. Reste à déterminer ce qu'est exactement un avocat.

11. Définition de l'avocat. Selon le petit Larousse³⁹, la personne qui fait profession de défendre des causes en justice et de donner des conseils juridiques est un avocat. Il est celui qui « *prête son concours aux parties* »⁴⁰, et qui « *va parler pour secourir* »⁴¹. Comprendre un tel métier ne peut se faire uniquement en ouvrant des livres. Bien des faits importants n'auront jamais figurés dans des manuels de référence. Une définition purement théorique bien qu'objective ne saurait suffire à appréhender ce qu'est véritablement un avocat. Dans la mesure où celui-ci œuvre dans l'intérêt d'un client, il paraît nécessaire de se livrer également à une approche plus subjective de la profession. Définir celle-ci par le prisme du justiciable ; tout simplement car il est celui qui apporte sa cause au professionnel. Sans lui, sans causes, que devient l'avocat ? Il serait un triste « *avocat de Ponce Pilate* »⁴² errant dans les palais de justice à la recherche d'un client pour exercer son art si particulier, celui de plaider, entre autre. L'avocat est donc bien cet homme « *vêtu tout de noir* »⁴³ dans sa robe, héritage direct du costume que revêtaient jadis les clercs, au bénéfice d'autrui. Mais qui est-il réellement pour ce tiers, comment est-il perçu ? Quelle sorte de métier exerce-t-il aux yeux des particuliers ? La réponse dépasse l'entendement. L'avocat fascine, il fait pratiquement figure

35 CJUE 6 septembre 2012 république de Pologne c/ commission européenne point 23 C 423/11 P

36 Directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, considérant n°43

37 CJCE 11 octobre 2001 épouse Urbing c/ administration de l'enregistrement et des domaines, C-267/99 recueil 2001 p I 7467 point 39

38 Directive précitée

39 MERLET (P) sous sa direction générale, « *Le Petit Larousse illustré* » 2005 Larousse 100^e Edition

40 CABRILLAC (R) sous sa direction « *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2015* », LexisNexis, Objectif droit, 6^{ème} édition 2014, V. Auxiliaire de justice p. 54

41 SUR (B et P - O) « *Histoire des avocats en France* », Dalloz, 2013 p. 3

42 Avocat de Ponce Pilate, avocat sans causes, à cause des paroles de Ponce-Pilate : *non invenio causam*.- définition extraite du Littré <http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/avocat>

43 MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » 11^{ème} édition n°29 p 13

de style à lui seul. Ce sont emparés de lui la dramaturgie⁴⁴, la littérature⁴⁵, l'art⁴⁶, mais non essentiellement pour l'honorer, mais le desservir. Tous ces domaines de l'expression populaire ont une fonction de miroir, c'est ainsi que par l'absurde ou l'ironie les auteurs entendent dénoncer et mettre en exergue des réalités. L'avocat n'y a pas échappé, et a été très souvent cible de la satire sociale. Qu'il s'agisse de représentations burlesques ou romancées, force est de constater qu'il souffre de clichés. Il a même à ce sujet sa place, dans le célèbre « *Dictionnaire comique, satyrique, critique, burlesque, libre et proverbial* » de Philibert Joseph LEROUX.⁴⁷ Ces images correspondent à une réalité subjective certes, mais qui ne peut être écartée, dans la mesure où l'avocat du fait de son rôle se définit également à travers l'œil du justiciable, et de la société ou il vit et œuvre.

12. L'avocat à l'épreuve des clichés. Victor HUGO dans son ouvrage « *Choses vues* »⁴⁸ fait proclamer à un de ses personnages la tirade suivante : « *Monsieur le président, n'ayant à dire que la vérité, je n'ai pas pris d'avocat* ». Son homologue anglais, Charles DICKENS, dénonçait quant à lui : « *la scélératesse légale* » et dépeignait les avocats en « *cyniques et en*

44 « *La Farce de Maître Pathelin*, » Gallimard 2008, œuvre française anonyme du 15^e siècle, texte établi et traduit par Michel ROUSSE, résumé : Maître Pathelin, avocat sans cause, achète à crédit de l'étoffe chez le drapier Guillaume. Lorsque celui-ci vient se faire payer, l'avocat se fait passer pour mourant et possédé par le diable, si bien que Guillaume s'en va sans être payé. A quelques temps de là, le berger Thibault l'Agnelet demande à Pathelin de le défendre dans un procès où il est accusé d'avoir mangé les brebis de son maître. Mais, au tribunal, le maître, qui n'est autre que le drapier, découvre que Pathelin est plus vivant que jamais. Dans un quiproquo irrésistible, aux questions posées par le juge concernant l'affaire des brebis, il répond en évoquant son étoffe impayée. Quant à Thibault, pour toute réponse au juge, il bêle, comme lui avait recommandé son avocat. Ce dernier gagne le procès, mais dès qu'il réclame ses honoraires, le berger continue de bêler en guise de paiement. Dans « *Les Fourberies de Scapin* » Molière se moque ouvertement de la profession et de la justice en général, extrait tirade de Scapin, Acte II scène 5 : « *Jetez les yeux sur les détours de la justice; voyez combien d'appels et de degrés de juridiction, combien de procédures embarrassantes, combien d'animaux ravissants par les griffes desquels il vous faudra passer, sergents, procureurs, avocats, greffiers, substitués, rapporteurs, juges, et leurs clercs. Il n'y a pas un de tous ces gens-là qui, pour la moindre chose, ne soit capable de donner un soufflet au meilleur droit du monde. Un sergent baillera de faux exploits, sur quoi vous serez condamné sans que vous le sachiez. Votre procureur s'entendra avec votre partie, et vous vendra à beaux deniers comptants. Votre avocat, gagné de même, ne se trouvera point lorsqu'on plaidera votre cause, ou dira des raisons qui ne feront que battre la campagne, et n'iront point au fait. Le greffier délivrera par contumace des sentences et arrêts contre vous. Le clerc du rapporteur soustraira des pièces, ou le rapporteur même ne dira pas ce qu'il a vu. Et quand, par les plus grandes précautions du monde, vous aurez paré tout cela, vous serez ébahi que vos juges auront été sollicités contre vous, ou par des gens dévots, ou par des femmes qu'ils aimeront. Eh! Monsieur, si vous le pouvez, sauvez-vous de cet enfer-là. C'est être damné dès ce monde que d'avoir à plaider, et la seule pensée d'un procès serait capable de me faire fuir jusqu'aux Indes* ». – Ou encore « *Les plaideurs* » de Racine satire du monde judiciaire, ou l'abondance verbale de l'avocat finit par endormir le juge.

45 DAUCE (F) « *L'Avocat vu par les littérateurs français* » Thèse édition Oberthur 1947

46 GUERY (C) « *Les avocats au cinéma* » PUF 2011

47 LEROUX (Ph -J) « *Dictionnaire comique, satyrique, critique, burlesque, libre et proverbial* » Hachette édition 1750

48 HUGO (V) « *Choses vues 1830-1848* » Gallimard in BITAR (K-E) « *Les avocats dans les œuvres de fiction : images d'Épinal et représentations tronquées* » ENA mensuel, « *Avocats, les nouveaux défis* » n° 329 février 2003

hypocrites »⁴⁹. De tels propos ne sont malheureusement pas toujours anachroniques. Aujourd'hui encore, de manière générale, « *l'avocat est vu comme quelqu'un qui cherche globalement à s'enrichir avant de servir les intérêts de son client* »⁵⁰. Maître BRUNEL⁵¹, Bâtonnier de l'Ordre de Montpellier confirme : « *l'avocat bien que mis sur un piédestal, et vu comme un aristocrate de l'ancien régime, il est celui qui défend les assassins, et qui gagne des sous* ». Même le très sérieux dictionnaire Littré enseigne, qu'est rentré dans le langage courant et familier le terme « avocasserie », dont la racine ramène sans équivoque à avocat. « Avocasser » désignant un bien mauvais avocat, qui œuvrerait « dans la médiocrité et l'obscurité »⁵². Pis, l'avocat entretiendrait une relation ambiguë avec « *l'argent et le pouvoir* »⁵³, alors que la déontologie à laquelle il est soumis est perçue comme une garantie du désintéressement.⁵⁴, l'avocat ne doit avoir l'esprit de lucre. Une telle méfiance à l'égard de cette profession résulte, outre de l'expérience personnelle du citoyen qui est de plus en plus justiciable à divers moments de son existence, (divorce, licenciement, petit délit ou simple demande de conseils juridiques) des représentations pour le moins caricaturales⁵⁵ que la littérature⁵⁶, l'Art⁵⁷ puis plus tard les médias ont pu véhiculer. Citer le nom d'un grand avocat ? C'est inévitablement celui d'un pénaliste ayant défrayé la chronique qui sera prononcé⁵⁸, comme si la profession se limitait d'une part aux grands procès d'assises⁵⁹, au scandale, et qu'en dehors du contentieux pénal, l'activité de l'avocat n'était pas digne d'être connue, ou reconnue. C'est ainsi que naît dans le langage courant l'expression « avocat du diable »

49 BITAR (K-E) « *Les avocats dans les œuvres de fiction : images d'Épinal et représentations tronquées* » pré-cité

50 Extrait de l'interview de Nathalie BRION, « *Face à face* » www.village-justice.com/articles/image-avocat-opinion-publique,7909.html

51 Propos recueillis lors de l'entretien auprès de Monsieur le Bâtonnier BRUNEL en date du 14 septembre 2015

52 Extrait du Littré www.littre.org sous la définition du terme « avocat »

53 ASSIER-ANDRIEU (L) soulignant les propos d'Hervé LEUWERS dans « *L'invention du Barreau français* » ou « *La construction nationale d'un groupe professionnel 1660 - 1830-* Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, collection Civilisations et sociétés 2006

54 MORET – BAILLY « *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 p 211

55 « *Les avocats portent des robes pour mentir aussi bien que les femmes* » Sacha Guitry, citations www.evene-lefigaro.fr

56 « *L'affection ou la haine changent la justice de face ; et combien un avocat bien payé par avance trouve-t-il plus juste la cause qu'il plaide !* » Blaise (P), Pens. III, 3, éd. HAVET in Les citations du Littré. www.littre.org « *Un médecin n'a non plus de pitié d'un homme, qu'un avocat d'un écu* » LEBRETON (N), Sieur de HAUTEROCHÉ, Crispin méd. III, Les citations du Littré, www.littre.org - « *trois sortes de gens sont envoyés au monde tout exprès pour martyriser l'homme pendant la vie: l'avocat tourmente la bourse, le Médecin le corps, et le Théologien l'âme* » Savinien Cyrano de Bergerac - Lettre satirique 1624, Les citations du Littré www.littre.org. A noter que Zola a épargné l'avocat, notamment par l'absence de celui-ci dans le cadre de sa grande fresque socio professionnelle qu'est *Les Rougon Macquart*. Sans doute le procès Dreyfuss lui a inspiré plus d'estime à l'égard de la profession que ses comparses. Il ne lui a pour autant créé d'éloge.

57 Les caricatures d'Honoré DAUMIER graveur, caricaturiste, peintre et sculpteur français du XIXe siècle

58 Propos recueillis lors de l'entretien auprès de M. le Bâtonnier de Montpellier, Maître BRUNEL, du 14 septembre 2015

59 MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » 11eme édition 2013 n°29 p 13

désignant celui qui défend une chose peu digne d'être défendue⁶⁰, l'avocat « vêtu de sa robe noire » tout puissant du fait de sa connaissance des lois, et parfois non digne de confiance. Ainsi souffre particulièrement de ce dernier constat l'avocat commis d'office⁶¹, parce qu'il n'est pas choisi par son client, car il est « gratuit », l'immédiateté de leur rencontre le plaçant en « *situation d'urgentiste* »⁶² auquel le justiciable doit nécessairement se remettre s'il souhaite être défendu, or le justiciable choisit de moins en moins son conseil⁶³. Ce sentiment de méfiance que peut inspirer l'avocat, jure cruellement avec les principes essentiels de la profession. En effet, il a le devoir d'exercer ses fonctions « *avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité...et respecter les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement* »⁶⁴. L'avocat est donc au service du justiciable, à en croire l'explication proposée, puisqu'il lui porte assistance, une aide toute particulière du fait de son savoir juridique. Par ailleurs, dans le langage féodal il était le protecteur, ses racines latines « *advocatus* »⁶⁵ le désignant comme celui qui est appelé au secours. L'éthique de la profession se voulait donc déjà louable et altruiste. Pour WOOG « *être avocat, c'est avant tout se consacrer à autrui et l'aimer, pour le défendre, le conseiller et dédramatiser la situation* »⁶⁶ Par conséquent, l'avocat ne peut se résumer à ces clichés peu dignes « *ergoteur vénal et opportuniste* »⁶⁷ qui collent à la peau de la profession telle la tunique de Nessus. Certes « *avocat rime avec fracas, appas* »⁶⁸ mais une approche du terme plus poussée et scientifique permettrait de saisir ce qu'est réellement le métier d'avocat. Ceci afin de rompre avec l'image négative qui parfois l'accompagne, et qui a pour origine cette « *invincibilité, et irresponsabilité* »⁶⁹, souvent décriées.

13. La nécessité d'une définition plus concrète et accessible, au service du justiciable.

Une recherche rapide du mot « avocat » sur internet, outil désormais le plus fréquemment utilisé et accessible au justiciable, permet de mettre en exergue une définition type et très

60 Extrait de définition du Dictionnaire de français Littré n°3 <http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/avocat>

61 Extraits : « *Gilbert refusa de choisir un avocat. Celui qui lui fut désigné d'office était un gros garçon, exubérant, avide de se mettre en valeur et passablement sot* » ARLAND (M) « *L'Ordre* » édition Gallimard 2013

62 CANDELA (G) « *Le rapport de confiance avocat-client* » <http://suel.univ-lyon3.fr>

63 ADER (H) - DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* », Dalloz Action, 14ème édition 2013-2014 p. 18

64 Article 1-1 et 1-3 du Règlement intérieur national (RIN)

65 GOELZER (H) « *Dictionnaire de latin* » Bordas 1993 - SUR (B et P-O) *advocatus* ou « *parler pour secourir* » « *Histoire des avocats en France* », Dalloz, 2013, n°01.12 p. 3.

66 WOOG (J- C) « *La pratique professionnelle de l'avocat* », Litec, 11ème édition 2001 p. 1009

67 Clichés notamment répandus au XIX^e siècle par les célèbres caricatures d'Honoré DAUMIER

68 Citation extraite du Dictionnaire de français en ligne Littré : <http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/avocat>

69 BENEJAT (M) « *Responsabilité pénale de l'avocat et du notaire* » Edition Cujas 2012 p14

abstraite, à savoir pour illustration « *Les avocats sont des juristes qui font partie d'une organisation professionnelle dite Ordre des Avocats au Barreau de la ville où se trouve le siège d'un Tribunal de grand instance* »⁷⁰. Le justiciable se retrouve donc confronté à des notions encore plus vagues que celle initialement recherchée, à savoir : « *juriste-organisation-Barreau* ». Dès lors comment se faire une idée juste et précise de ce qu'est un avocat, et apprécier à sa juste valeur son rôle et sa nécessité ? C'est en cela que cette définition est totalement inadaptée à l'usage des particuliers, car elle contribue à entretenir de par sa trop grande généralité la caricature dépeinte plus haut, « *alors que la profession doit adopter une véritable stratégie tournée vers le public* »⁷¹. Ce malaise n'a d'ailleurs pas échappé aux principaux intéressés. Le Conseil national des Barreaux déplore la qualité des définitions proposées au grand public, à travers les dictionnaires (lexique juridique compris), encyclopédies et sites internet d'information : « *Aucune définition n'est apparue complète et refléter fidèlement les qualités de l'avocat et la réalité de l'exercice professionnel moderne. Certaines sont affligeantes, toutes sont insuffisantes, alors même que les supports sont, communs ou prestigieux, très répandus et facile d'accès* »⁷². De même aucune base légale ne semble capable de fournir une définition satisfaisante de la profession, tout au plus il est précisé le caractère indépendant et libéral de celle-ci. La loi du 31 décembre 1971 dans sa version en vigueur aborde le terme dans son sens organique, dans la mesure où elle fait référence à des détails concernant davantage l'organisation et le fonctionnement du métier⁷³. Le décret 91-1197 du 27 novembre 1991 n'apporte aucune autre précision notable. Suite à ces observations et aux travaux du Conseil national des Barreaux, il fut proposé le 12 février 2011 par résolution, une mise à jour de définition de l'avocat comme suit : « *Professionnel du droit, il conseille, défend, assiste et représente ses clients. Auxiliaire de justice, il prête serment, est inscrit à un Ordre et se conforme à une déontologie stricte. Il est indépendant, tenu au secret professionnel et s'interdit tout conflit d'intérêts* »⁷⁴.

14. Cette définition format court, a pour but de s'adresser à un public le plus large

70 Définition extraite du Dictionnaire juridique en ligne de Serge BRAUDO

71 WICKERS (T) « *La grande transformation des avocats* » p 316 Dalloz, Essai, octobre 2014

72 Proposition pour la mise à jour des définitions de la profession d'avocat - Documents de travail n°1 - point d'étape - Commission Prospective - Philippe Nugue - AG des 10 et 11 septembre 2010 <http://cnb.avocat.fr>

73 L'article 4 « *Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit, sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et les avoués près les Cours d'appel* ». L'article 5 « *Les avocats exercent leur ministère* » et « *peuvent plaider sans limitation territoriale* ». L'article 6 « *Les avocats peuvent assister et représenter autrui devant les administrations publiques, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires.* », l'article 6 bis « *peuvent recevoir des missions confiées par justice* ».

74 Documents du CNB : [http://www.cnb.avocat.fr/docs/prospective/CNB-RE2011-02-11_PROSP_Avocat-Definition-courte\[P\].pdf](http://www.cnb.avocat.fr/docs/prospective/CNB-RE2011-02-11_PROSP_Avocat-Definition-courte[P].pdf)

possible. Les termes retenus ne semblent pas trop techniques à l'exception de « *auxiliaire de justice, Ordre, déontologie* », mais ces derniers ne sont pas totalement incompréhensibles notamment « *auxiliaire de justice* », puisque le complément de nom « justice » renvoie directement à une notion concrète. Le justiciable sait ce à quoi correspond la justice, du moins il peut s'en forger une idée. Pour ce qui concerne les vocables « Ordre et déontologie », d'autres professions organisées de la vie courante, les utilisent. En effet, le terme « Ordre » est davantage rattaché dans l'esprit collectif au médecin, autre profession libérale plutôt familière, qu'à l'avocat, même si ces deux professions ont valeur de modèle pour l'ensemble des professions dotées d'un code de déontologie⁷⁵ ; le terme n'est donc pas totalement inconnu du grand public. Par contre le terme « déontologie » longtemps objet de curiosité intellectuelle « *fait l'objet de nombreuses réticences* »⁷⁶. Au mieux ces notions auraient pu être remplacées par des synonymes plus adaptés au profane, ou plutôt, suivies en annexe par une annotation explicative. Dans un souci de simplification, il ne faudrait pas non plus tomber dans le versant opposé, et éradiquer systématiquement des termes jugés trop techniques certes, mais appropriés. Ont été évincés à juste titre « juriste, organisation, Barreau » qui soit renvoient à des notions trop vagues, car tout juriste n'est pas forcément avocat, ou à une représentation sectaire donc inaccessible du fait des termes « organisation, Barreau »⁷⁷. Le résumé de la mission de l'avocat « *conseille, défend, assiste, représente* » semble retranscrire de façon positive le rôle de ce dernier. Ces verbes ont une tournure altruiste, et correspondent à la réalité des actions qui définissent la relation du professionnel avec son client, en conformité avec les règles du RIN. Signaler l'indépendance, le secret professionnel et l'interdiction de conflit d'intérêts, est indéniablement indispensable, puisque si ces caractéristiques sont énoncées dans une définition qui se veut succincte et à la portée de tous, c'est dans le but de rappeler au justiciable qu'il existe des gardes fou encadrant la profession d'avocat. Le professionnel ne fait pas ce qu'il désire en toute impunité. Ainsi il est possible de renouer avec l'idée de confiance qui est un fondamental dans la relation avec un avocat⁷⁸. Enfin, élément non négligeable, la définition proposée se décline également au féminin. Etre femme n'est désormais plus incompatible avec la profession⁷⁹.

75 MORET – BAILLY (J) « *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 p 392

76 MORET – BAILLY (J) « *Les déontologies* » précité, préface

77 Le barreau est « *étymologiquement l'espace fermé par une barrière où se tiennent les avocats dans le prétoire* », OZANAM (Y) « *Histoire des avocats* » in « *Droit et déontologie de la profession d'avocat* », LGDJ Gaz. Pal. édition. 2008, n°2 – L'article 1er du décret de 1991 définit le Barreau comme « *les avocats établis près de chaque tribunal de grande instance* », et plus précisément, les avocats inscrit au tableau de l'ordre. Il paraît peu probable qu'un profane consulte ce texte.

78 Article 2.1 du RIN « *L'avocat est le confident nécessaire du client.* »

79 La loi du 1er décembre 1900 en son article unique admet les femmes au Barreau : Loi du 1 décembre 1900 ayant pour objet de permettre aux femmes munies des diplômes de licencié en droit de prêter le serment d'avocat et d'exercer cette profession. « *A partir de la promulgation de la présente loi, les femmes munies des*

15. Il est indéniable qu'une approche plus réaliste de l'avocat est nécessaire, afin que le justiciable à l'inverse de ce qu'énoncé jusqu'à présent n'exclut plus d'emblée la confiance dans sa relation, présente ou à venir, avec le professionnel. Les dogmes existants autour de ce métier doivent céder leur place à une conception plus humaine. Sensibiliser les consciences et les esprits au plus tôt, sur les métiers de la justice dans les écoles, favoriser une politique d'information plus utile et accessible au plus proche des justiciables, créer davantage de permanences gratuites et de qualité, peuvent constituer des moyens pour que l'avocat renoue efficacement dialogue et confiance avec son futur client. Au-delà de l'avantage pour la profession d'être mieux connue et appréhendée, il en va aussi de l'intérêt du justiciable, sans qui l'existence de l'avocat n'aurait plus raison d'être. Globalement, qu'il soit craint, haï, ou acclamé, l'avocat fait toujours figure de fantasme d'une manière ou d'une autre dans l'esprit collectif. Que cela provienne de faits divers ou de l'imaginaire, cette idée persiste encore et ce peu importe l'époque. Comme le soulignait déjà le Chancelier d'AGUESSEAU en 1633, l'avocat est placé pour le bien du public entre le tumulte des passions humaines et le trône de la justice⁸⁰ Une rétrospective dans l'Histoire est indispensable, car après tout « *l'Histoire est l'intime du droit* ⁸¹ ». L'évolution que la profession a subi peut permettre de comprendre les raisons de telles effusions, ou du moins apporter quelques pistes de réflexion en ce sens.

16. **La Genèse de l'avocat.** « *De tout temps, des hommes se sont mis au service des autres pour les éclairer de leurs connaissances des lois et intervenir oralement devant les juges pour faire reconnaître l'équité* »⁸². Si le monde antique n'a pas connu d'avocat au sens moderne du terme, selon PIMIANTA, les égyptiens tout en redoutant les effets de l'éloquence sur une saine administration de la justice, admettaient l'utilité et l'assistance de l'ami⁸³ : les *advocati* auraient donc eu rapidement le monopole de la représentation en justice, les grecs pour leur part élaboraient des discours lus par leurs clients devant les juges⁸⁴. A Athènes, la loi

diplômes de licencié en droit seront admises à prêter le serment prescrit par l'article 31 de la loi du 22 ventôse an XII, à ceux qui veulent être reçus avocats et à exercer la profession d'avocat sous les conditions de stage, de discipline et sous les obligations réglées par les textes en vigueur ». Cet article sera abrogé le 22 décembre 2007, via la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit. - La première avocate à prêter serment sera Madame Olga PETIT, puis viendra Jeanne Chauvin docteure en droit. C'est ainsi qu'est mis fin à l'adage « *robe sur robe ne vaut* ». in www.uja.fr (Union des Jeunes Avocats de Paris)

80 BREDIN (J-D) « *Une vie d'avocat* » préface p 2 in GALLIT (J) « *Le beau métier d'avocat* » Edition Odile Jacob

81 FRISON-ROCHE (M - A) Avant-propos de la première édition in SUR (B et P - O) « *Histoire des avocats en France* », Dalloz, 2013 p.XIII

82 BLUMOVITZ (A) « *L'avocat* », édition L'Hermès, collection Guides essentiels, 1ere édition. 1997 p.7

83PIMIANTA (L) « *Le secret professionnel de l'avocat* » Thèse paris, édition A. Pédone, 1937 p 3

84 BLUMOVITZ, (A) « *L'avocat* »pre cite p.7.

du Code de Salomon imposait à tout citoyen⁸⁵ de se défendre devant le tribunal du peuple. S'il se sentait incapable de plaider sa cause seul, l'accusé confiait sa défense à un orateur politique, car leur rhétorique était incontestablement gage de succès. ANTIPHON et DEMOSTHENE⁸⁶, furent sans le savoir les premiers avocats de l'Histoire en Europe, soit des logographes⁸⁷. Ainsi, dès les balbutiements de la profession, le recours à l'influence de ceux qui exercent le pouvoir au sein de la cité apparaît nécessaire à qui souhaite la meilleure défense possible. Si l'éloquence du défenseur est le premier critère de choix, c'est la confiance qu'inspiraient les grands orateurs à leurs comparses qui leur a permis de s'élever et prospérer par ailleurs ; de même que confier sa défense personnelle à autrui, révèle une certaine foi. Ainsi il est possible d'affirmer que le sentiment de sécurité existant entre l'accusé et son défenseur fut tel, que l'idée d'en faire une activité à part entière naquit peu à peu. C'est donc sur la base de la confiance et de la sympathie que débute cette relation. Cependant pour limiter les appétits, la défense verbale fut rapidement régie par la loi *Censia*, interdisant l'honoraire et l'intéressement au résultat : elle est et doit rester un service gratuit, dans la logique athénienne. Les défenseurs sollicités y trouvaient néanmoins avantage, puisque la contrepartie indirecte de leur investissement, constituait en une plus grande popularité leur permettant par la suite l'épanouissement d'une solide carrière politique.

17. Ce n'est véritablement chez les romains que la profession apparaît comme telle. L'empereur du bas Empire byzantin, JUSTINIEN I^{er}, créa le premier Ordre des avocats. Jusqu'alors, la fonction était une institution purement libérale, totalement libre, c'est-à-dire gratuite. Le seul argent que pouvait recevoir l'avocat était le cadeau attribué par le justiciable selon son bon vouloir. Le salaire ou « merces »⁸⁸ n'étant le tribut que du seul mercenaire. L'idée principale d'un tel raisonnement provient du fait que l'exercice de la profession était considéré comme si honorable, qu'il ne pouvait constituer en un quelconque travail⁸⁹, et encore moins comme pouvant donner lieu à une contrepartie financière obligatoire. Dès le commencement, l'association de l'avocat à l'argent sonne comme une incompatibilité

85 PLATON « *Apologie de Socrate* » Les classiques d'aujourd'hui, livre de poche 1997 – Socrate se défendit seul devant les « Onze » lors de son procès public face à Méléto, à la suite duquel il fut condamné à mort.

86 PIMENTA (L) « *Le secret professionnel de l'avocat* » Thèse Paris 1937 p 3 - CREHANGE (P) « *Introduction à l'art de la plaidoirie* » Gazette du palais Lextenso, 2^{ème} édition 2003 p 8. - Antiphon : 480 av J.C ; Démosthène, né à Athènes 384 av J.C est un homme d'État athénien et l'un des plus grands orateurs antiques, surnommé « l'Orateur », il symbolise l'éloquence.

87 Définition extraite du Littré : À Athènes, rhéteur qui composait des discours, des plaidoyers pour un autre, <http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/logographe> – MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » » 11^{ème} édition n° 29 p 13

88 Extrait définition du Dictionnaire « Dico latin » en ligne : « *appointements, gage, salaire, paye* », le terme apparaît un siècle avant J-C sous Cicéron <http://www.dicolatin.com/XY/LAK/0/MERCSEM/index.htm>

89 Extraits de définition du Littré : Le travail « *Cause du malaise, de la souffrance physique* ». <http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/travailler>

majeure.

18. En France la toute première évocation de l'avocat trouve place dans un capitulaire de CHARLMAGNE de 802⁹⁰. Au XIII^e siècle il en existe dix-sept.⁹¹ En 1274 dans une ordonnance, dans la lignée de ses prédécesseurs souhaitant créer une justice d'Etat, tenta d'organiser la profession, en réglementant pour l'essentiel le serment et l'honoraire. L'Avocat a droit au titre de « Maître »⁹². Il est soumis au secret professionnel, doit prêter serment, défendre une cause juste et recevoir un honoraire modéré à 30 livres, en se gardant du pacte de *quota litis*⁹³. Par la suite c'est Philippe De BEAUMANOIR avocat et auteur des « *Coutumes de Beauvaisis* »⁹⁴, qui proposa le principe selon lequel le salaire, en plus d'être limité à 30 livres, devait tenir compte de la difficulté, du savoir, et de l'éloignement de l'avocat de la juridiction. En 1302, tout dépassement de paiement donne lieu à une taxation prélevée par un juge. Par ailleurs, les pauvres devaient être défendus gratuitement, c'est l'ancêtre de ce que bien des siècles plus tard serait nommé l'aide juridictionnelle, en faveur des personnes les plus modestes.

19. En 1327 Philippe DE VALOIS crée le Tableau des Avocats, il s'agit d'une liste précisant le nom des personnes ayant le pouvoir de défendre à la Cour, et donc le droit de percevoir un salaire à ce titre. Le souverain instaure par ailleurs des conditions de capacité⁹⁵, un examen professionnel, et des incompatibilités notamment les activités commerciales. En 1344, un arrêt de règlement du Parlement de Paris fixe le premier statut de la profession. Il distingue les avocats consultants en manteau écarlate, de ceux qui plaident en manteau violet, puis les auditeurs ou stagiaires non autorisés à plaider en manteau bleu. Le barreau prend le nom d'*Ordo*, à l'instar de l'*Ordo clericorum* ou des ordres de chevalerie⁹⁶. Il est un ordre cléricale gouverné par son doyen, auquel le bâtonnier se substitue à partir du XVII^e siècle pour devenir le chef de la confrérie des avocats. Si l'avocat est généralement un ecclésiastique, il

90 MOLLOT (M) édition 1842, p.139, cité par ADER (H) - DAMIEN (A) in « *Règles de la profession d'avocat* » Dalloz Action 2008-2009, n°05.11

91 SUR (B et P-O) « *Histoire des avocats en France* », Dalloz, 2013 n°04.21, p. 14

92 Le titre de « Maître » est d'origine coutumière il n'apparaît dans aucun texte législatif. Son utilisation remonte à l'Ancien Régime, période où les avocats licenciés ou docteurs en droit « *maîtres ès arts* » portaient ce titre

93 Extraits définition du Dictionnaire de droit privé de Serge Braudo : Selon le pacte de *quota litis*, convenu avec le client, le professionnel reçoit une rémunération de ses services calculée en pourcentage des sommes litigieuses qu'il parviendra à recouvrer. Son interdiction par la Loi censait sous entendait donc l'obligation de défendre gratuitement en justice. <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/pacte.php>

94 De BEAUMANOIR (Ph) « *Coutumes de Beauvaisis* » chapitres 4 et 5 in <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/BeaumanoirPhilippeCoutumesdeBeauvaisisBd11899.pdf>

95 Par Ordonnance, il exclut de la profession d'avocat les sourds, les aveugles, les juges, les notaires, les femmes et les mineurs de seize ans.

96 ADER (H) - DAMIEN (A) in « *Règles de la profession d'avocat* » Dalloz Action 2008-2009, n°05.12

peut aussi être un laïc, le collège des avocats étant lui même laïc même si tous ses membres portent le costume des clercs.

20. Ainsi, dès le Moyen âge, les principes afférant à l'activité et la rémunération de l'avocat commencent à s'organiser. Le but, outre donner satisfaction aux professionnels en élaborant des règles uniformes à travers le pays, permettait de garantir simultanément les intérêts du justiciable en limitant la rétribution financière, et de ce fait, éviter du moins officiellement, les abus. La réglementation d'une profession est le reflet de sa prépondérance au sein d'un pays ou à plus large échelle d'une société. Globalement, les réformes de la justice en France ont témoigné de l'attrait mais aussi de la méfiance⁹⁷, que nourrissait le pouvoir royal envers les avocats. A titre comparatif, il fallut attendre l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, pour constater la première réglementation générale des notaires. A noter que le terme honoraire ou « *honor* » récompensant l'avocat, en l'honneur de l'activité exercée, et considérée comme hautement intellectuelle, ne fait véritablement son apparition qu'au XVIIIe. Le terme naît pour justifier et concrétiser un tel état d'esprit. Tous les textes antérieurs mentionnent le vocable salaire. Ceci était assimilé implicitement comme tel jusqu'alors, de sorte qu'aucun mot spécifique n'apparaît indispensable. A titre de paiement, le professionnel se contentait d'une rétribution limitée et surtout de l'honneur d'avoir pu plaider.

21. Si le pouvoir royal est une des premières sources tendant à réguler la profession, les avocats ont vite investi ce domaine, créant les prémises de la déontologie. Très tôt, la volonté de s'investir dans le domaine de la réglementation de leur activité est apparue. Conscients de cette force, les révolutionnaires ont choisi de supprimer tous les intermédiaires de justice⁹⁸, créant ainsi un vide, ou « *s'infiltrèrent des défenseurs officieux, pire que ceux qu'on avait dépouillés* »⁹⁹, chaque citoyen avait ainsi le droit de se défendre lui-même, l'exercice de la profession n'étant plus réglementé mais libre. Les Ordres d'avocats furent rétablis sous Napoléon par décret impérial du 14 décembre 1810¹⁰⁰, et dès l'ordonnance du 27 août 1830, le Bâtonnier et les membres du Conseil de l'ordre sont élus par l'assemblée générale des avocats

⁹⁷ Méfiance car les avocats étaient principalement recrutés parmi les ecclésiastiques du fait de leur connaissance du droit romain. Prêtant serment et jurant sur les saints Evangiles ils ont également droit au titre de "Maître", d'où le port de la robe noire. La religion était un contre-pouvoir à l'époque, accroître la puissance des membres du clergé pouvait conduire à l'affaiblissement de l'autorité royale.

⁹⁸ L'article 10 du décret du 10 septembre 1790 dispose que : « *Les hommes de loi, ci-devant appelés avocats, ne devant former ni ordre ni corporation n'auront aucun costume particulier dans leurs fonctions* » in www.cercle-du-barreau.org

⁹⁹ MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Pratique Professionnelle Litec 9eme édition 2005, introduction historique n°7

¹⁰⁰MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » précité n°7

inscrits au Tableau¹⁰¹. C'est ainsi que la profession a retrouvé son indépendance et son identité, mais il demeure une certaine ambiguïté ; certains avocats n'en ont que le titre, il s'agit de ceux ayant prêté serment uniquement, ceux étant inscrits au Tableau exercent pour de bon. Cette situation remonte à l'Ancien régime où se différenciaient l'avocat en Parlement et l'avocat au Parlement, ce dernier était le seul à exercer, la distinction fut établie par un arrêt de règlement du parlement de Paris de 1344¹⁰². C'est ainsi que du premier, rejaillit sur le second une sorte d'amateurisme, de dilettantisme : être avocat n'est pas un métier et suppose qu'on dispose par ailleurs d'un certain nombre de rentes.

22. Avec le rétablissement des Ordres, à nouveau les avocats s'auto-disciplinent, mais désormais sous l'autorité du Bâtonnier. Il n'existe aucun recueil de règles professionnelles, dont la force est tirée de l'usage. Les avocats définissent les grands principes qui doivent animer le Barreau : l'honneur, le désintéressement, la probité, l'indépendance¹⁰³. La référence au désintéressement constitue une valeur qui se trouve en bonne place dans les discours professionnels. Selon KARPIK ce concept associe étroitement une morale et une expérience concrète qui paraît situer le métier hors du monde et inscrire l'avocat dans le complet détachement des intérêts matériels¹⁰⁴. L'attitude de l'avocat face à la question de son salaire est primordiale. Les professionnels jouissaient d'une force non négligeable, dans la mesure où ils étaient organisés en Ordre. N'œuvrant pas individuellement, ils auraient pu assoir leur pouvoir en allant à l'encontre de la volonté royale qui limitait l'honoraire. La coutume de gratuité issue du droit romain est d'une telle force, que son influence sur la conscience des concernés a perduré jusqu'à s'entendre comme un véritable phénomène de répulsion de l'avocat à l'idée de vivre seulement et entièrement de son activité de plaideur. C'est ainsi que le professionnel lui-même revendique un salaire minimum, et entend sanctionner les abus. Bien sûr il serait simpliste de généraliser, tous les avocats ne partageaient pas ce sentiment, mais la position du Barreau, celle légitime et qui fait officiellement l'Histoire de ce métier, est telle, qu'il faut attendre bien des siècles pour voir apparaître l'avocat fiduciaire ou encore celui qui manie d'importantes sommes d'argent. L'Ordre ne manque d'ailleurs pas de rappeler ce concept, inscrit en lettre d'or au fronton du Barreau. L'honoraire résulte de la seule

101 Le 14 Mars 1811, en application du décret du 14 Décembre 1810, le Ministre de la Justice, Claude Ambroise REGNIER (1746 – 1814), approuve le projet de Tableau établi le 22 Février 1811 par le Premier Président, Antoine Jean Mathieu SEGUIER et le Procureur Général, Bernard LEGOUX de la Cour d'Appel de Paris qui s'étaient adjoint, pour établir ce projet, ainsi que six anciens avocats. Le 27 Avril 1811, le Conseil de l'Ordre de Paris composé de 15 membres désignés par le Procureur Général de Paris parmi 30 candidats « élus » par le Barreau de Paris se réunit pour la première fois. in www.uja.fr (Union des Jeunes Avocats de Paris)

102 MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » précité, avant propos introductifs.

103 RENAUL (M-H) « *Les avocats, de l'Empire romain à la fin du XVIIIe siècle* » in « *Avocats, le verbe et la robe* » LEVEN (A) – BOCCACIO (C) – CHEVILLON (C) – RENAULT (M-H) édition Prat-Europa Eds 2009 p. 114

104 KARPIK in MORET-BAILLY (J) « *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 p 210

reconnaissance du client. Il est un don que l'avoué obtient de lui et le transmet à l'avocat. De nulle autre manière l'argent ainsi obtenu ne pourra être réclamé. Aucune demande en paiement devant la justice ou même d'inscription de salaire apposée sur les actes, ne sauraient être tolérés. L'avocat ne peut d'ailleurs faire la publicité de son activité. Aucune plaque le mentionnant sur sa porte n'est tolérée, l'interdiction d'utiliser un en-tête d'aspect commercial sur ses correspondances est absolue, aucun article de presse signé de sa main n'est permis. L'avocat doit faire figure d'ami désintéressé envers son client, sans toutefois avoir la possibilité de lui rendre visite. Il appartient donc exclusivement au justiciable de visiter les locaux de son avocat.

23. La tradition anti mercantiliste du Barreau est avérée, l'avocat n'est pas un agent d'affaire, puisqu'au contraire « *l'agent d'affaires a servi par excellence à faire valoir le portrait de l'avocat honnête homme* »¹⁰⁵ En témoigne d'autant plus si nécessaire, la création de la défense gratuite des pauvres, offerte par Saint Louis, et revendiquée par les avocats comme un honneur. Pour autant ce n'est que par une loi du 22 janvier 1851 que l'assistante judiciaire est créé, à ce titre elle n'est plus réputée consentie mais obligatoire, les honoraires sont dues par la partie perdante, et l'avocat peut les réclamer. Cette modification de la nature de l'assistance judiciaire, fut vécue comme une injure par le Barreau, qui s'empressa de refuser toute réclamation de paiement, et maintint de ce fait le concept de gratuité absolue¹⁰⁶. Il ressort de telles décisions la grandeur de l'avocat, celle qui s'est construite par le renoncement, et lui confère sans conteste prestige et respect. Il est auréolé de vertus suprêmes comme l'indépendance, la dignité, le désintéressement, plaidant pour de nobles causes, défendant les indigents et comme le veut l'adage, « la veuve et l'orphelin », en s'abstenant de tout marché avec celui pour qui ils plaident, durant toute la durée du procès¹⁰⁷. A ceci s'ajoute l'art de la parole, sans « *afféterie, longueur ou redondance* »¹⁰⁸, de sorte que les professionnels du XIXe siècle n'ont rien eu à envier aux grands orateurs grecs et romains.

24. La République des avocats. Le talent et la force de la déontologie ont fait des avocats la classe sociale ayant dominé cette époque. Tant et si bien que les avocats se succèdent de père en fils créant une véritable dynastie de la robe. A cela s'ajoute progressivement

105MORET-BAILLY (J) « *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 p 221

106SUR (B) « *Histoire des avocats en France* » Dalloz 98, Arrêtés du Conseil de l'Ordre de Paris entre 1851 et 1856. « *L'exercice de la profession d'avocat doit mener à l'honneur et non à la fortune ; il méprise les professions lucratives, la plupart moins pénibles et moins laborieuses, pour se dévouer à des fonctions qui ne promettent que l'honneur à ceux qui les exercent avec le plus de succès* » extraits des « *Lettres su la profession d'avocat* » CAMUS 1787 in MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Pratique Professionnelle Litec 9e édition 2005- 2008, introduction.

107ADER (H) - DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* » Dalloz Action 2008-2009 n°05.13.

108SUR (B) « *Histoire des avocats en France* » Dalloz 98 p175

l'ouverture, si ce n'est le retour - en référence aux vocations des tous premiers avocats existants - vers une autre voie de la puissance : la politique. Le Barreau compte de nombreux dirigeants du pays, les Bâtonniers fréquentent l'Elysée et ses ministères, et sont d'autant plus élus pour cette fonction qu'ils sont à la base des puissants de France. Nombre de président de la République, président du conseil, de ministres, députés, ont appartenu au Barreau. La République du XIXe siècle comme l'affirme Maître SUR¹⁰⁹, a véritablement appartenu aux avocats. Sous Napoléon III cependant, le profil de cette concentration de pouvoir tend à se modifier. Le contexte économique du fait de la révolution industrielle et des bouleversements qu'elle apporte, fait naître un monde nouveau celui des affaires. Les avocats n'en font pas partie car ils ne pratiquent pas le droit commercial à l'instar d'autres juristes, d'ailleurs, le principe de désintéressement permet à l'époque aux professionnels libéraux de se distinguer des professions commerciales. L'exercice du négoce est interdit aux avocats, au nom des incompatibilités entourant la profession, mais à défaut d'être commerçant rien à priori ne les empêche de défendre les marchands. Cette timide intrusion de l'avocat au sein de ce milieu qui prospère fait changer les esprits, et les Ordres autorisent quoiqu'avec parcimonie à ce que l'honoraire devienne une rémunération du fait du travail accompli par l'avocat, puis du résultat obtenu en faveur du client.

25. Progressivement, si le terme de puissance fait écho à celui d'avocat, c'est sous un nouvel angle. En effet, ce dernier ne se contente plus de cumuler l'art de la plaidoirie et ses fonctions afférentes à la politique. Il devient économiquement privilégié indépendamment de son statut social, grâce à la contrepartie financière versée par le client. Une telle modification va conduire à l'élaboration d'un premier texte organique. Les nouvelles pratiques et prétentions en matière de paiement de l'avocat appellent les consciences à réagir. La profession ressent le besoin éminent de légiférer pour marquer le tournant pris dans son activité. Sous l'impulsion de CAMBACERES, l'Etat va promulguer en 1810 une codification de la déontologie existante¹¹⁰. Il s'agira en fait de la compilation de toutes les ordonnances édictés et lois antérieurs, qui constituaient un tas de textes éparses au contenu quasi analogue. Au point de vue strictement légal il n'y a donc aucune innovation, mais ce texte aura le mérite d'avoir mis à jour, le besoin d'unification ressenti par les avocats concernant leur déontologie. Cette rupture avec l'usage de la gratuité est d'autant plus visible sous la IVe

109SUR (B) « *Histoire des avocats en France* » précité

110Les ordres sont abolis par un décret du 2 septembre 1790 et la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 a entraîné la suppression des corporations. Mais l'Ordre des avocats et le Tableau furent rétablis par décret impérial du 14 décembre 1810. L'Ordre est en effet considéré comme étant « *l'un des moyens les plus propres à maintenir chez ses membres la probité, la délicatesse, le désintéressement, le désir de la conciliation, l'amour de la vérité et de la justice, un zèle éclairé pour les faibles et les opprimés, base essentielle de leur état* »

République et va permettre ce qui constitue une véritable modernisation de la profession. Les avocats sont désormais accaparés par les affaires et ne briguent plus systématiquement le pouvoir politique. La société sclérosée de la IIIe République laisse place à de nouvelles élites issues du développement économique. Le temps de l'aristocratie pourvue de quelques rentes est révolu même pour l'avocat. Il exerce désormais un véritable métier qui doit « *nourrir son homme* »¹¹¹ Malgré cette évolution, sur le plan de la responsabilité le client ne peut agir facilement contre son avocat, et le dol de l'avocat à l'audience est réputé être celui de la partie qu'il représente¹¹².

26. L'avocat du XXe et XXIe siècle. Si au 19e siècle le défenseur, doublé de l'orateur ne répond pas des conseils qu'il peut prodiguer, des contestations liées au désir de voir évoluer la profession vont l'amener à devenir un véritable prestataire de service. La profession s'organise autour de « *l'entreprise et n'ignorent plus la grande firme juridique, la concurrence exacerbée et l'accumulation de la richesse* »¹¹³. Dorénavant il est autorisé à assister son client devant le juge d'instruction, et participe aux enquêtes. Il est investi de fonctions et prérogatives et n'œuvre donc plus en tant que simple ami désintéressé. C'est grâce au décret du 20 juin 1920¹¹⁴ que l'avocat moderne apparaît. Dés lors, le terme d'avocat désigne non plus un titre, mais une profession¹¹⁵. Monnayant ses services, il peut alors signifier sa présence au public, les premières plaques sont apposées dès 1926. Il est ainsi mis fin à cette retraite pleine de pudeur qui commandait autrefois à l'avocat de se cacher. En plus de ses fonctions de plaideur puis d'assistance, le professionnel représente son client dès 1905. Il peut dès lors exercer le *mandat ad litem* devant les juridictions d'exception. Cet ajout d'activité fait entrer en jeu de nouvelles conséquences pour l'avocat. Sa responsabilité peut être recherchée, et les premiers cas apparaissent en 1932. Ainsi est bien finie l'époque où « *le client doit supporter les conséquences de son impéritie ou de sa négligence et ne s'en prendre qu'à lui d'avoir mis sa confiance dans une personne qui ne la mérite pas* »¹¹⁶. Cette nouveauté suit de peu le régime de responsabilité des notaires qui resta totalement irresponsable jusqu'au 19e siècle. En sa qualité de rédacteur d'acte et d'officier public, ce dernier doit rendre des comptes sur le

111MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Pratique Professionnelle Litec 9eme édition 2005, propos avant introduction

112JULIEN (J) - DAVY (S) « *La responsabilité professionnelle de l'avocat* », in « *Droit et déontologie de la profession d'avocat* », LGDJ édition 2008, n°335.

113KARPIK (L) « *Les avocats, entre l'Etat, le public et le marché XIIIe – XXe siècle* », Bibliothèque des sciences humaines, NRF édition. Gallimard 1995. Résumé

114Décret du 20 juin 1920 EXERCICE DE LA PROFESSION ET DISCIPLINE DU BARREAU, abrogeant les ordonnances 20-11-1822, du 27-08-1830 et les décrets du 22-03-1852 et 10-03-1870 - JORF du 22 juin 1920 page 8822. www.legifrance.gouv.fr

115MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Pratique Professionnelle Litec 9eme édition 2005, introduction historique

116WILMANN (M) « *La responsabilité des auxiliaires de justice* » Thèse La Rochelle p 41

plan civil et pécuniaire en cas de faute grave ou de dol. S'applique pour ces cas un régime de droit commun et spécial traduisant une responsabilité étendue du professionnel, ce que ne connaît pas encore l'avocat à l'époque. Le développement de sa responsabilité sera plus lent, et la conséquence de l'apparition de nouvelles activités qui lui sont dévolues. L'avocat n'est plus qu'un seul plaideur, il devient un technicien du droit qui doit rendre des comptes.

27. Sous le gouvernement de Vichy, les actes dits lois du 26 juin 1941¹¹⁷, élaborent un nouveau cadre règlementaire du barreau, exprimant l'ingérence croissante des pouvoirs publics dans l'organisation et le fonctionnement des barreaux. Une seconde fois toutes les anciennes règles sont reprises : le monopole de la représentation et de l'assistance aux avocats et avoués devant les justices de paix est posé, l'exercice de la profession et la discipline des barreaux sont renforcés, enfin le CAPA ou certificat d'aptitude à la profession d'avocat est créée¹¹⁸. Le métier devient populaire et est ouvert à tous les détenteurs du diplôme qui constitue la première organisation d'études spécialisées propre au Barreau. Puisque l'avocat peut désormais s'enrichir, il faut réguler par la loi son accès à la profession. Il faut néanmoins attendre le décret du 10 avril 1954¹¹⁹, pour découvrir de véritables changements : les avocats peuvent désormais s'associer, ce qui signe la fin d'une institution familiale voire artisanale au profit d'une conception de l'activité plus mercantile et moderne. De là vont naître les grands cabinets sous forme de firme. En 1955 le Bâtonnier THORP fit scandale en apposant deux termes jusqu'alors idéalement antinomiques « avocats - d'affaires ». Puis, les règlements pécuniaires sur comptes spéciaux sont autorisés. Cette disposition va provoquer des effets financiers au bénéfice des Ordres, et inspirer Maître LUSSAN à imaginer le concept de CARPA¹²⁰. Le 28 mai 1957 la toute première CARPA fut créée permettant à l'avocat de manier désormais des fonds. En comparaison la création de fonds monétaires pour les notaires date de 1791. Dès lors, suite au décret n° 86-459 du 13 mars 1986 modifiant le décret n° 72-783 du 25 août 1972 relatif à l'assurance, à la garantie financière, aux règlements pécuniaires et à la comptabilité des avocats, l'adhésion à la CARPA devint obligatoire. Désormais, véritable instrument technique, la CARPA garantit la traçabilité des opérations et la représentation des fonds reçus, dans le respect du secret professionnel et la confidentialité des opérations¹²¹.

117Loi du 26 juin 1941 instituant LE CERTIFICAT D'APTITUDE A LA PROFESSION D'AVOCAT, JORF du 28 juillet 1941 page 3162. www.legifrance.gouv.fr

118Loi du 26 juin 1941 instituant LE CERTIFICAT D'APTITUDE A LA PROFESSION D'AVOCAT, JORF du 28 juillet 1941 page 3162. www.legifrance.gouv.fr

119Décret n°54-406 du 10 avril 1954 POUR L'APPLICATION DE LA LOI 54390 DU 08-04-1954 SUR LA PROFESSION D'AVOCAT ET LA DISCIPLINE DU BARREAU, JORF du 11 avril 1954 page 3494. www.legifrance.gouv.fr

120MARRIGUES (J-C) « *Le statut juridique des CARPA* » Thèse Toulouse 1 2014, p 4

28. La loi de fusion n°71-1130 du 31 décembre 1971 motivée par l'évolution de la justice, la multiplicité des affaires et la complexité croissante du droit, offre une réforme à la profession. Elle permet le cumul des fonctions de l'ancien avocat qui plaide et assiste, et celles de l'ancien avoué assumant la représentation et la postulation. Elle laisse néanmoins subsister les avoués près les Cours d'appel et les conseils juridiques, et apporte une déontologie nouvelle à la profession ; or, « *chaque élargissement du rôle de l'avocat a été l'occasion d'un accroissement des responsabilités* »¹²² ; jusqu'à cette date, la responsabilité de l'avocat était restée très discrète. Pour la profession en effet, une attention particulière s'attache aux conditions d'accès au barreau, aux rapports de l'avocat avec les magistrats, ses confrères et sa clientèle, mais les particuliers n'ont pas à intervenir dans ces débats. Les comptes se règlent directement, à l'intérieur de la famille judiciaire, par la responsabilité disciplinaire et exceptionnellement par les délits d'audience¹²³. Cette loi met également de nouvelles obligations à la charge de l'avocat, notamment la souscription obligatoire à une assurance tant au titre de la responsabilité civile que de la non représentation de fonds. Or selon MAILLARD¹²⁴, le développement de l'assurance et celui des du droit de la responsabilité vont de pair. Leur évolution se nourrissent l'une de l'autre. Ainsi la responsabilité de l'avocat au plan civil est de plus en largement consacrée.

29. Ces changements notoires ont été considérés comme visant « *à satisfaire les aspirations du justiciable* »¹²⁵, mais globalement, la réforme n'ayant pas été jugée satisfaisante, elle aboutit à la loi du 31 décembre 1990, entrée en application le 1er janvier 1992¹²⁶. L'objectif était de fusionner la profession de conseil juridique avec celle d'avocat. En son article premier, elle énonce qu'« *une nouvelle profession dont les membres portent le titre d'avocat est substituée aux professions d'avocat et de conseil juridique* ». Elle permet dorénavant l'exercice sous forme de sociétés d'exercice libéral et les sociétés en participation, puis, par le décret du 27 novembre 1991¹²⁷ la constitution de grandes unités de conseil rivalisant avec les cabinets anglo-américains. A coté de la loi de 1990, le Conseil national des Barreaux (CNB) est apparu. Par la suite, le décret du 12 juillet 2005¹²⁸ relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat fut créé, et considéré comme marquant « *un pas en*

121CAILLE (S) :« *Guide des managements de fonds clients à l'usage des avocats* »
http://www.unca.fr/images/stories/pdf/carpa/fond_de_tiers/2013/GUIDE-GCMF-JANVIER-2013.pdf

122AVRIL (Y) « *La responsabilité civile de l'avocat* » Thèse, Rennes, 1979 n°3

123AVRIL (Y) « *La responsabilité civile de l'avocat* » Thèse, Rennes 1979 n°1

124DE MAILLARD (C et J) « *La responsabilité juridique* » Flammarion 1999 p 33

125CHAZELLE (R) « *Pour une réforme des institutions judiciaires* » LGDJ 1969 p 94 in AVRIL (Y) « *La responsabilité civile de l'avocat* » Thèse Rennes 1979

126Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

127Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat

128Décret n°2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat

avant dans l'effort que font le législateur et le pouvoir réglementaire pour soustraire aux avocats l'élaboration de leurs règles et usages »¹²⁹. Ce décret a un impact considérable sur la profession. En terme de compétence, la loi de modernisation de l'économie, dite loi LME du 4 août 2008¹³⁰, a ouvert la fiducie aux personnes physiques permettant aux avocats d'avoir la qualité de fiduciaire. Inspirée par ce nouveau souffle, la commission présidée par Maître DARROIS¹³¹ a estimé que les avocats devaient être autorisés à exercer de nouvelles activités, ce qui a permis l'élaboration de la loi du 28 mars 2011 dite de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et de certaines professions réglementées¹³². Celle-ci a mis en place l'activité de mandataire de sportifs et crée l'acte contresigné par avocat. Cette dernière nouveauté n'est pas anodine, car en contresignant, l'avocat engage directement sa responsabilité. En outre, le passage de l'exercice individuel à la collaboration, au salariat puis au regroupement national voire international devant la concurrence anglo-saxonne n'est pas sans conséquence. L'avocat participe au monde des affaires¹³³, il est concerné par la directive Bolkenstein¹³⁴ relative à la libéralisation des services. Ce constat est parachevé avec la loi MACRON, qui permet outre le recours traditionnel aux associations, sociétés civiles professionnelles (SCP) et sociétés d'exercice libéral (SEL), celui à toutes formes d'entités dotées de la personnalité morale, à l'exception des formes juridiques qui confèrent à leurs associés la qualité de commerçant¹³⁵. La doctrine n'hésite pas à évoquer « *l'industrialisation de la profession* »¹³⁶, le « *marché professionnel* »¹³⁷, ou encore le « *business service* » de l'avocat, « *professionnel libéral qui dispense des prestations de services d'ordre économique* »¹³⁸, enfin depuis peu les agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, sont compétents pour veiller au respect de l'obligation pour l'avocat de conclure avec son client une convention d'honoraires qui précise notamment le montant ou le mode de détermination des honoraires, conformément à l'article

129 ADER (H) - DAMIEN (A) in « *Règles de la profession d'avocat* » Dalloz Action 2008 – 2009, note n°05.62.

130 LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

131 Mission confiée par le Président de la République, rapport sur les professions du droit, mars 2009 in <http://www.justice.gouv.fr>

132 Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées

133 MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Pratique Professionnelle Litec 9ème édition 2005, avant propos introductifs

134 Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, du nom du commissaire européen néerlandais Frédérique BOLKENSTEIN, chargé du marché intérieur, de la fiscalité et de l'union douanière de 1999 à 2004

135 LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

136 ADER (H) - DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* », Dalloz Action, 14ème édition 2013-2014 p. 22

137 FAVEREAU (O) sous sa direction « *Les avocats, entre Ordre professionnel et Ordre marchand* », rapport CNB, Lextenso, 2010 p. 22

138 MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Pratique Professionnelle Litec 9ème édition 2005, avant propos introductif

10 de la loi du 31 décembre 1971, et dans le respect du secret professionnel¹³⁹. La profession a bel et bien changé. Enfin, en terme de chiffre, au 1er janvier 2014 en France, 60 223 avocats étaient répartis sur 161 Barreaux. La densité varie fortement d'un Barreau à l'autre. Le seul Barreau de Paris comporte 41% des avocats et a contribué pour 44% à la croissance en France sur le dernier exercice, soit une augmentation de 884 avocats¹⁴⁰.

Au vu de toutes ces évolutions, que ce soit sur le plan de l'extension du champ de compétence de l'avocat, ou encore du fait de l'apparition de règles gouvernant la profession ; un bilan paraît indispensable pour constater leurs effets sur la profession. Notamment du point de vue de la responsabilité encourue par l'avocat dans le cadre de l'exercice de ses activités professionnelles. Au delà des questionnements quant à l'existence d'une réelle responsabilité, son effectivité et sa nécessité, l'enjeu est de déterminer si la profession a un impact en terme de responsabilité. Autrement dit, le critère de professionnalité¹⁴¹ et au surplus, la considération de la nature même de l'activité de l'avocat, ont-ils un impact direct ou non sur le régime de responsabilité applicable en cas de recours ? L'avocat dans l'exercice de ses fonctions dispose-t'il de règles spécifiques, est-il soumis au droit commun ? En résumé, l'avocat bénéficie t'il ou non d'un régime autonome de responsabilité, et dans l'affirmative, dans quel cas ?

30. L'hypothèse simpliste qui consisterait à comparer la responsabilité de l'avocat à un particulier lambda agissant dans le cadre de sa vie privée est à exclure. Bien qu'ayant ôté sa robe, l'avocat ne peut agir comme tout un chacun, dans la mesure où « *les principes essentiels de la profession guident le comportement de l'avocat en toutes circonstances* »¹⁴², même si c'est dans le cadre professionnel que les agissements de l'avocat seront analysés. Par ailleurs, l'étude se bornera au régime de responsabilité de l'avocat français en droit interne. Le droit comparé ne fera pas l'objet de développements outre mesure, la situation étant déjà riche et

139Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 - JORF n°0181 du 7 août 2015 page 13537 entrée en vigueur le 8 août : nouvel article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, relatif au contrôle des conventions d'honoraires : « *Lorsque, pour vérifier le respect du troisième alinéa de l'article 10 de la présente loi, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation fait usage des pouvoirs mentionnés au 1° du III bis de l'article L. 141-1 du code de la consommation, elle en informe le bâtonnier du barreau concerné par écrit, au moins trois jours avant.* » – Nouvel article L141-1 du Code de la consommation quand aux pouvoirs de contrôle des agents de la DGCCRF : « *III bis. – Sont recherchés et constatés, dans les conditions fixées au II du présent article, les manquements aux dispositions : 1° Du troisième alinéa de l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dans le respect du secret professionnel mentionné à l'article 66-5 de la même loi* ». En outre, lorsque la DGCCRF entendra faire usage de ses pouvoirs d'investigation, elle devra en informer le bâtonnier du barreau concerné par écrit, au moins trois jours avant. La DGCCRF préviendra le bâtonnier mais non le cabinet où aura lieu le contrôle.

140Chiffres d'après l'Observatoire du Conseil National des Barreaux in www.yvesavril.com

141Le terme « *professionnalité* » est issu de l'italien « *professionalita* » et bien que couramment utilisé il n'est pas présent dans les dictionnaires classiques du type Littré. Son sens est à rapprocher du terme professionnalisme soit « *caractère professionnel d'un travail, statut de professionnel* » Dictionnaire Hachette 2004 p 1309

142Article 1er du décret du 12 juill. 2005 - article 1.3 du RIN

complexe dans le cadre du sujet tel que délimité. En effet il existe dans le contexte de cette étude « trois juges », car trois droits , donc une approche de la responsabilité différente.

Pour parvenir à fournir une réponse aux questions soulevées, cette étude mènera à constater l'influence constatée de la profession d'avocat en matière de responsabilité civile (Partie 1), puis à souligner l'impact avéré du critère de la profession d'avocat en matière de responsabilité disciplinaire, en passant par l'étude de sa responsabilité pénale.(Partie 2).

PREMIERE PARTIE

L'INFLUENCE CONSTATEE DE LA PROFESSION D'AVOCAT EN MATIERE DE RESPONSABILITE

31. L'histoire du droit de la responsabilité est celle des mentalités collectives et leur adaptation aux contraintes économiques et sociales, soit la transformation des rapports sociaux face à l'évolution des sciences et de l'industrialisation. S'agissant de la responsabilité civile, l'histoire de son développement s'inscrit dans une création constante, elle se poursuit dans un sens unique, celui de la croissance et de la complexité. Ainsi, dans les années 80, la création du droit à la consommation a permis l'apport d'une protection du consommateur que le droit civil n'avait pas envisagé. Le but était d'aplanir les disparités juridiques en matière d'indemnisation, mais le droit évolue à l'insu de ses propres acteurs. Cette évolution est permanente et s'inscrit dans une logique sociale et rigoureuse qui ne doit rien au hasard, les nouveaux problèmes créant de nouveaux droits¹⁴³. Par ailleurs, l'époque actuelle est caractérisée par une recrudescence de mise en cause de plus en plus systématique de la responsabilité des professionnels, directement inspirée de l'outre Atlantique. La judiciarisation progressive de la société à l'américaine, étant soulignée par plusieurs auteurs¹⁴⁴. En effet, tout le droit est en passe de devenir de la responsabilité civile, et la logique contractuelle, qui tend à obtenir l'exécution, est dévoyée au profit de la logique de la responsabilité civile qui privilégie la réparation des préjudices, selon M. Jean-Pascal CHAZAL¹⁴⁵. Désormais, le binôme initialement présenté ne serait plus uniquement « liberté-responsabilité », mais « *risques-dommages* »¹⁴⁶. L'évolution de la responsabilité civile devient la manifestation de son aggravation y compris pour les professionnels. Ces derniers n'y

143DE MAILLARD (C et J) « *La responsabilité juridique* » Flammarion 1999 p11

144MALAURIE (PH) « *Responsabilité professionnelle, devoir d'information, règles de preuve, devoir de conseil et clauses contraires* » – MAGENDIE (J-C) « *L'américanisation du droit ou la création d'un mythe* » Archives de philosophie du droit, t 45 Dalloz 2001 p 89 – REIMAN (M) « *Droit positif et culture juridique, L'américanisation du droit européen par réception* » Archives de philosophie du droit, t 45 Dalloz 2001 p 72 in « *La responsabilité civile des auxiliaires de justice* » WILLMAN (M) Thèse La Rochelle p 10-12

145CHAZAL(J-P) « *Les nouveaux devoirs des contractants : est on allé trop loin ?* » in http://www.sciencespo.-fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_les_devoirs_contractuels.pdf. Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

146MICHAUD (P) « *Les avocats sont-ils des canards de foire, en route vers l'acte d'avocat* » Gazette du palais 27-29 avril 1997

échappent pas au contraire, ils apparaissent sur le devant de la scène juridique au fur et à mesure que la jurisprudence leur impose certaines obligations envers les clients. Les professions judiciaires entrent dans cette lignée, notamment l'avocat. Ce phénomène n'est donc pas symptomatique d'une activité ou d'une profession en particulier, mais le choix a été fait de concentrer l'analyse sur cette profession en particulier, car elle illustre parfaitement la réalité exposée. En effet, en dépit de sa capacité d'adaptation aux évolutions sociétales, l'avocat assiste à la complexification du droit, ce qui multiplie les risques de contentieux à son encontre. Ainsi, en comparaison avec les avocats aux Conseils (1 %), les avoués (4 %), les experts judiciaires (7 %), les huissiers de justice (28 %), les avocats représentent, entre 2004 et 2008, 60 % des sinistres¹⁴⁷.

32. Ce développement vertigineux de la matière pourrait être bien autre chose qu'un simple constat alarmant. En effet, le droit de la responsabilité est censé assurer la protection des droits de la personne. Par ailleurs, penser en profondeur les droits fondamentaux sans mobiliser les notions d'obligation, de devoir et responsabilité, est impossible. A ce titre, l'article 4 de la DDHC consacre le principe de responsabilité via la liberté¹⁴⁸, et le droit d'agir en responsabilité a été reconnu par le conseil constitutionnel¹⁴⁹. Le droit de la responsabilité serait ainsi l'expression d'une société démocratique et d'égalité, la responsabilité étant une des faces les plus visibles des droits de l'Homme ; c'est pourquoi la jouissance de nos propres droits, entraîne responsabilité et devoirs¹⁵⁰. Partant de ces postulats la quête perpétuelle de responsabilité serait donc rassurante, signe de bonne santé démocratique au sein d'un Etat. La responsabilité notamment civile, n'étant plus nécessairement « *l'expression d'un reproche, et le fait de d'encourir une responsabilité plus ressenti comme tel. Il s'agit d'un des risques de la vie moderne qu'on doit maîtriser spécialement à l'aide des assurances* »¹⁵¹. Mais, parallèlement, il se crée aussi une nouvelle mentalité ou l'existence automatique d'un responsable est la normalité. Il émerge ainsi un « *droit au droit, un nouveau comportement social* » ou le « *prenez des risques* » se transforme en « *prenez vos précautions* »¹⁵². Un tel constat appelle à faire preuve de prudence dans la mesure où il met en exergue « *une société*

147BIGOT (R) - ROGER (P) « *L'assurance des professionnels du droit* » RGDA, 1er juillet 2010

148Article 4 DDHC : *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* » in www.legi-france.gouv.fr - « *L'arbitrage en terme de liberté se résout parfois en termes de responsabilité* » in BIOY (X) sous sa direction « *Constitution et Responsabilité* » Collection Monchrestion 2009 p 240

149DOUMIEU (P) - GOUT (O) Extrait des « *Nouveaux cahiers du Conseil* » cahier n°31 mars 2011

150Charte des Droits Fondamentaux de l'UE, proclamée le 18 décembre 2000 à Nice

151MALAURIE (PH) « *Responsabilité professionnelle, devoir d'information, règles de preuve, devoir de conseil et clauses contraires* » in « *La responsabilité civile des auxiliaires de justice* » WILLMAN (M) Thèse La Rochelle p 10

152BIOY (X) Extraits « *Constitution et responsabilité* » Collection Monchrestion 2009 p 33

puérile, ou il est admis que l'on est assuré contre tout malheur »¹⁵³ et que « le mal n'est pas grand puisqu'il est assuré »¹⁵⁴.

33. Le professionnel du droit dans le cadre de l'exercice de sa mission est pleinement concerné par les logiques de rigueur que commandent ce « tout responsabilité civile ». Seulement, ce n'est plus uniquement à l'occasion de délits graves voire de crimes commis lors de ses missions, que ce dernier verra sa responsabilité engagée. Ces temps sont bel et bien révolus. Le justiciable est aujourd'hui encouragé par la prolifération des litiges ; elle-même induite par l'assimilation de la prestation fournie, à un service ou simple bien de consommation. Aussi la qualité de ce consommable peut être remise en cause en demandant des comptes au professionnel qui a été payé pour le produire, en conséquence sa responsabilité s'est développée. L'élargissement de la responsabilité civile de l'avocat s'est manifestée par l'apparition de forme d'obligations particulières. Celles ci allant croissant, elles se durcissent et dévoilent une logique de responsabilité quasi machinale, dont l'application rend l'exercice professionnel plus compliqué encore, voire périlleux. Pourtant jusqu'alors, la déontologie et les impératifs liés à l'honneur et la dignité ont suffi pour guider la profession, et ce durant des siècles. Ces règles pour une partie d'entre elles préexistaient donc au développement du concept de responsabilité en général, et de celui de la responsabilité de l'avocat en particulier tels qu'ils sont connus aujourd'hui. L'intervention du juge élaborant à l'instar des professions médicales certaines obligations, correspond au souhait de mettre fin au privilège d'immunité générale dont bénéficiait l'avocat par tradition¹⁵⁵, car « *le libéral est irresponsable* »¹⁵⁶.

34. Cette évolution se caractérise par l'élaboration d'un devoir de conseil inspiré par la déontologie¹⁵⁷, particulièrement poussé à la charge du professionnel. A l'origine, ce devoir de

153ABEL (O) « *La responsabilité incertaine* » Esprit 1994, Les équivoques de la responsabilité p 25 in « *La responsabilité civile des auxiliaires de justice* » WILLMAN (M) Thèse La Rochelle p 11

154LE TOURNEAU (Ph) « *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation* » Dalloz Action, 10^e édition 2014-2015, n°3641

155SUR (B) « *Histoire des avocats en France des origines à nos jours* » Dalloz Edition 1998. Le magistrat ne répondant pas de ses sentences, il était admis au même titre, que l'avocat ne pouvait être tenu responsable des conseils prodigués à son client, au nom de son indépendance (anciennement les magistrats sont les meilleurs avocats). De ce fait, la jurisprudence fut réticente à sanctionner et reconnaître la responsabilité de l'avocat. Il s'en suit l'inexistence totale de travaux universitaires ou de doctrine en général sur ce point. Les thèses recensées au début du XX^e siècle ne sont qu'au nombre de deux.

156ADER (H) DAMIEN(A) « *Règles de la profession d'avocat* », Dalloz Action, 14^e édition 2013-2014 p. 30

157CA Aix-en-Provence 1^{er} Ch. 27 juin 1984 réf. 5111, Gaz. Pal. T.T. 1986-1988, Avocats n°98 - D. 1987, somm. p. 104, note Brunois (A) « « *Dans le cadre de son devoir de conseil et des règles de son ordre dont les qualités, l'indépendance et la haute conscience de leurs charges confèrent aux interventions de ses membres et à leur mission d'assistance des particuliers et des plaideurs un rôle éminent devant apporter la garantie sécurisante attendue de ces professionnels et praticiens du droit, l'avocat se doit d'attirer l'attention de ses clients sur l'illicéité de la clause souhaitée dans l'acte de cession d'un fonds de commerce et refuser*

conseil a été posé par la jurisprudence concernant le notaire¹⁵⁸. Le but recherché, outre veiller à l'efficacité technique, par référence à la conformité au droit-, est de s'assurer de l'efficacité pratique des actes. Au surplus pour la Cour de Cassation, le notaire se doit « *d'éclairer les parties et d'appeler leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée et les effets ainsi que sur les risques des actes auxquels ils sont requis de donner la forme authentique* »¹⁵⁹. Dès 1987, le juge de cassation l'a consacré à l'égard de l'avocat rédacteur d'acte en ces termes « *Les avocats rédacteurs d'actes sont, afin d'assurer l'efficacité des conventions, tenus à l'égard de toutes les parties d'un devoir de conseil, dont la mesure et la portée dépendent des circonstances* »¹⁶⁰. Puis en 2010, ce sont les juges d'appel qui l'ont étendu puisque désormais, le devoir de conseil ne concerne plus seulement le client, mais aussi les autres parties au contrat¹⁶¹.

35. Ce terme plutôt général dissimule bien d'autres impératifs qui le composent, dans la mesure où il existe des devoirs sous-jacents à celui de conseil. Ce dernier constituerait donc un devoir principal, auquel les autres, accessoires, se révèlent in fine indispensables à sa bonne exécution : tel est le cas du devoir d'information¹⁶², de vigilance, ou encore de diligence et de compétence¹⁶³. Le but poursuivi à travers l'exigence d'un devoir de conseil est légitimé par la compétence particulière dont dispose le professionnel. C'est parce qu'il est détenteur d'un savoir et d'un pouvoir particulier, que l'avocat doit se soustraire à ce devoir de conseil. MARTIN souligne « *la rançon de la qualité du service que l'on attend de la profession* » se situant « *dans un courant général à toutes les professions libérales* »¹⁶⁴. C'est donc tout naturellement que le contentieux de la responsabilité qui s'y rattache est fondé sur le déséquilibre des connaissances entre les contractants, l'un professionnel du droit, l'autre profane. L'avocat fort de son savoir juridique en devient responsable, et devient ainsi débiteur

d'y souscrire ou de l'insérer ou tout au moins, en cas d'insistance de son client, de se faire décharger de toute responsabilité après lui avoir donné toutes les explications et tous les avertissements indispensables à sa prise de responsabilité consciente et éclairée »

158Civ 2 avril 1872, D. 1872, 1, p.363

159Civ 1ere 19 décembre 2006, JurisData n°2006-036607; LPA 15 mai 2007, p. 19, note PERRUCHOT-TRIBOULET (V)

160Civ 1ere 24 mars 1987, 85-11.576

161CA 1ère ch 09-02992 10 février 2010 « *Au titre de son devoir de conseil, l'avocat doit donner des avis qui reposent sur des éléments de droit et de fait vérifiés en assortissant ses conseils de réserves qu'il estime ne pas être en possession d'éléments suffisants d'appréciation et en attirant l'attention de son clients sur les risques de la stratégie envisagée. Lorsqu'il est l'unique rédacteur d'un acte, l'avocat est tenu de veiller à assurer l'équilibre de l'ensemble des intérêts en présence et de prendre l'initiative de conseiller toutes les parties à la convention sur la portée des engagements souscrits .Il doit s'assurer de l'efficacité des actes qu'il rédige ,aviser chaque partie de ses droits et obligations , les mettre en garde contre les risques prévisibles ,notamment en matière fiscale, consécutifs à la rédaction de son acte et proposer le cas échéant des mesures de nature à garantir les intérêts de chacune d'elles » - Article 7.2 du RIN*

162Civ 1ere 29 avril 1997, 94-21217 Bull. civ. I, n° 132

163Civ 1ere 14 mai 2009, 08-15899 Bull. civ I, n° 92

164MARTIN (R) « *Droit de la profession d'avocat* » JCP 1998, I, 115, n°18 ; JCP 1999, I, 126, n°13, cité notamment in JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, fasc.330, n°4

d'une obligation d'information et plus largement de conseil, dont les contours ont été délimités par une abondante jurisprudence, apportant pour chaque profession des précisions de plus en plus nombreuses.

36. L'expansion des litiges qui en découlent a plusieurs impacts et ce à différents niveaux. En premier lieu, cela permet au juge de fixer au fur et à mesure du contentieux les contours de ce domaine de responsabilité, les règles y afférant en deviennent donc plus précises, ce qui est salutaire. Cela favorise également pour le professionnel l'apparition de moyens de prévention pour faire face à d'éventuelles difficultés. Les simples notions de précaution et de diligence commandées par le bon sens sont déjà de bonnes armes pour se prémunir contre un client difficile. Malheureusement, les impératifs les plus simples et les plus logiques sont parfois délaissés. Le juge est présent pour y remédier et rappeler si nécessaire les qualités naturelles que l'avocat débutant ou aguerri, doit toujours observer. Si le magistrat œuvre de la sorte, c'est bien malencontreusement parce qu'il a été saisi, et que la machine judiciaire a été activée contre le professionnel. Enfin le justiciable plus éclairé sur ce qu'il est en droit d'attendre de la part de son avocat, peut davantage oser se lancer dans une procédure, fort d'une assistance spécifique d'une part, mais surtout assuré que toute erreur manifeste provenant du professionnel sera garantie par le jeu de la responsabilité. Le contentieux peut également concerner la remise en cause de conventions d'honoraires, pourtant signées donc acceptées préalablement par le client, mais ce thème est à part et ne sera pas traité dans cette étude.

37. Ce nouveau profil de la responsabilité professionnelle n'est dans le fond que le résultat du développement inévitable de la « matière première » que constitue le droit, que ce soit à l'échelle nationale ou européenne. Il est aussi la conséquence de l'expansion du champ d'activité de l'avocat, qui ne se contente plus d'être un simple défenseur-plaideur. Il ne s'agit que d'une relation de cause à effet. Plus les pouvoirs et capacités s'accroissent, plus la responsabilité mise en œuvre sera forte. Une avocate¹⁶⁵ s'est exprimée sur un autre aspect conséquentiel de l'évolution grandissante de la responsabilité en dénonçant un esprit de concurrence bien particulier, celui consistant pour un avocat à multiplier à son actif les cas de procès contre ses confrères. En d'autres termes, le nombre croissant de cas de responsabilité professionnelle portés devant la justice, engendrerait l'appétit de certains avocats à se faire les

¹⁶⁵Danielle Moos, avocate au Barreau de Bobigny dénonce «... *le concours, à la fois inattendu et choquant, de quelques confrères en manque de clientèle et victimes de la rareté de dossiers qui n'hésitent plus à fouler aux pieds la déontologie ...en endossant les griefs souvent infondés de clients indécents et en leur donnant un habillage juridique spécieux.* » Extrait tiré d'un article sur <http://www.lemondedudroit.fr> paru en date du 1^{er} mars 2012 .

défenseurs de justiciables lésés par des avocats négligents. Avant toute chose il convient de rappeler que dans ce cadre de figure le plaideur agit au nom de ses clients, l'avocat ne bénéficiant d'aucune immunité contre le droit, il est un justiciable comme les autres. Ce principe de base demeure et ne saurait souffrir d'exceptions. Si l'avocat a dans le cadre de ses missions commis des fautes, il doit y faire face, et a par ailleurs le droit de faire valoir ses droits en faisant à son tour appel à un conseil, à l'instar du demandeur agissant contre lui. Logique parallèle et similaire, un avocat qui agira contre un de ses confrères ne fera que son métier. Cela reste une option, car de tels recours peuvent se faire sans assistance. Il n'a pas été consacré en obligation pour un profane, de se rapprocher absolument d'un avocat pour agir contre un autre. La comparaison de compétences détenues par un avocat et un non initié au droit étant forcément déséquilibrée, l'obligation d'assistance dans ce cas précis, si elle existait, n'aurait donc rien de choquant. Le justiciable peut se défendre seul s'il le souhaite, tout comme le professionnel peut être son propre défenseur, mais dans ce cas il est prié de retirer sa robe lors des débats. Il n'y a rien d'indigne ni déloyal à prendre en charge un dossier à l'encontre d'un confrère, la courtoisie restant de mise. Il serait par contre tout à fait inacceptable de s'y refuser par pur corporatisme voire veulerie. De tels litiges ne concourent absolument pas de façon directe à l'expansion des cas de mise en cause de responsabilité. Si ce contentieux existe, ça n'est que dans la mesure où l'avocat derrière sa robe est un citoyen ordinaire, doublé d'un professionnel qui comme les autres, est soumis à des impératifs qu'il doit respecter sous peine de devoir répondre de ses manquements. A l'opposé ce qui pourrait être craint, serait plutôt toute logique se dressant systématiquement contre l'idée selon laquelle un professionnel qui plus est du droit, peut voir sa responsabilité engagée. Comme dit précédemment, si les cas se multiplient cela n'est qu'en contrepartie de l'augmentation des capacités et de la diversité des missions de l'avocat. I

38. Par ailleurs, les cas de responsabilité peuvent aller au-delà du cadre de la simple relation entre le client et son avocat. Ainsi, la collaboration entre différents professionnels de droit, tels que notaires, experts comptables, huissier de justice, amène également des professionnels mis en cause à faire état des négligences de leurs confrères afin d'amoinrir leur propre tort¹⁶⁶. Dans le cadre de l'hypothèse de collaboration, la pluralité de sujet inclut potentiellement une responsabilité partagée, mais sans que soit exclu pour autant le cas d'une faute unique. Autant de situations et de cas variés qui amènent de plus en plus à mettre en marche le mécanisme de la responsabilité professionnelle de l'avocat que celui-ci soit condamné ou non, mais qui concourent à la multiplication des litiges traités. Il existe un très grand nombre de décisions relatives aux obligations professionnelles en général. Elles

166 Voir Section 2, Paragraphe I - Exonération et partage de responsabilité, p 198 et suivant

constituent un apport conséquent ou s' y distingue des vertus professionnelles multiples ; les professionnels du droit étant tenus (à minima) d'un devoir général de loyauté, de prudence et de diligence¹⁶⁷

39. Constaté puis défini la responsabilité d'un professionnel qui manie la loi, c'était se heurter à plusieurs vérités gênantes. Comme énoncé à titre introductif, l'avocat est davantage connu pour avoir été longtemps considéré comme irresponsable dans le cadre de ses activités, car non investi d'une mission de représentation ; ce qui l'opposait à l'avoué ; ainsi qu' au nom de son immunité judiciaire - hormis en cas de faute lourde assimilée au dol ou d'erreur grossière dans l'octroi de conseils juridiques -. De plus, une idée subsiste encore selon laquelle existerait un parallèle entre l'avocat considéré comme privilégié (au sens « moderne »¹⁶⁸), et les privilèges tels qu'ils existaient sous l'Ancien régime. Ce double amalgame sans être totalement erroné, n'est pas une réalité non plus. Selon CARBASSE le terme privilège tel que conçu du XIIème siècle jusqu'à la Révolution désignait la *privata lex* ou loi privée. Celle-ci est la loi particulière d'un groupe que définit soit la fonction propre qui est la sienne dans la société, soit son implantation territoriale¹⁶⁹. Ces groupes comprennent les ordres noble et ecclésiastique, les communautés de métiers, les monastères, les universités... et constituent des corps, personnes juridiques, dotées d'un statut particulier désigné par le terme privilège. Force est de constater que l'avocat du XXIème siècle reste concerné par cette définition qui tend à exposer un type d'organisation, puisqu'il fait partie d'un corps de métier spécifique. Il dispose donc bien d'un privilège à ce titre. SZRAMKIEWIZ et BOUINEAU précisent que les privilèges peuvent revêtir diverses formes et les classent en trois catégories : les privilèges judiciaires, comme celui octroyé aux ecclésiastiques ne pouvant être jugés que par les tribunaux de l'Eglise, les privilèges fiscaux, ainsi que les droits féodaux et seigneuriaux¹⁷⁰. A ceux-ci s'ajoutent les privilèges de corporation dont le monopole d'activité dans « l'aire d'influence de celui qui le leur accorde »¹⁷¹. L'avocat fait indéniablement partie de cette dernière catégorie, se trouvant ainsi mêlé aux premiers dont la place au sein de la société a été remise en cause lors de la Révolution : il est ainsi perçu comme étant à part car appartenant à la haute sphère de la société telle qu'elle était initialement conçue (les nobles, voire le clergé puisque les tous premiers avocats étaient des

167 Journée sur l'acte d'avocat du 5 mai 2011 « *De la responsabilité, une évolution déontologique* » <http://www.cercle-du-barreau.org/media/02/00/725038705.pdf>, p 8

168 Extrait de définition du dictionnaire en ligne Littré « *Avantage accordé à un seul ou à plusieurs, et dont on jouit à l'exclusion des autres, contre le droit commun* » in <http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/privilège>

169 CARBASSE (J-M) « *Introduction historique au droit* » PUF, Droit fondamental 1998 n°64

170 SZRAMKIEWIZ (R) – BOUINEAU (J) « *Histoire des institutions 1750-1914, Droit et société en France de la fin de l'Ancien Régime à la première guerre mondiale* » Litec 2ème édition 1989 n°36

171 MORET - BAILLY (J) « *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 p 391

clercs). Sa place n'en paraît que plus désuète, infondée, comme s'il se trouvait hors du temps. Cette marginalisation se concrétise d'autant plus du fait de la mise en place de règles spécifiques : la déontologie. Or, si les privilèges ont depuis longtemps été abolis, la déontologie persiste et tient une grande place dans la profession. Elle constituerait ainsi les vestiges de privilèges tels que rejetés au nom de l'égalité. Cette idée est d'ailleurs entretenue par certains auteurs, notamment CAUSIN pour qui « *la déontologie devient un concept qualificateur destiné non plus à établir un ordre juridique professionnel en marge de l'ordre juridique étatique, mais à instituer un droit d'exception dans le système juridique* ». D'ailleurs, poursuit-il, la déontologie se manifeste dans les groupes professionnels qui jouissent ou cherchent à jouir d'un certain prestige social. Voilà pourquoi depuis les années 1970, les codes de déontologie apparaissent dans les milieux qui pour augmenter leur prestige ou leur légitimité cherchent à se donner une image non mercantile¹⁷². Ce constat nuit fortement à l'image de l'avocat, il rejoint quelque peu l'analyse de KARPIK sur la relation ambiguë existante entre l'avocat le prestige et l'argent¹⁷³. Ainsi s'est construite l'idée de l'avocat nanti, héritier de privilèges ancestraux aujourd'hui illégitimes.

40. Revenir sur des pratiques séculaires comme sur des préjugés bien ancrés n'est pas chose aisée. Pourtant, une fois admis que l'avocat est un homme comme les autres pouvant de surcroît commettre des erreurs malgré sa qualité de technicien du droit, l'hypothèse de le soumettre si nécessaire à une action en responsabilité ne relève plus de l'impossible ni du tabou. Les premiers efforts constatés concernent plutôt une responsabilité professionnelle certes, mais à caractère disciplinaire. Les fautes commises sont donc appréciées par des pairs, sur la base de textes spéciaux à défaut de législation ou règlement en général, comme si d'une part l'idée de juger un avocat par des instances ordinaires répugnait, et que soumettre l'avocat à la loi était une antonymie.

41. Toute la question sous-jacente à cette étude, est de savoir si l'avocat en tant que professionnel qui plus est professionnel de droit, est réellement un citoyen comme les autres ayant à rendre compte de ses agissements, ou si au contraire il bénéficie d'un sort particulier, à l'instar par exemple des immunités politiques. La responsabilité de l'avocat est elle une menace, ou la simple expression des devoirs de l'avocat, soit une charge ? C'est l'évolution de la profession, observable à travers le cumul des fonctions de plaideur de conseil et d'avoué, autrefois partagées entre trois professionnels distincts, qui a entraîné l'irrévocable mais

172CAUSIN (E) in ARNAUD (A-J) « *Dictionnaire Encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* » LGDJ 2eme édition 1993 p 175

173KARPIK (L) « *Les avocats, entre l'Etat, le public et le marché XIIIe – XXe siècle* », Bibliothèque des sciences humaines, NRF édition. Gallimard, § sur « L'autorité professionnelle

indispensable mise en place d'un système de jeu de responsabilité civile à part entière. Les discussions autour du concept de la responsabilité civile de l'avocat ont été pléthores et ont opposé bien des auteurs¹⁷⁴, ces derniers recherchant la nature exacte de la responsabilité civile de l'avocat, et souhaitant dégager un type de contrat idéal sur lequel elle pourrait s'exprimer tout en valorisant le lien de confiance établi entre l'avocat et son client. En effet, le législateur napoléonien n'a fait que de rares mentions dans les articles du Code civil dédiés aux professionnels. ; professionnels particuliers bien sûr, puisque ceux relevant de la fonction publique ne seront pas concernés par le Code civil, expression du droit privé. Seul le louage d'ouvrage fut consacré pour les professions libérales, mais la réglementation de celui-ci se montra vite insuffisante. C'est de là qu'apparaissent les insuffisances des règles édictées. Le constat est donc le suivant, aucun régime propre aux professionnels n'existe, et la seule assise envisageable n'est finalement pas adéquate. L'avocat n'échappe pas à ce phénomène, il est un des nombreux concernés par le vide juridique. Voilà pourquoi selon SAVATIER, la profession est entrée dans le droit sur le terrain des faits¹⁷⁵, aidée notamment par des règles juridiques destinées aux professionnels, mises en place par des organisations ou siègent leurs pairs, puis par l'intervention de l'Etat.

L'existence d'une profession démontre son utilité à la société, or il est reconnu que l'avocat est indispensable à toute société démocratique, car il « veille au respect de l'Etat de droit et aux intérêts de ceux dont il défend les droits et libertés »¹⁷⁶. Ce constat est souligné par BADINTER, à travers la « conventionnalisation ou l'eupéanisation des droits de l'Homme » du fait de la possibilité pour le justiciable d'effectuer un recours individuel devant CEDH, mais aussi grâce à la « constitutionnalisation » des droits, puisque la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) peut être portée par les avocats devant les juridictions nationales¹⁷⁷. Ainsi, les avocats sont présents dans la défense des justes causes et font rayonner les droits de l'Homme à travers le monde, voilà pourquoi en échange du bien que le professionnel réalise pour la communauté, et pour l'aider dans cette noble tâche, celle-ci lui octroie des droits à l'image du caractère spécifique de sa mission. Selon ces considérations, le droit commun ne peut s'appliquer, et émergera nécessairement un droit spécial, un droit dédié aux professionnels, in fine à l'avocat. Inéluctablement apparaissent à côté de ces « privilèges¹⁷⁸ », des règles ou plutôt des devoirs incombant au professionnel, certes pour garantir l'effectivité

174AVRIL (Y) « Responsabilité de l'avocat »

175SAVATIER (J) « La profession libérale » Thèse 1946 Poitiers, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence

176Extraits du site de l'Ordre des avocats de Quimper <http://www.avocats-quimper.fr/qui-sommes-nous.html>

177BADINTER (R) Propos recueillis lors de la Convention nationale des avocats in www.village-justice.com/articles/Avocat-acteur-democratie,18088.html, 31 octobre 2014

178L'irresponsabilité pénale dans le cadre de l'immunité judiciaire compte parmi ces « privilèges ». Voir Chapitre 2 , section 1.

de sa mission, mais aussi à titre de garde-fou. Les avantages accordés ne le sont qu'au titre de l'utilité sociale de la profession, non sur des considérations personnelles, de sorte que l'égalité devant la loi n'est pas rompue¹⁷⁹. Ces droits assortis de devoirs lentement mis en place, sont donc légitimes et permettent l'équilibre dans l'exercice de la profession ; c'est pourquoi, le droit positif permet de donner une réponse immédiate et satisfaisante en cas de litige, dont les professionnels semblent eux aussi s'accommoder. Le vide juridique d'origine a donc pu être comblé. Il n'y a pas d'urgente et impérieuse nécessité à légiférer sur ce sujet précisément. De plus, la notion de responsabilité au nom de la confiance est déjà existante, puisqu'il est admis sans grande difficulté que dans le cadre d'une relation contractuelle, les parties ont suffisamment confiance entre elles pour créer une situation assortie d'effets juridiques obligatoires et réciproques. L'interdépendance naissant d'un contrat ne pouvant se faire que dans un climat bienveillant de certitude et de foi en l'autre, la nature contractuelle de la relation entre le professionnel et le justiciable s'est donc révélée. Par ailleurs, le recours aux diverses missions qu'exerce l'avocat a permis d'établir un régime de responsabilité plus spécifique.

L'activité du professionnel a une influence certaine sur le régime de responsabilité (Titre 1) par ce moyen peut ainsi s'exercer sa responsabilité civil en cas de litiges (Titre 2)

179SAVATIER (J)« *Le droit professionnel était par tradition destiné à assurer l'exercice régulier et honnête de la profession* » extrait Thèse « *La profession libérale* » p 17

TITRE I

LA RESPONSABILITE CIVILE DE L'AVOCAT OU L'INFLUENCE DES MISSIONS DE LA PROFESSION EN LA MATIERE

42. S'agissant de la responsabilité civile d'un avocat dans le cadre de ses fonctions, point d'évocations directes ou littérales consacrées dans un texte. Ça n'est que par le truchement de l'obligation d'assurance¹⁸⁰ qu'il est possible de déduire l'existence d'une responsabilité civile, comme résultant des fautes ou négligences commises lors de l'exercice de la profession. Si fixer la nature de la responsabilité civile de l'avocat dans sa relation avec ses clients fut un vaste chantier, en revanche s'agissant de son fondement, c'est simplement l'étude du passé de la profession et des obligations incombant à l'avocat qui apportent des réponses. En effet, le véritable fondement de la responsabilité civile professionnelle doit être recherché ailleurs¹⁸¹. « *Notre responsabilité est d'abord déontologique* » confirmait Pierre BERGER dans son rapport au CNB¹⁸². Au surplus, si la matière a pu être mise à jour puis s'enrichir, c'est notamment grâce à une abondante jurisprudence.

L'étude de la responsabilité civile de l'avocat passe nécessairement par l'analyse de son fondement et de sa nature (chapitre 1) et exige tout autant que soit soulignée l'influence des missions exercées par le professionnel sur sa responsabilité civile (chapitre 2)

180Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques en son article 27 al 1 : « *Il doit être justifié, soit par le Barreau, soit collectivement ou personnellement par les avocats, soit à la fois par le Barreau et par les avocats, d'une assurance garantissant la responsabilité civile professionnelle de chaque avocat membre du Barreau, en raison des négligences et fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions* »

181LE TOURNEAU (Ph) « *La responsabilité civile professionnelle* » Dalloz référence 2008-2009 n°806

182Acte d'avocat Cadre Déontologique CNB AG 24 septembre 2010 in « *Responsabilité de l'avocat* » MI-CHAUD (P) Assemblée Nationale, 5 mai 2011 p 8, www.cercle-du-barreau.org/media/02/00/725038705.pdf

CHAPITRE I - FONDEMENT ET NATURE DE LA RESPONSABILITE CIVILE

43. La responsabilité civile héritage du droit romain, a pour utilité de réparer les dommages causés par le non respect d'une obligation ou d'un devoir. Ceux ci pouvant résulter de la loi comme d'un contrat légalement formé, les conventions tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites, selon l'article 1134 al du Code civil¹⁸³. Traditionnellement, en dépit de quelques controverses ayant fleuri en début du XXe siècle sur l'unité ou la dualité de la responsabilité en général, le droit positif admet concernant la responsabilité civile, l'existence de deux branches distinctes. Se discernent en effet la responsabilité contractuelle née d'une inexécution fautive dans le cadre d'un contrat, puis la responsabilité délictuelle sanctionnant des obligations pour leur part non issues d'un accord. A ce sujet, Patrick MICHAUD avocat, affirmait en 2011 : « *les racines profondes de notre responsabilité viennent de nos missions, notamment celle d'être un des gardiens du curseur de libertés tant individuelles que collectives et d'être revenu ce protecteur légal tant au niveau judiciaire qu'au niveau juridique* »¹⁸⁴.

C'était sans conteste rappeler le caractère particulier de la profession, mais pour autant, l'avocat est concerné par le diptyque énoncé :il dépend du régime de responsabilité civile de droit commun, échappant ainsi à un régime spécifique (S1). Il reste donc soumis aux qualifications habituelles pour que sa responsabilité civile puisse être engagée (S2)

183AYNES (L) « *Le contrat, loi des parties* » Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 Dossier : Loi et contrat mars 2005

184Extrait « *De la responsabilité : une évolution déontologique ?* » Institut Maurice Garçon, Tribune sur l'acte d'avocat, 5 mai 2011 in <http://institutmauricegarcon.blog.blogspot-business.com>

Section I - L' ABSENCE D'UN REGIME SPECIFIQUE

En dépit d'un fondement original, issu de la déontologie (§1) la responsabilité civile de l'avocat fait communément application du double régime de responsabilité civile (§2)

Paragraphe I – Le fondement de la responsabilité civile de l'avocat

L'Histoire de la profession fait apparaître que la déontologie et a fortiori la responsabilité disciplinaire préexistent à toute forme de responsabilité civile. Ceci amène au constat selon lequel la déontologie est un véritable préalable à la responsabilité civile (A) permettant par la suite de fonder le devoir de conseil (B)

A - La déontologie comme préalable à la responsabilité civile

Il convient au préalable de définir ce qu'est la déontologie (1) pour vérifier son impact en matière de responsabilité civile (2)

1 - Définition et rôle de la déontologie

44. L'étude étymologique du terme renvoie aux notions de « *convenable ou déon-tos* » et de « *connaissance ou logos* »¹⁸⁵. Plus précisément, le terme de déontologie apparaît pour la première fois dans le Littré en 1874 , suite à un article intitulé « la science sociale et la philosophie anglaise » par le philosophe JANET. Le terme est défini comme la « *science des devoirs* »¹⁸⁶, mais cette définition par recours au devoir teinté de moral, était détestée de Bentham¹⁸⁷, créateur de la matière¹⁸⁸. Celui ci préférerait se baser sur l'idée de conscience individuelle passant par la connaissance de ce qui est juste et convenable¹⁸⁹. Pourtant la notion comme renvoyant aux devoirs est largement retenue aujourd'hui, dans la mesure ou l'écart entre la création benthamienne et la déontologie actuelle, « *procède du passage d'une notion*

185MORET-BAILLY « *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 p 20

186Définition issue du dictionnaire en ligne Littré : <http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/deontologie>

187BENTHAM (J) « *le mot est dérivé de deux autre mots grecs : ce qui est convenable et connaissance, soit la connaissance de ce qui est juste ou convenable* » Quant au devoir, « *il faut que ce mot soit banni du vocabulaire de la morale* » extrait de « *Déontologie ou la science de la morale* » in BRIGANT (J-P)« *Contribution à l'étude de la probité* » Presse universitaire Aix-Marseille p 43

188Selon le vocabulaire philosophique d'André LALANDE, le terme a été crée par BENTHAM, en témoigne un ouvrage posthume paru en 1834 nommé « *Deontology or the science of morality* » in colloque « *Déontologie quel avenir ?* » ALBIGES (C) –HUGON (C), et autres auteurs collectifs, LAMY Axe Droit 2010

189CAUSIN (E) in MORET-BAILLY « *Les déontologies* » précité p 20

philosophique en réalités juridiques à une notion pratique ou le devoir est désormais au cœur de la matière »¹⁹⁰. Elle remplirait ainsi le rôle de morale utilitaire. Cumulant toutes ces informations, la déontologie serait donc « *la science traitant des devoirs que crée pour un individu l'existence d'une certaine profession.* »¹⁹¹. Plus précisément la doctrine la définit comme « *l'ensemble des règles de conduite, quelles que soient leurs formes, applicables à une catégorie de professionnels libéraux, que la communauté professionnelle concernée reconnaît comme nécessaire pour garantir que l'activité professionnelle sera exercée conformément à l'intérêt général et dans des conditions de nature à préserver l'intégrité de l'image de la profession* »¹⁹². Si la déontologie au sens moderne assume une fonction sociale semblable à ce à quoi aspirait BENTHAM, le domaine concerné se limitant au monde professionnel apparaît en revanche plus restreint par rapport au concept tel qu'intellectuellement pensé par l'auteur. En effet, la déontologie est désormais monopolisée par le droit professionnel¹⁹³.

45. La matière se caractérise par sa généralité dans la mesure où elle concerne toutes sortes de profession, alléguation soutenue par le doyen CARBONNIER pour qui « *à chacun sa profession, à chacun sa déontologie* »¹⁹⁴. De fait, la déontologie est le fruit des professionnels concernés, elle n'est pas établie par des intervenants extérieurs, du moins non spécialisés en la matière, comme c'est le cas pour l'édition de la loi. En effet précise BENTHAM, la déontologie est une « *morale utilitaire qui sert à limiter la réglementation juridique.* » : dès lors l'Etat semble tenu de se tenir à l'écart¹⁹⁵, le but étant que le contenu des règles établies soit concret, adapté au mieux aux situations ciblées. La déontologie constitue ainsi un véritable instrument de structuration d'une profession sous forme d'autorégulation, elle est le « *substratum axiologique d'une activité dont elle est entièrement tributaire* »¹⁹⁶, et apparaît lorsque l'activité concernée « *a une forte dimension morale* » selon REVET¹⁹⁷.

46. S'agissant plus précisément de la profession d'avocat, les « *règles et usages du Barreau* » étaient évoqués avant que le terme de déontologie ne fasse son apparition. C'est

190MORET-BAILLY « *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 p 26

191BUFFELAN « *Etude de la déontologie comparée dans les professions organisées en ordre* » JCP G 1962 Doctr 1965

192BEIGNIER (B) - BLANCHARD (B) – VILLACÈQUE (J) « *Droit et déontologie de la profession d'avocat* » Gazette du palais, LGDJ 2008 p 59 et 60

193SAVATIER (R) : Déontologie, in « *Encyclopaedia Universalis* » corpus 7, 188-191

194ALBIGES (C) –HUGON (C) Extraits du colloque « *Déontologie quel avenir ?* » LAMY Axe Droit 2010 précité p 212

195JACQUES (Ph) « *Vers un droit commun disciplinaire* » Collection Droit Publication Universitaire Saint de Etienne 2007 p 191

196Extrait du colloque précité p 210

197Extrait du colloque précité p 208

ainsi que du XVIIe à la fin du XIXe siècle, les avocats n'ont connu aucune déontologie au sens moderne, ils se reposaient uniquement sur le contenu de quelques textes écrits¹⁹⁸ mais surtout d'usages, le tout fortement emprunt de moral. Ces derniers renvoyaient à des traditions orales, qui se sont révélées au fur et à mesure du temps insuffisantes pour régir la profession ; la proximité entre le droit et la morale était d'autant plus flagrante¹⁹⁹. Le passage à une « science » particulière, une déontologie, signe un renouveau dans son organisation. C'est en effet le glissement de l'avocat apparenté au chanoine qui exerce un ministère et s'inspirant de la spiritualité chrétienne, vers « *le professionnel technicien, prestataire de service* »²⁰⁰, ayant un métier dorénavant laïcisé qui appelle à ces modifications. Ainsi, la référence à la déontologie apparaît pour la première fois dans la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 en son article 53²⁰¹, le terme est donc tardif. C'est précisément durant le XIXe siècle que la matière s'est principalement installée, enrichissant de valeurs nouvelles la déontologie de la profession, néanmoins certains préceptes existaient déjà bien avant tel que l'honneur²⁰². En effet, la défense étant historiquement le pôle central du métier, la déontologie s'est élaborée en fonction de cette activité pour assurer indépendance et intégrité aux avocats. Ceci s'est traduit par l'existence de règles strictes sous formes d'usages, telles que l'interdiction d'aller chez le client, celle de prospecter ou encore de solliciter des honoraires, celles-ci devant représenter le témoignage de la reconnaissance spontanée du client, comme au temps de Cicéron. Ceci était bel et bien commandé au nom de l'honneur. Ces principes et valeurs n'ont pas totalement disparu en dépit de la modernisation énoncée. Il y a une véritable continuité entre les usages professionnels tels qu'ils étaient et la déontologie telle que connue à présent. Selon REVET, il existe (toujours) « *une trilogie planant autour de la notion : morale-comportement- corporation* »²⁰³. Au demeurant, l'utilisation première du terme « usages », montre la vocation essentiellement pratique de la déontologie, visant à ordonner un comportement sain » un modèle de nature à fonder la confiance, qui est la base et un fondamental de la relation client professionnel.

198« *Le dialogue des avocats* » de Loisel en 1602, « *Les règles pour former un avocat* » de Merville en 1740, ou encore les « *Lettres sur la profession d'avocat* » de Camus en 1787. La première synthèse d'une déontologie apparaît en 1888 grâce à Cresson, puis début XXe les ouvrages de Payen, Appleton, Crémieux et Hamelin

199CORNU (G) Extraits de la Bible « *je ferai de la droiture une règle et de la justice un niveau* » « *Le visible et l'invisible* » in MORET-BAILLY (J) « *Les déontologies* » Presse Universitaire d'Aix Marseille Ed 2001« p 9

200SAVATIER (R) « *Les contrats de conseil professionnel en droit privé* » D 1972 p 137

201En dépit des différentes réformes, le texte actuel comporte toujours la référence initiale à la déontologie : article 53,2° *Dans le respect de l'indépendance de l'avocat, de l'autonomie des conseils de l'ordre et du caractère libéral de la profession, des décrets en Conseil d'Etat fixent les conditions d'application du présent titre... les règles de déontologie ainsi que la procédure et les sanctions disciplinaires* »

202ALBIGES (C) –HUGON (C) Extraits du colloque « *Déontologie quel avenir ?* » LAMY Axe Droit 2010, propos généraux

203REJET (T) in ALBIGES (C) –HUGON (C) Extraits du colloque « *Déontologie quel avenir ?* » LAMY Axe Droit 2010 précité. P

47. La jurisprudence rappelle également cette exigence, précisant que l'avocat requiert « une probité parfaite, une pratique professionnelle irréprochable et une vie privée empreinte de dignité ²⁰⁴», « Cette dignité obligeant à une élégance et un maintien censé refléter une rectitude morale »²⁰⁵. Un des signes les plus marquants de cet attachement constant aux valeurs de la profession est le serment, permettant de faire prendre conscience aux futurs avocats la portée des principes afférant à leur profession, et de l'ampleur des règles de déontologie auxquelles ils se soumettent. Le principe de non intéressement précédemment évoqué et nécessairement respecté par l'avocat persiste encore de nos jours, même s'il a subi des mutations²⁰⁶, dans la mesure où oeuvrer comme avocat est un service - non un commerce obéissant à la soif de pouvoir ou d'enrichissement, « les vertus se perdant dans l'intérêt, comme les fleuves dans la mer ²⁰⁷ » - . La déontologie est dès lors un véritable garde fou à toute dérive, une garantie en faveur du justiciable, notamment car elle impose au professionnel des attitudes, des comportements emprunts certes de morale mais aussi d'obligation, d'agissements, commandant une compétence particulière, qui doivent être respectés pour qui veut embrasser la profession.

48. L'essence même des obligations de l'avocat telles qu'elles sont connues aujourd'hui, provient de la déontologie, véritable compilation de règles morales et juridiques régissant la profession. Cette science sert notamment à distinguer l'avocat des autres professions dites de services, car, « sur le marché des avocats, on n'achète pas un service, on recrute un représentant au profit duquel on renonce, partiellement ou complètement, à sa propre capacité de jugement » ²⁰⁸. Ainsi, l'avocat est tenu « d'accomplir dans le respect des règles déontologiques toutes les diligences utiles à la défense des intérêts de son client »²⁰⁹. La déontologie pour l'avocat qui la respecte et s'y soumet a une double conséquence, d'une part elle garantit au justiciable la compétence d'un professionnel intègre, et d'un autre côté elle atteste de la réputation irréprochable de l'avocat qui en a besoin pour conquérir et fidéliser sa clientèle. Il existe bien une « garantie sécurisante attendue de ce professionnel » ²¹⁰, qui par de sa « formation, sa déontologie, son indépendance, au sens de l'absence de toute

204Gaz Pal 20 mai 2009 p 13

205ALBIGES (C) –HUGON (C) Extraits du colloque « Déontologie quel avenir ? » précité

206Le principe ne doit pas être trop exalté, l'avocat tirant de son activité des gains d'argent lui permettant de vivre, c'est plutôt la mission et la façon dont elle est exercée qui permet de jauger le désintéressement, faisant échapper l'avocat à la qualité de commerçant pour qui la notion de désintéressement n'existe pas.

207Citation de LA ROCHEFOUCAULT in colloque « La déontologie, quel avenir ? » ALBIGES (C) –HUGON (C), et autres auteurs collectifs, LAMY Axe Droit 2010 p 111

208KARPIK (L) « Les avocats, entre l'Etat, le public et le marché XIIIe – XXe siècle », Bibliothèque des sciences humaines, NRF éd. Gallimard, § sur « L'autorité professionnelle » p.249 et suivant

209Civ. 1ère 14 mai 2009, n°08-15.899

210CA Aix-en-Provence 27 juin 1984 D 1987, somm p. 104, note BRUNOIS (A)

hiérarchie »²¹¹, est soumis à une responsabilité civile mais aussi éthique.

49. La morale, l'éthique, la déontologie, ont eu incontestablement un rôle régulateur bien particulier pour la profession. Sans disparaître et tout en évoluant, elles ont aussi peu à peu donné naissance à une autre forme de responsabilité, celle nouvelle, adaptée à l'évolution de la société et du droit en 1804 : la responsabilité civile. La déontologie a manifestement précédé la responsabilité civile, ce constat est simple et indiscutable, il suffit de considérer le facteur temps. Par conséquent, il est possible d'affirmer que la responsabilité civile est une sorte de prolongement moderne de la responsabilité sur le plan éthique (désormais appelée responsabilité disciplinaire), certes limitée, mais existante à une époque plus lointaine. Dorénavant, plus que cohabiter l'une à côté de l'autre, ces deux formes de responsabilité vont parfois jusqu'à se confondre. Le décret n°2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat en est une manifestation. Issu du pouvoir réglementaire, bien qu'en accord avec les pratiques de la profession, il démontre que déontologie et règles de droit commun cohabitent, et doivent s'articuler²¹² « *le statut de la profession est ainsi assujéti à la volonté du Gouvernement, bonne ou mauvaise* ». De même le RIN²¹³, fut établi pour réunir des règles disparates élaborées individuellement et localement par les différents Barreaux. Pour AVRIL auteur et praticien²¹⁴, il existe bel et bien des règles inhérentes à la profession faisant figure d'autorité à côté voire au dessus de celles relatives au contrat, ou plus largement celles considérées à la loi. Elles s'imposent et dictent au professionnel les comportements qu'il doit avoir vis à vis de son client. C'est à ce titre que la « *responsabilité professionnelle présente incontestablement une singularité* »²¹⁵, selon Le TOURNEAU, et que la profession influence le régime de responsabilité civile appliqué à l'avocat, car elle est avant tout déontologique²¹⁶.

211CA Aix-en-Provence 27 juin 1984 D 1987, précité

212La légalité du décret du 12 juillet 2005 a été contestée devant le Conseil d'Etat. La profession soutenait que le gouvernement avait empiété sur les compétences dévolues par le législateur aux Barreaux et au Conseil national des Barreaux en méconnaissance des principes généraux gouvernant l'exercice de la profession d'avocat, de ses traditions et des articles 17, 21-1 et 53 de la loi du 31 décembre 1971

213Le RIN ou règlement intérieur national crée en novembre 2005, modifié le 12 juillet 2007

214Civ 1^{ere} 30 octobre 2008 : « *la responsabilité civile ne se mesure plus à la réalité d'un mandat, à celle de quelques contrats nommés, ou à celle d'un devoir d'information et de conseil, mais au respect de la déontologie (...) Il faut donc prendre en considération la prévalence de la déontologie dans la responsabilité civile de l'avocat et notamment dans son fondement* » in AVRIL « *Le fondement de la responsabilité civile de l'avocat* » D. 2009 n°14, p.995

215Le TOURNEAU « *Responsabilité civile professionnelle* » Dalloz référence 2005 2^e édition

216Acte d'avocat Cadre Déontologique CNB AG 24 septembre 2010 précité

2 - L'impact en matière de responsabilité civile

50. Les usages de la profession sur le droit ont une influence certaine, modelant parfois le contenu des obligations légales de l'avocat, dès lors le professionnel est tenu de s'y conformer. Mais ces usages conservent leur valeur exclusive, et s'il sont contraires à la loi il sont « *normalement sans valeur* »²¹⁷, et ne pourront s'appliquer²¹⁸. De plus, l'usage qui régit une profession s'il vaut pour ceux qui la composent, n'est pas réellement accepté par le particulier cocontractant, en d'autres termes le client ; alors que le contenu d'une obligation issue d'un contrat est censé dépendre de la volonté des parties. C'est pourquoi pour TUNC, les usages n'ont pas une « *existence assez normale et assez large pour que les particuliers soient censés en connaître l'existence et en accepter le contenu* »²¹⁹. L'usage devient donc source de droit que s'il n'est repris par la loi ou par la jurisprudence, et ce faisant, les manquements déontologiques sanctionnés par les Ordres des professions réglementées peuvent dans certains cas, être à l'origine d'actions en responsabilité civile. Plus précisément les prescriptions issues de la déontologie trouveront à s'appliquer et auront un impact en droit civil par le truchement du juge ou du législateur qui vont les traduire en obligation de droit commun, et les faire permuter du simple rôle de règles intérieures et propres à une profession à une règle de droit général. De cette façon pour AVRIL la discipline des avocats prend « *un tour renforcé qui va s'imposer davantage aux juges civils* »²²⁰.

51. La déontologie rencontre ainsi le droit commun, mais de cette jonction naît parfois des amalgames qui sont plus particulièrement remarqués en confrontant le traitement des fautes civiles et celui des comportements faisant entorse à la déontologie. En effet, le postulat adopté est l'indépendance entre faute civile et faute disciplinaire²²¹, et ce peu importe la profession considérée. Les connivences telles qu'exposées entre règles civiles et déontologiques n'ont aucun impact sur le régime des fautes, de sorte qu'une faute disciplinaire naît suite à un ou plusieurs manquements aux obligations de nature déontologique. Appliquant ce principe, les

217 TUNC in RIPERT (G) « *Ebauche d'un droit civil professionnel* » Etudes de droit civil à la mémoire de Henri « *Le droit privé français au milieu du XXe siècle* » Vol II LGDJ 1950 p 154

218 Civ 1^{re} 27 janvier 2004 n° 01-12391

219 TUNC in RIPERT (G) « *Ebauche d'un droit civil professionnel* » précité p 154

220 AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » précité Dalloz 2008 p 31

221 Précision de vocabulaire importante : le manquement aux obligations déontologiques peut être constitutif d'une faute disciplinaire, mais pas à titre exclusif, car le champ de la discipline est différent de celui de la déontologie. Ainsi, la répression disciplinaire peut s'exercer sur le fondement de règles extra-déontologiques, conformément au décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat. Ceci car déontologie et discipline ne sont pas à confondre, en effet pour BEIGNER « *il est très abusif de dire que les codes de déontologie sont d'abord des codes de disciplines professionnels. Ils ne le sont qu'à titre adjacent. Tel n'est pas leur rôle principal* » in « Dictionnaire de la culture juridique ».

juges ne pouvaient que trancher en ces termes « *les règles de déontologie (médicale en l'espèce), dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et leur violation ne justifie pas à elle seule l'octroi de dommages et intérêts* »²²² ; les dommages et intérêts traduisant ici la référence à la responsabilité civile. Pourtant la doctrine se positionne a contrario. En effet, selon VINEY, « *la faute civile est la violation d'une norme ou d'un devoir qui s'imposait à l'agent et les dispositions impératives engendrent (...) des devoirs dont la méconnaissance établit la faute civile* »²²³, et pour Le TOURNEAU qui s'illustre en véritable spécialiste de la question de la responsabilité professionnelle, « *la faute est un comportement illicite qui contrevient à un devoir imposé par la loi, par la coutume, ou par une norme générale de comportement* »²²⁴. Cette coïncidence de la faute déontologique et de la faute civile se retrouvait dans la jurisprudence : les juges considérant que l'avocat qui commet un « *manquement à l'honnêteté et à la délicatesse financière* » engage sa responsabilité civile²²⁵ ; solution remettant ainsi en cause la logique initiale présentée, dans la mesure où les notions de délicatesse et d'honnêteté ont directement trait à la déontologie uniquement, excluant le domaine civil. L'incidence du terrain déontologique sur celui de la responsabilité civile apparaît fort malvenu, car les conséquences pour le professionnel sont extrêmement sévères puisque en ressort une double responsabilité. En effet, l'avocat répond déjà des manquements dont il serait l'auteur sur la base de la responsabilité disciplinaire, il n'y a donc pas d'impunité à compenser en se tournant vers le domaine du droit de la responsabilité civile ; d'autant que la sanction de la faute disciplinaire est tournée vers l'amélioration du groupe de professionnels d'un point de vue moral et ne concerne nullement la victime, intéressée pour sa part par les seuls dommages et intérêts qui lui seront alloués à la suite d'une action civile. La déontologie existe et n'a de sens que pour un groupe professionnel donné, la faute civile et plus largement le droit civil ne concerne aucun groupe en particulier, mais touche « *indistinctement tout un chacun, indépendamment de son appartenance à une catégorie professionnelle* »²²⁶. Par conséquent, la nécessité pour les juges de retenir à tout prix une responsabilité de nature civile à côté de celle disciplinaire paraît peu pertinente en droit, et inappropriée du point de vue de l'équité.

222 Civ 1^{ère} 4 mai 1982 D 1983, IR, p 378, obs PENNEAU (J) – Civ 1^{ère} 26 janvier 1982 – CA Versailles 19 janvier 2001 D 2001 p 909 « *la faute civile au sens des articles 1382 et 1383 C.civ est distincte de la faute disciplinaire* » - civ 1^{ère} 27 janvier 2004 Bull civ n°24 : l'irrespect d'une règle déontologique n'est pas la commission nécessaire d'une faute civile.

223 VINEY (G) - JOURDAIN (P) « *Les conditions de la responsabilité* », LGDJ, 2006, 3^{ème} édition., n° 443 et 448

224 Le TOURNEAU (Ph) « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Dalloz, collection Dalloz Action, édition 2010-2011, n° 6705.

225 CA Paris 24 avril 2001 resp civ et assur juin 2002 Hors-série comm n°89 – Aix en Provence 10 mars 1980 p 269

226 CARTON (J-P) « *Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel* » Thèse Lille 1995

52. Récemment, une décision fut rendue concernant un expert comptable mais transposable à l'avocat ou toute autre profession réglementée, selon laquelle la faute déontologique ne constitue plus forcément un acte de concurrence déloyale, et a fortiori une faute civile sur la base de 1382 C.civ²²⁷. Revirement de jurisprudence plutôt bien accueilli, puisqu'à partir de 2001 comme cité plus haut, les juges considéraient que « *les transferts des dossiers de certains clients effectués en méconnaissance des règles déontologiques, suffisaient à établir que de tels agissements étaient constitutifs de concurrence déloyale* »²²⁸. Ils provoquaient ainsi un véritable imbroglio entre un comportement qualifiable de manquement déontologique et une faute civile. En l'espèce il fut reconnu que le transfert de clientèle très critiquable d'un expert comptable bien qu'assimilable à une faute disciplinaire, ne constituait pas un fait suffisant pour caractériser la faute civile et entraîner sa responsabilité. Il était ainsi rappelé que faute civile et disciplinaire ne sont pas automatiquement liées, en dépit d'une décision contraire²²⁹. Le constat de l'une peut donner lieu à l'établissement de l'autre et partant à une double responsabilité, mais ceci n'est pas automatique. C'est une nuance de taille. Il faut garder à l'esprit que le régime de la faute civile et disciplinaire sont distincts. Cette décision fait suite à la logique d'un arrêt rendu deux ans plus tôt, les juges retenant qu'en matière de paiement d'honoraire, la violation de la règle déontologique ne vicie pas l'obligation civile et ainsi ne prohibe pas son recouvrement en justice²³⁰ ; un moyen évoqué pour s'opposer au paiement consistant en l'espèce à établir qu'un manquement déontologique devrait toujours constituer une faute civile. L'indépendance des deux matières était donc réaffirmée, et il était rappelé que faute civile et disciplinaire ne sont pas automatiquement liées.

53. « *Si les déontologies peuvent être prises en compte par le juge civil dans la qualification de fautes civiles, ... ceci doit se faire... sans que cette prise en compte présente le moindre caractère obligatoire* »²³¹. Aussi, le manquement à une règle déontologique ne peut donner lieu à réparation et partant à une responsabilité de nature civile, que s'il présente

227Com 10 septembre 2013 n°1219356

228Com 29 avril 1997 D 97 JCP p459 SERRA (Y) - Com 22 mai 2001, pourvoi n°95-14.909, inédit

229Com 12 juillet 2011 n° 08-20033 : D. 2011 p. 2782, note ROBERT (A) « *un manquement déontologique constitue nécessairement une faute civile* », alors que dans d'autres domaines, la violation d'une règle déontologique n'entraîne aucun effet procédural, ainsi, une décision est venue écarter la nullité d'une procédure de saisie immobilière, les juges admettant que les règles déontologiques, destinées à prévenir les conflits d'intérêts entre l'avocat et ses clients, ne sont pas sanctionnées par la nullité de la procédure. La partie saisie reprochait à l'avocat d'avoir agi au mépris d'un conflit d'intérêt. civ.1ere 3 mars 2011, n° 10-14012 : RTD civ. 2011, p. 366, obs. GAUTIER (P-Y)

230Com 6 décembre 2011, n° 10-30896

231MORET-BAILLY (J) « *Règles déontologiques et fautes civiles* » D. 2002, chron. 2820 - 2824, n°10 à 15.

un lien de causalité avec le dommage invoqué par le client²³². Le fait que l'avocat ait été sanctionné disciplinairement ne suffit pas pour établir que la faute ait causé le dommage²³³. Toute faute disciplinairement n'est pas nécessairement constitutive d'une faute civile²³⁴. Seule la faute civile très légère est source de responsabilité civile, mais elle ne peut engager la responsabilité disciplinairement que si elle atteint un certain degré de gravité. Ce retour à la raison est salubre, mettant fin à une double responsabilité quasi systématique aux conséquences sévères pour le professionnel et de surcroît contraire au principe d'indépendance de fautes. La déontologie a pour avantage de ne pas être un droit clos, elle ne doit pas pour autant entraîner un regain de responsabilité.

54. Dans le cadre d'interdépendance possible entre responsabilité civile et disciplinairement et des fautes s'y rattachant, une décision rendue témoigne de la possibilité pour le juge de faire prévaloir une obligation à caractère disciplinairement sur une obligation civile. Ainsi, « *si l'auxiliaire de justice doit s'acquitter de son obligation d'information de manière complète et objective, il a en déontologie le devoir de déconseiller l'exercice d'une voie de droit vouée à l'échec ou à plus forte raison abusive, de sorte qu'il ne peut être tenu de délivrer une information qui selon les constatations de l'arrêt attaqué aurait eu pour seule justification de permettre au client d'engager un recours abusivement à des fins purement dilatoires* »²³⁵. Ici le juge exprime clairement l'idée selon laquelle l'avocat ne peut se cacher derrière une obligation civile pour méconnaître une règle déontologique. Non qu'il y ait une supériorité entre ces deux, c'est plutôt le bon sens qui a conduit le juge à écarté l'impératif d'ordre civil au profit d'une règle particulière de la profession. De même, l'infraction disciplinairement ne peut entraîner l'irrecevabilité d'un appel²³⁶. En effet, les actions ouvertes au justiciable et découlant de fautes, ne se confondent pas certes, mais ne sauraient non plus être exclusive l'une de l'autre. Ceci témoigne au delà des rapprochements évoqués, de l'indépendance de la justice civile et disciplinairement. C'est pourquoi, « *l'indépendance juridique du plan civil et du plan disciplinairement rend incontestablement possible une différence d'attitude* »²³⁷.

232SLIM (H) « *La responsabilité des avocats* » Etude 432, LAMY Droit de la responsabilité mai 2007 n° 432-18

233Civ 1ere 6 novembre 2001 n°99-10.510 Lamyline

234CA Versailles 25 mars 1981 Gaz Pal 1981 1 jurispr p 369 note DAMIEN (A)

235 Civ 1ere 23 novembre 2004 n°03-16.565 Bull civ I n° 281 D 2005 jur 2857 note MORET-BAILLY

236Civ 2e 2 octobre 2010 n°09-12.978 Bull civ II n°172

237Commentaire sous Civ 1ere 19 mars 1963 obs HEBRAUD et RAYNAUD RTD civ 1963 605 : En l'espèce, un avocat se vit infliger un avertissement par la justice disciplinairement pour communication de correspondances échangées avec un confrère, quand les juges civils acceptèrent ce mode de preuve.

55. Il faut en outre garder à l'esprit que l'action civile a pour fonction finale la réparation d'un préjudice, alors que l'action disciplinaire vise à sanctionner les manquements d'un professionnel, en ce qu'elle s'adresse à son for intérieur. Cette dernière a donc une vocation répressive mais aussi pédagogique. L'existence d'une responsabilité disciplinaire enlève donc tout intérêt à la recherche d'une sanction qui pourrait être établie à travers l'action en responsabilité civile. En outre, même si elle s'apparente au contentieux objectif, l'action disciplinaire s'en distingue en ce qu'elle ne répond que partiellement à la définition posée à l'article 30 du NCPC, selon lequel « *l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention* »²³⁸ ; puisque le client lésé n'est pas partie à l'instance disciplinaire. Ceci sans compter l'obligation de formalisme pour toute instance civile (prendre un conseil si le montant de la demande excède 10 000€)²³⁹, quand l'action disciplinaire est recevable tout simplement en cas de constat d'un manquement constitutif d'une faute, et sans considération pécuniaire.

Tel est le premier constat sur les liens possibles existants entre déontologie et droit civil, et les conséquences qui en découlent. Mais, ce rapprochement entre les deux matières engendre d'autres effets dont un particulièrement essentiel. Il fait naître par référence au devoir de compétence de l'avocat, obligation professionnelle à la base, certains comportements exigibles par le client justiciable qui peut s'en prévaloir devant le juge en cas de conflit.

56. En effet, le devoir de compétence peut servir de base pour constater une faute disciplinaire, ou manquement à la déontologie, ce qui est nullement surprenant puisque son accomplissement concerne pleinement ce qui touche à la vie professionnelle. Mais il faut noter qu'à côté, tout manquement au devoir de compétence, peut entraîner aussi la responsabilité civile de l'avocat. Le lien entre ces deux domaines n'en est que plus flagrant. En effet selon les juges, « *l'avocat a, à l'égard de son client, un devoir de compétence et une obligation de diligence, ainsi, il engage sa responsabilité contractuelle pour n'avoir pas déposé de conclusions et ne pas s'être présenté à l'audience du tribunal* »²⁴⁰. Le professionnel est tenu « *d'accomplir, dans le respect des règles déontologiques, toutes diligences utiles à la défense des intérêts de son client et est investi d'un devoir de compétence, l'avocat, sans que puisse lui être imputé la faute de n'avoir pas anticipé une*

238MARTINEAU – BOUGNIGNAUD (V) « *Droit privé et déontologie* » Thèse La Rochelle p 92

239Article 18 CPC

240CA Paris 27 mars 2008 8ème Ch Section A n°06/07336 JurisData n°2008-363847

*évolution imprévisible du droit positif, se doit de faire valoir une évolution jurisprudentielle acquise dont la transposition ou l'extension à la cause dont il a la charge et qui a des chances sérieuses de la faire prospérer »*²⁴¹. Force est de constater que dans le cadre de cette décision, les juges pour condamner sur le plan civil se sont inspirés d'une motivation relevant de la déontologie. Cette dernière a un véritable impact sur ce qui relève de la matière civile.

La lecture de quelques décisions exposées, montre que la compétence professionnelle, terme plutôt général, englobe d'autres impératifs. Parmi ceux ci se trouve l'obligation de conseil : c'est parce qu'il est compétent, habile à dire le droit, que l'avocat devra informer son client et le conseiller. Or s'agissant de l'avocat, le juge a bien mis à sa charge un devoir de conseil et ce au nom de sa qualité particulière de professionnel.

B - Le devoir de conseil de l'avocat

Le devoir de conseil s'il ne peut être légalement défini doit être déterminé (1) afin de cerner par la suite en quoi il est caractéristique lorsqu'il s'inscrit dans le cadre de l'activité de l'avocat (2)

1 - L'approche du devoir de conseil

57. Le devoir de conseil est rattaché à de nombreuses professions libérales. Il n'est pas l'apanage de l'avocat. En effet, notaires²⁴², huissiers²⁴³ ou encore banquiers²⁴⁴ et agents immobiliers y sont particulièrement soumis, et ce indépendamment de leur statut de collaborateur ou de salarié au sein du groupe où ils pourraient exercer. Distinct de l'activité propre de conseil que l'avocat exerce au même titre que l'assistance et la représentation, le devoir de conseil de l'avocat le suit telle une ombre, à tout moment, pour tous les actes et peu importe la mission envisagée. En résumé l'avocat a le pouvoir sous entendu les compétences pour conseiller dans le cadre de ses missions, mais à côté, il se voit contraint juridiquement de conseiller le client à chaque instant au nom du devoir de conseil, dont l'existence et l'efficacité sont soumises à l'appréciation des juges. Historiquement, parce que le droit des obligations original est fortement teinté d'individualisme, il n'existe à la base aucune obligation d'informer

241Civ 1ere 14 mai 2009 n°08-15.899 Bull civ I JurisData n°2009-048152

242Civ 1ere 17 novembre 1994 Defrénois 1994 p 816

243Civ 1ere 15 décembre 1998 Bull civ I n° 44

244Civ 1ere 27 juin 1995 D 1995 p 621

et conseiller l'autre. Ainsi ignorée de la loi, l'obligation de conseil qui amène celui qui en est débiteur à développer une logique de solidarité, a vu nécessairement son respect assuré et sanctionné par l'intervention du juge. Intervention légitime à cause de l'insuffisance des règles de droit, et pour qu'au nom de l'égalité de droit, et aux inégalités de fait existantes²⁴⁵, les abus soient réprimés. L'éclatement des connaissances et la spécialité des tâches a accentué le recours nécessaire au professionnel, il est donc normal que la confiance qu'inspire ce dernier au profane soit garantie.

58. La jurisprudence a mis à jour cette obligation au XIX^e siècle pour l'avoué²⁴⁶, mais sans la nommer en tant que telle, puis l'a étendue à d'autres professions libérales. En réalité, cette obligation ne tend pas qu'à assurer la protection du co-contractant mais aussi « *celle de la société en éliminant les comportements qui menacent ses intérêts et l'insécurité et la perte de confiance qu'ils peuvent engendrés* »²⁴⁷. Ce n'est donc que progressivement, qu'elle s'est justifiée de manière plus large par le constat du déséquilibre des connaissances entre profane et professionnel²⁴⁸, entraînant par la même son essor au XX^e siècle. Il n'existe cependant aucune définition légale et officielle du devoir de conseil de l'avocat. Un auteur s'y est essayé, considérant le devoir de conseil comme étant « *le devoir d'éclairer les bénéficiaires de conseil sur les conséquences et les dangers d'opérations envisagées, afin de protéger leurs intérêts* »²⁴⁹. Ce vide est quelque peu gênant, car à ériger un concept sous forme de devoir ou d'obligation, ce qui implique un contenu fort²⁵⁰, il serait logique au préalable d'éclairer les esprits sur ce qu'est ce concept par essence. En premier lieu, devoir ou obligation de conseil ? Est-il impératif de différencier ces deux expressions, ou sont-elles équivalentes ? En guise de réponse, il convient de se référer à CARBONNIER qui enseigne que « *le verbe devoir est au cœur de la notion d'obligation* »²⁵¹, tout en reconnaissant que ce verbe « *est plus facilement senti que défini* ». Par ailleurs, l'obligation supposerait un objet précis, tandis que le devoir ne prescrirait qu'un comportement qui se greffe sur l'obligation. Pour KANT²⁵², « *le devoir est*

245Req 6 février 1899 S 1900 I 197 p 558

246Req 24 janvier 1849 D 1849.1.48

247PERRON (X) « *L'obligation de conseil* » Thèse Rennes 1992 p 5

248Selon PERRON précité, la multiplication des connaissances et des services, ne permet plus au contractant type de 1804 de se repérer et s'informer seul, il en découle un appauvrissement du savoir nécessaire à leurs choix de consommateurs. Thèse Renn p 7

249ALEXANDRE (J-J) « *La prestation de conseil juridique en droit français* » Presse universitaire d'Aix Marseille 1992

250Définition extraite du Littré « *Devoir c'est ce qui est dû, ce qui est obligatoire, ce pourquoi on est redevable, tenu* » n°2 et 3 [http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/devoir_\[1\]/22258](http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/devoir_[1]/22258)

251CHAZAL (J-P) « *Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ?* » Article, précité in http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_les_devoirs_contractuels.pdf

252KANT (E) « *Fondements de la Métaphysique des mœurs* » Première section

la nécessité d'accomplir une action par respect pour la loi ». Enfin, POTHIER²⁵³ dans son Traité des obligations, fait état de l'obligation comme un synonyme de devoir. C'est l'usage qui sera fait de ces deux termes, conformément à la pratique des juges.

59. Avant de poursuivre, il est opportun de comparer cette situation à d'autres activités où le professionnel est redevable de conseil ou d'information, afin d'en tirer quelques enseignements. S'agissant du notaire, encore une fois point de définition. La loi du 25 ventôse an XI qui organisa la profession ne fait aucune allusion au devoir de conseil, tout simplement car un tel impératif était plutôt reconnu à l'époque comme une simple obligation morale. Il n'y avait donc semblerait-il nul besoin de légiférer sur ce point. De ce fait part et en l'absence de texte, cette obligation n'est donc que sous-entendue. Les juges se sont emparés de ce néant juridique dès le XIXe siècle pour mettre en place le devoir de conseil, puis l'étendre jusqu'à le consacrer comme étant général et absolu. D'une simple obligation morale, le notaire s'est vu opposer une obligation sanctionnée civilement. C'est sur cette base que la nature du devoir de conseil et d'information de l'avocat fut créée d'une part puis renforcée, permettant une cohérence de traitement entre les deux professions faisant d'ailleurs très souvent l'objet de comparaison. Pour autant, cette première confrontation n'apporte guère d'éléments. Concernant un tout autre domaine, le législateur s'est penché le 4 mars 2002, à travers la loi n°2002-303 relative « aux droits des malades et à la qualité du système de santé » sur le cas du médecin en exigeant l'information des patients. En effet, selon l'article L 1111-2 du Code de la santé publique, « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé ». Le caractère professionnel de l'obligation est souligné dans l'alinéa 2 de l'article, et sans être exhaustif, le législateur a fourni des détails sur ce en quoi devait consister cette information²⁵⁴.

60. L'aspect « brouillon » de cette disposition pourtant modifiée à plusieurs reprises, s'explique par la relativité des connaissances médicales de l'homme de loi. Pourtant de cette base légale imparfaite, la jurisprudence a pu approfondir le contenu de la notion en adéquation avec les règles déontologiques médicales existantes. La logique en découlant commande que tout défaut d'information cause nécessairement au patient un préjudice qui doit

253POTHIER in CHAZAL (J-P) document précité

254« Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser »

obligatoirement être indemnisé²⁵⁵. A noter que l'information due au malade a toujours été reconnue par la Cour de cassation, et ce bien avant le Code de déontologie, et à défaut de loi. Ces quelques lignes concernant l'information médicale suffisent à remarquer que le juge s'est investi d'un pouvoir normatif, en toute hypothèse pour répondre aux besoins des cas qui lui étaient soumis ; en créant l'obligation d'information. Ceci à l'identique du cas de l'avocat. Dans son rapport parlementaire relatif à la loi du 4 mars 2002 précitée, EVIN a souligné que cette jurisprudence était en fait guidée par le souci d'indemniser les victimes, compte tenu de l'absence totale d'un mécanisme d'indemnisation. La loi n'est donc pas à l'origine du devoir d'information du médecin, pas plus que pour les autres professions évoquées. Mais une source commune apparaît : celle du pouvoir prétorien.

61. S'agissant du devoir de conseil de l'avocat, les juges²⁵⁶ pour la première fois saisis sur ce point, se référèrent à une sorte d'obligation accessoire ou implicite d'une convention, exigible du fait des devoirs de diligence et de prudence, traduction de la « *due diligence* » anglo saxonne, et sanctionnée sur la base de l'article 1382 C.civ. L'exigence d'un comportement particulier comme précisé plus haut est donc remplie. La doctrine²⁵⁷ pour sa part, soulignait de façon plus tranchée l'existence d'un réel contrat de conseil professionnel du fait d'un mandat existant entre l'avocat et son client. S'il y a contrat, la présence d'obligation est donc indiscutable, le devoir de conseil viendrait ainsi s'y nicher et puisqu'il est tacite, il n'a donc nul besoin d'être expressément prévu. Au surplus, en présence d'un contrat, il est légitime de s'attendre à ce que les parties agissent avec bonne foi, ainsi DARMASIN souligne que le devoir de conseil dérive de ce principe fondamental²⁵⁸. En 1961, la Cour d'appel d'Aix en Provence précisa « *qu'en vertu d'un mandat ad litem, le rôle de l'avocat qui représente son client est de l'informer de la décision rendue, de l'examiner avec lui, le conseiller dans les délais utiles, et des voies de recours* »²⁵⁹. La jurisprudence confirmait ainsi que la notion de devoir de conseil est bien rattachée à l'existence d'un mandat, soit un contrat, ce qui fait du devoir de conseil une obligation de nature contractuelle. Par la

255Civ 1ere 3 juin 2010, n°09-13.591, JurisData n°2010-007988, JCP G n°28-29 12 juill. 2010, p.1453, note PORCHY-SIMON (S) : « *Vu les articles 16, 16-3 alinéa 2, et 1382 du Code civil : Attendu qu'il résulte des deux premiers alinéas de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation* ».

256Tribunal civil de Strasbourg 9 juillet 1958 Gaz Pal 1958 I p 365

257SAVATIER (R) « *Les contrats de conseil professionnel en droit privé* » D 1972 p 137

258DARMASIN (S) « *Le contrat moral* » LGDJ 2000 p 150

259CA Aix 5 juillet 1961 D 1961 p 593 note CREMIEU

suite, la fusion des professions d'avocat et de conseil effectuée en 1991²⁶⁰, a provoqué l'extension du devoir de conseil. Jusqu'alors, les personnes exerçant l'activité de conseil ne pouvaient le faire en matière civile et pénale, par conséquent le champ de compétence s'est élargi, et à partir de cette réforme l'avocat s'est vu devoir conseiller tant au stade pré-contentieux que contentieux. Depuis lors, il est constaté un durcissement de la jurisprudence, notamment du fait de la protection du consommateur, se situant selon MARTIN dans un courant général à toutes les professions libérales et présenté comme « *la rançon de la qualité du service que l'on attend de la profession* »²⁶¹.

62. La notion de devoir de conseil est initialement pure création prétorienne, à l'instar de celle exigée de la part du notaire. Elle fait partie de ces « *nouveaux rameaux* » dont DEMOGUE²⁶² prophétisait, il y a soixante-dix ans, la naissance. Au mieux il est possible à la lumière de la jurisprudence, de faire état de plus en plus précisément de ce qu'induit un tel devoir. Mais cela revient à considérer les conséquences du devoir de conseil, et non de le déterminer précisément. Dans cette voie certes quelques éléments indispensables à la conception d'une définition apparaissent, mais aucune précision légale, ni même jurisprudentielle ne sont véritablement apportées quant au devoir de conseil et d'information. La doctrine a clarifié quelque peu les choses en distinguant le devoir de conseil de notions proches tels que le renseignement ou l'avis, ces termes ne pouvant être indifféremment évoqués. De plus, en dépit du règne du devoir de conseil, l'obligation d'information et de renseignement ne doivent elles non plus être confondues, et ce même si la jurisprudence ne distingue pas toujours ces notions et motive souvent en énonçant que « *l'avocat est tenu d'une obligation particulière d'information et de conseil vis à vis de son client* »²⁶³.

63. Selon SAVATIER²⁶⁴, un avis n'engage pas celui qui le donne, il est « *l'énoncé d'une opinion sur un point qui peut être étranger à toute décision* », contrairement au devoir de conseil qui concerne une situation précise. Pour sa part, le devoir de conseil impose à son débiteur une charge plus lourde que la simple obligation de renseignement ou de mise en garde²⁶⁵, laquelle vise uniquement à éviter les comportements dangereux et se trouve à mi

260Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques - JORF n°0004 du 5 janvier 1991 page 219

261MARTIN (R) « *Droit de la profession d'avocat* » JCP 1998, I, 115, n°18 ; JCP 1999, I, 126, n°13

262DEMOGUE in CHAZAL (J-P) « *Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ?* » in www.sciencespo.fr

263Civ 1ere 10 juillet 2014, 13.16 – 941 inédit

264SAVATIER (R) « *Les contrats de conseil professionnel en droit privé* » D 1972

265SIMLER (P) « *Contrats et obligations* » Juris Classeur Civil, art. 1136 à 1145, Fasc. 40, n°19

chemin entre renseignement et conseil. Pour FABRE –MAGNAN²⁶⁶, l'obligation de conseil se distingue donc de celle de renseignement par son contenu et son degré. DARMASIN approuve en qualifiant le devoir de conseil comme étant une obligation de renseignement dont l'intensité est plus soutenue²⁶⁷. Le débiteur d'une obligation de conseil devra aller plus loin dans l'information donnée, par rapport à un simple obligation de renseignement. Il devra solliciter des précisions auprès de la personne qu'il conseille²⁶⁸, procéder à des recherches, voire déconseiller. Le renseignement est donc bien plus neutre, par opposition au devoir de conseil, subjectif, qui consistera à éclairer de conseils sur les conséquences et les dangers d'opérations spécifiques envisagées. Cette neutralité n'étant pas suffisamment bienveillante dans un univers contractuel selon CHIREZ²⁶⁹. Ainsi le conseil peut englober renseignement et mise en garde, quand ces deux notions prises individuellement paraissent insatisfaisantes par rapport au contenu qu'offre le conseil.

64. Le professionnel n'est pas nommé comme étant un conseil par hasard, le terme révèle la complexité de sa tâche, en revanche la langue française ignore ce qu'est un « donneur de renseignement » ou un « donneur de mise en garde ». Le conseil représente l'immixtion la plus importante dans les affaires du profane²⁷⁰, qui dispose d'un véritable droit à l'ignorance puisque sa qualité et ses compétences, ne sont plus envisagées pour graduer ou non l'intensité du devoir de conseil²⁷¹. Le conseil a bel et bien quitté la sphère amicale au profit d'un monde professionnel voire marchand, il devient une obligation de plus en plus poussée. Il est à ce titre général, car lié à la profession, et absolu car peu importe la qualité du client, ou la présence d'un autre professionnel au dossier. En effet, selon MONEGER et DEMESTER « *l'avocat devra adopter une attitude constante irréprochable dans l'exécution de son devoir de conseil, quelles que soient la qualité de l'interlocuteur, la présence de tiers professionnels chargés d'une assistance et les circonstances de la cause* »²⁷². Ce devoir est d'une importance telle, que le professionnel ne peut s'en exonérer, même par celui qui reçoit le conseil. Le but du devoir de conseil étant de protéger le néophyte, le guider et l'instruire au mieux de ses intérêts ; puisque « *c'est en se référant au caractère original de la relation professionnelle que l'on peut expliquer l'obligation qui est faite au professionnel de guider l'ignorance du*

266FABRE-MAGAN (M) « *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie* » LGDJ 1992

267DARMAISIN (S) « *Le contrat moral* » LGDJ 2000 p 152

268Civ 3ème 3 février 1981 D 1984 p 457 note GHESTIN – Com 3 décembre 1985 Bull civ IV n° 284

269CHIREZ in PERRON (X) « *L'obligation de conseil* » Thèse Rennes 1992 p 18

270Dès la fin du XVIIe siècle le terme profane désigne l'ignorant, alors que traditionnellement cette notion définit la personne étrangère à la religion. (Littré <http://litre.reverso.net/dictionnaire-francais/definition/profane>)

Il passe ensuite dans le vocabulaire courant pour s'opposer au professionnel.

271Civ 1ère 4 février 2015 n°14-10841

272MONEGER – DEMESTER « *Profession avocat* » Dalloz édition 2001 p 238

client »²⁷³.

65. Enfin selon ALEXANDRE²⁷⁴, l'obligation de conseil est de nature contractuelle car due au nom d'un contrat passé entre le client et le professionnel, alors qu'avis et renseignement se situeraient pour leur part dans la phase pré-contractuelle. De même l'obligation d'information, notion bien connue du droit des contrats²⁷⁵, est sanctionnée au moyen de règles contractuelles sur le fondement des articles 1134 et 1135 C.civ qui se rencontrent surtout dans le domaine des contrats ayant pour objet une prestation de service²⁷⁶, notamment en ce qui concerne les services rendus par les professionnels soumis à un code de déontologie.²⁷⁷ Ainsi, le devoir de conseil découlant classiquement d'une obligation contractuelle, obligation qui trouve sa source et donc se fonde sur un contrat, il est possible d'avancer l'hypothèse d'une responsabilité civile de nature contractuelle, comme liant l'avocat à son client, basée sur le devoir de conseil ou non. Cette solution a le mérite de souligner la présence d'un contrat. Cependant dans cette logique, la prise en compte du devoir de conseil comme étant un élément prépondérant permettant de caractériser la nature de la responsabilité civile de l'avocat n'est pas satisfaisante, car elle met en second plan ce même élément dit primordial et autosuffisant. La réalité est que le devoir de conseil est découvert une fois la nature contractuelle dégagée, par conséquent le recours direct à celui-ci n'est finalement qu'un moyen détourné permettant de caractériser la responsabilité tel que cela est souhaité par la doctrine, qui il y a quelques années, peinait à qualifier la nature réelle de la responsabilité civile de l'avocat²⁷⁸. Le devoir de conseil n'est qu'un simple intermédiaire car découlant d'une obligation de nature contractuelle préexistante. ALEXANDRE ne le nie pas, et selon AVRIL²⁷⁹, il est nécessaire d'affirmer que « *c'est directement le devoir de conseil qui devra fonder l'idée du caractère spécifique de la responsabilité de l'avocat, sans qu'il y ait besoin d'identifier la présence d'un contrat* ». Le recours direct au devoir de conseil est une fiction, un compromis pour faire disparaître les querelles de doctrine, ce qui au final a

273BOYER (Y) « *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat* » Presses universitaires Aix Marseille 1978

274ALEXANDRE (J-J) « *La prestation de conseil juridique en droit français* » Presse universitaire d'Aix Marseille 1992

275VINEY (G) – JOURDAIN (P) « *Les conditions de la responsabilité* » 2eme édition LGDJ 1998 n°503-511

276TERRE (F) – SIMLER (Ph) – LEQUETTE (Y) « *Droit civil, les obligations* » 7eme édition 1999 n°430

277HAMELIN (J) – DAMIEN (A) « *Les règles de la profession d'avocat* » 10eme édition Dalloz 2000 n°278

278MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* », LexisNexis, 11ème édition 2013, n°443, p.219, Civ. 1ère, 31 janvier 2008, n°04-20.151, Bull. civ. I, n°31, RTD civ. 2008, 442 (responsabilité du notaire) : la doctrine a soutenu tantôt le caractère délictuel de la responsabilité de l'avocat inspirée de celle des notaires – Puis, DELEBECQUE « *Les obligations du mandataire ad litem* », Justices, RGDP, 1997, n°5, p. 57, M. BEHAR-TOUCHAIS (M) « *Rapport français sur la responsabilité des professionnels du droit* », in « *La responsabilité, Aspects nouveaux* », Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées panaméennes, t. L. 1999, n°16, p. 513 : celle contractuelle.

279AVRIL (Y) « *La responsabilité civile de l'avocat* » Thèse précitée 1979

pour conséquence de nier l'origine qui fonde véritablement la responsabilité civile de l'avocat, telle qu'elle existe entre ce dernier et son client. Quant à l'argument selon lequel le devoir de conseil vaut envers les tiers dans le cadre de la rédaction d'acte par exemple, nonobstant l'existence d'un contrat. Il faut tout simplement y voir l'application du principe de la relativité des contrats. C'est la présence du client, partie au contrat, qui occasionne pour le ou les tiers le droit de bénéficier du devoir de conseil et la nécessité pour l'avocat de le prodiguer à leur égard. En absence de toute relation contractuelle préalable aucune tierce personne n'est identifiable, et ce faisant aucun droit au devoir de conseil n'est du. Le tiers n'existe pas en dehors du cadre contractuel préalable, il n'acquiert cette qualité uniquement une fois le contrat existant.

2 - Le devoir de conseil, un fondement insuffisant de la responsabilité civile de l'avocat

66. Fonder la responsabilité civile de l'avocat sur un contrat s'avère une assise favorable puisqu' applicable sans difficulté à l'avocat. D'une part le régime contractuel est déjà prévu légalement ce qui facilite le traitement et la résolution du contentieux, mais aussi car un tel choix permet que soit exprimée cette relation particulière établie entre le professionnel et le justiciable : en effet selon SUPIOT²⁸⁰, le contrat valant loi pour les parties, cette loi conduit au lien. Aussi, le fondement de la responsabilité civile de l'avocat eu égard à ce lien pourrait être un contrat. Néanmoins, il existe une relation tout autant particulière donc comparable, existant entre le notaire et ses clients, mais celui ci ne dépend pas du régime contractuel mais délictuel, en sa qualité d'officier ministériel²⁸¹. Dans cette perspective comment fonder véritablement la responsabilité civile de l'avocat, si le lien qui l'unit à sa clientèle et qu'il partage avec d'autres professionnels ne légitime pas l'existence d'un contrat? Est ce une responsabilité spécifique, qui comme pour le notaire s'appuierait sur sa qualité d'auxiliaire de justice ? Autrement dit une responsabilité civile en marge ? La réponse unanime et officielle remarquée dans la doctrine²⁸², est que la responsabilité de l'avocat serait une responsabilité professionnelle n'ayant un fondement ni délictuel, ni contractuel, mais autonome car se basant sur le devoir de conseil. Les arguments avancés sont qu' à partir du moment où la prise en considération des intérêts opposés est remarquée, c'est qu'un droit professionnel est créé²⁸³. De même, la déformation des règles traditionnelles par d'autres prescriptions particulières confirmerait l'existence d'une responsabilité civile professionnelle autonome. Dans le cas de l'avocat, comme précisé précédemment, les règles de droit civil pur sont influencées par les règles disciplinaires et la déontologie, notamment par le décret de 2005, par conséquent selon la logique de SERLOOTEN²⁸⁴, la responsabilité civile de l'avocat serait une responsabilité professionnelle spécifique. Ces positions ne sont pas réfutées, il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent être discutées, d'autant qu'en dépit d'un fondement dit spécifique, les

280CHASSAGNARD-PINET (S) – HIEZ (D) : Direction scientifique « *Approche critique de la contractualisation* » Droit et Société Recherches et Travaux 16, L.G.D.J 2007 « *Approche critique de la contractualisation* » ouverture » SUPIOT (A) extrait p 35

281CASSUTO-TEYTAUD (P) « *La responsabilité des professions juridiques devant la première chambre civile* » : *Les missions de l'officier public sont déterminées par la loi, de plus l'intervention du notaire ne s'inscrit pas dans une relation librement consentie* : Rapport annuel de 2002 de la Cour de cassation https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_tudes_documents_143/tudes_theme_responsabilite_145/juridiques_devant_6113.html

282AVRIL précité – RIPERT « *Ebauche d'un droit civil professionnel* » Mélanges CAPITANT – SERLOOTEN « *Vers une responsabilité professionnelle ?* » Mélanges HEBRAUD - TUNC « *Ebauche du droit des contrats professionnels* » Mélanges RIPERT

283SERLOTEEN in RIPERT « *Vers une responsabilité professionnelle ?* » Mélanges HEBRAUD

284SERLOOTEN « *Vers une responsabilité professionnelle ?* » Mélanges HEBRAUD précité

conditions de la responsabilité civile ne souffrent d'aucune originalité.

67. L'avocat est bien soumis au droit commun : Mme Patricia CASSUTO - TEYTAUD, conseiller référendaire à la Cour de cassation ne le niera pas²⁸⁵. Au surplus, la notion de responsabilité autonome stricto sensu n'existe pas, sauf pour les accidents de circulation²⁸⁶ ou les produits défectueux²⁸⁷. Le législateur est intervenu dans bon nombre de domaines pour régir « *minutieusement toutes sortes de métiers, et prévoir le régime de leur défaillance* »²⁸⁸, mais rien de tel n'existe pour l'avocat. L'activité du professionnel en général expose à certains risques, c'est pourquoi il lui est imposé le respect d'obligations et qu'il est responsable. Il dispose en outre par le biais de ces mêmes obligations, de moyens techniques, afin d'éviter la réalisation du dommage résultant des risques créés par son activité²⁸⁹. Ce raisonnement rejoint la théorie du risque qui a développé le système d'assurance et permis d'élaborer certains régimes spéciaux de responsabilité. Si l'avocat est bien soumis à la logique « assurantielle », force est de constater qu'il ne dépend ni de la théorie du risque, ni de celle de garantie élaborée par STARCK²⁹⁰, permettant l'indemnisation de la victime ; il est remarqué encore une fois que l'avocat est exclu de tout régime particulier de responsabilité.

68. Toute spécificité ne peut être niée, il est entendu et il a été précisé que des règles extérieures au droit commun puissent entrer en ligne de compte et avoir potentiellement des conséquences en matière de responsabilité civile, mais cela n'est pas automatique seulement hypothétique et au cas par cas. Prétendre un régime particulier nécessite le constat de règles et de bases solides intangibles militant en ce sens, l'avocat n'est pas concerné par un tel arsenal. Par ailleurs, la jurisprudence est revenue sur ses décisions²⁹¹, en ne liant plus systématiquement faute civile et déontologie, sous entendu droit commun et disposition particulière. Ce n'est donc pas à l'appui de dispositions spécifiques qu'une responsabilité

285CASSUTO-TEYTAUD (P) « *La responsabilité des professions juridiques devant la première chambre civile* » Extraits : « *La jurisprudence de la première Chambre civile, à laquelle est majoritairement dévolu ce contentieux, révèle que cette responsabilité obéit, pour l'ensemble des professions juridiques, aux mêmes principes généraux qui s'efforceront d'être dégagés ci-après. Quelle que soit la profession en cause, il s'agit d'une responsabilité relevant du droit commun. Le fondement juridique de la responsabilité des professions juridiques peut relever de dispositions assez diverses mais, en toute hypothèse, il s'agit uniquement de l'application des textes du droit commun de la responsabilité* » <http://www.courdecassation.fr>»

286Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation

287Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux

288Par exemple les professionnels du transport, les agents commerciaux, de voyage, les experts comptables ou encore les constructeurs : Extraits Le TOURNEAU (Ph) « *responsabilité civile professionnelle* » p 1

289LE TOURNEAU (Ph) « *Responsabilité civile professionnelle* » Dalloz référence 2005 2eme édition n° 323

290Boris STARCK a élaboré la théorie de la garantie ou le fondement de la responsabilité est recherchée du côté de la victime.

291Voir Titre 1 Chap 1 – A – 2 – l'impact en matière de responsabilité civile

autonome peut être dérogée. Reste alors la référence au critère organique : puisque le potentiel agent responsable est professionnel, sa responsabilité sera par conséquent de nature professionnelle. Sur cette base, la responsabilité civile de l'avocat comme responsabilité professionnelle particulière pourrait être avérée. Mais, une telle qualification, n'aura alors que pure valeur formelle, dans la mesure où comme le confirme TUNC « *il ne suffit pas qu'une obligation soit assumée par un professionnel pour devenir une obligation professionnelle*²⁹² ». De la même manière, il ne suffit pas d'établir la présence d'un professionnel pour écarter le droit commun, et donner lieu à l'application d'une responsabilité professionnelle à part. D'autant que si les dispositions de droit civil sont mises de côté que reste-t-il ? Au profit de quel droit pourraient-elles être écartées ? Le devoir de conseil ? Il ne s'agit que d'une obligation dégagée par le juge, pas un panel de règles complètes, et tous les litiges de nature civile ne concernent pas forcément et uniquement le devoir de conseil. La déontologie ? Celle qui participe à l'élaboration de ces « règles particulières » ? Le justiciable en est isolé, en effet le client et le professionnel ne sont nullement liés par la déontologie. La déontologie lie le professionnel certes, mais à ses pairs, et le renvoie au serment qu'il prête au début de sa carrière. Ce lien spécifique unit exclusivement un ensemble de professionnels. Au contraire, en cas de mise en œuvre de la responsabilité civile de l'avocat, seules les parties au contrat seront intéressées par l'action. L'Ordre des avocats ne sera pas concerné par l'instance, tout comme le client est exclu du lien unissant son avocat à l'Ordre duquel il dépend. S'il y a un procès entre le justiciable et le professionnel celui-ci sera d'ordre purement civil, la responsabilité civile intéresse seulement ces parties. En revanche, ce qui touche au professionnel, au particularisme qui lui est rattaché, ne concerne plus le droit civil. Le critère organique n'est donc absolument pas pertinent lorsqu'il est confronté aux impératifs du droit civil. Le fond ne naît pas de la forme, et en l'absence de règles civiles à caractère spécifique qui seraient une condition utile si ce n'est indispensable pour prétendre à une quelconque autonomie, la responsabilité civile de l'avocat ne peut être qualifiée comme telle.

69. La réalité est que la tendance est plus dans la recherche d'une responsabilité autonome que dans son constat réel, quand bien même la responsabilité professionnelle dépasse les classifications traditionnelles. Le recours au devoir de conseil en ce qu'il irradiait le droit de la responsabilité appliqué aux professionnels à sa création, participe largement à cette quête. Les autres principes qui encadrent l'activité du professionnel²⁹³ semblent se muer en un véritable

292 RIPERT (G) études offertes à « *Le droit privé français au milieu du XXe siècle* » (G) Vol II LGDJ 1950 p 137

293 Principes d'efficacité, de diligence, prudence, ou encore le secret professionnel

corps de règles, ce qui renforce le postulat d'une responsabilité autonome. Cependant, cette tendance semble se modifier. : des auteurs n'hésitent pas à affirmer que la jurisprudence « *se montre désormais mesurée à l'égard du devoir de conseil* »²⁹⁴. Ce dernier n'est plus absolu au profit d'un devoir plus large celui de compétence. Si la thèse selon laquelle la responsabilité civile de l'avocat est totalement singulière est ici repoussée, l'existence d'une réelle responsabilité autonome présenterait bien des avantages. L'hypothèse a été avancée mais concernant l'ensemble des auxiliaires de justice²⁹⁵. Une telle nouveauté permettrait ainsi de se détacher d'un régime de responsabilité non adapté car trop général, ce qui rendrait son application moins aléatoire. De ce fait seraient palliées les insuffisances du régime de droit commun, et le juge n'aurait plus à intervenir pour combler un vide juridique, comme ce fut le cas pour le devoir de conseil.

70. Ce régime spécial pourrait s'intituler « *régime primaire de responsabilité* »²⁹⁶ selon M. BEHAR -TOUCHAIS, et devrait être adapté aux différentes activités envisagées, selon VINEY²⁹⁷. Une autre réalité concourt à l'affirmation d'un régime spécifique existant : selon WILMANN, le client est de plus en plus appréhendé comme un « *consommateur de droit*²⁹⁸, rangeant la prestation juridique au rang de bien de consommation. C'est d'ailleurs bien l'esprit de la loi Macron. Le justiciable désormais « *paie et dirige son procès contre son avocat* »²⁹⁹, il est bel et bien un « *consommateur de justice* »³⁰⁰; d'ailleurs la publicité de l'avocat autrefois interdite est dorénavant permise depuis le décret de 1991³⁰¹. Par ailleurs, l'avocat est reconnu comme étant un prestataire de services : il doit informer le consommateur sur les caractéristiques des services selon L 111-1 C.conso³⁰², sur les prix conformément à L 113-3

294CASEAU – ROCHE (C) - WITTMAN (V) « *Responsabilité civile de l'avocat et procédure : tendances jurisprudentielles* » Dalloz avocats 2014. n° 312

295WILMANN (M) « *La responsabilité des auxiliaires de justice* » Thèse La Rochelle 2005 p 447

296WILMANN (M) « *La responsabilité des auxiliaires de justice* » Thèse La Rochelle 2005 p 447

297WILMANN (M) précité p 447

298PAILLUSSEAU Gaz pal 1989 p 317

299CERVEAU « *Les relations entre les assureurs protection juridique et les avocats* » Gaz pal 1988 p 681

300HUGON (C)« *Le consommateur de justice* » in «*Etudes de droit de la consommation* » CALAIS – AULOY (J) édition Liber amirocum Dalloz sirey2004

301Dans la pratique, cette autorisation demeure comme inconnu, peu d'avocats ont eu recours à la publicité, il a fallu attendre le Décret n° 2014-1251 du 28 octobre 2014 relatif aux modes de communication des avocats

302Article L111-1 c.conso : « *Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :*

1° *Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;*

2° *Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1 ;*

3° *En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;*

4° *Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'exis-*

C.conso³⁰³, et plus particulièrement en matière d'honoraire assujéti à la TVA du fait des dispositions issues de directives européennes, transposées par les lois du 17 juillet et du 31 décembre 1992³⁰⁴. Dans cette lignée, la Cour a récemment admis que le contentieux relatif aux honoraires peut relever du droit de la consommation. La juridiction suprême applique la prescription biennale visée à l'article L137-2 du code de la consommation, au profit d'« *une personne physique ayant eu recours à ses services à des fins n'entrant pas dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »³⁰⁵, pour les cas de recours ouverts à l'avocat en recouvrement de ses honoraires. En revanche, la prescription applicable aux clients professionnels est plus longue, puisque l'avocat dispose de cinq ans pour agir contre ces derniers. Si cette décision se veut protectrice du client, conformément à l'esprit de la CJUE selon lequel le système de protection est justifié par la situation d'infériorité du consommateur à l'égard du professionnel, ainsi que de sa jurisprudence.³⁰⁶ ; il est bon de rappeler que la déontologie comporte elle aussi des mesures de protections à l'égard du client. Suite à une telle décision, l'assimilation de l'activité d'avocat à une activité marchande est palpable selon CASEAU-ROCHE,³⁰⁷ en effet, le juge a opéré à une uniformisation du délai de prescription dans les contrats de consommation et ce quelle que soit la nature du bien ou du service objet de l'obligation. La prescription biennale s'applique donc indistinctement aux contrats de fourniture d'eau³⁰⁸, aux crédits immobiliers consentis à des consommateurs par des organismes financiers³⁰⁹, qu'aux clients de l'avocat. Cette logique avait déjà été défendue par le président de la CA de Dijon, pour qui « *l'avocat est un professionnel et il n'y a pas de distinction à faire selon la nature de la prestation* »³¹⁰. Le facteur intellectuel inhérent à la prestation et l'existence de règles déontologiques n'ont pas empêché une telle analyse. Il n'en demeure pas moins que la prestation de l'avocat n'appartient pas par essence au service marchand, « *la relation entre un avocat et son client, entre un professionnel de santé et son*

tence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat. »

303 Article L113-3 c.conso : « *Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix et les conditions particulières de la vente et de l'exécution des services, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation. »*

304 A la suite de la directive européenne 91/680 du 16 décembre 1991 relative aux « *activités des producteurs, des commerçants ou des prestataires de services, y compris les activités extractives agricoles et celles des professions libérales et assimilées* », ainsi qu'au décret 92-1244 du 27 novembre 1992 pris en application de la loi 92-677 du 17 juillet 1992 et à la loi 92-1442 du 31 décembre 1992, la profession d'avocat a été soumise à la TVA.

305 Civ 2eme 26 mars 2015, n° 14-15.013 – Civ 2eme 26 mars 2015, n° 14-11599

306 CJUE 15 janvier 2015 C-537/13, *Birutė Šiba c/ Arunas Devėnas*

307 CASEAU-ROCHE (C) « *Les honoraires de l'avocat et le droit de la consommation* » note sous l'arrêt civ 2eme 26 mars 2015, n° 14-15.013, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 23, 8 Juin 2015, 64

308 Civ 1ere 2 juillet 2014, n° 13-13.83

309 Civ 1ere 28 novembre 2012, n° 11-26.508

310 CA Dijon 23 décembre 2014, n° 14/00944

patient, entre un notaire et son client ne constitue pas un acte de consommation. Certes il s'agit d'une prestation de services, mais d'une prestation de services de nature particulière qui n'a rien à voir avec une relation de consommation »³¹¹. Il serait trop hâtif de conclure en affirmant que le client n'est désormais plus qu'un simple consommateur, ce qui en plus de faire offense à la profession, ne serait qu'une demie vérité. Certes les missions qui incombent à l'avocat ont évoluées, mais les décisions présentées doivent être vues sous l'angle très spécifique de l'intérêt du client justiciable. C'est en effet en veillant à ce qu'il ne soit pas lésé que le juge entend le soumettre, et l'avocat de facto, au droit de la consommation qui a la particularité d'être protecteur à l'égard du profane. Il paraît peu probable que le juge ait réellement souhaité dénaturer la nature profonde de la profession, en assimilant l'avocat à un commerçant, car cela lui ôterait toute dimension sociale spécifique. La déontologie et à plus forte raison l'ensemble des textes professionnels validés par la loi, s'opposeraient à une telle logique. Au surplus, aucun commercial n'est sanctionné sur le plan disciplinaire contrairement à l'avocat.

71. De même, l'avocat est concerné par la norme ISO 9002 depuis 1998³¹², à l'origine label de qualité dans le monde de l'industrie. Au surplus, il est désormais admis que la clientèle civile est intégrée à la catégorie des biens, sa cession est licite depuis le 7 novembre 2000³¹³, dès lors il se crée un fonds libéral à l'instar du fonds de commerce au profit du professionnel. Dans un article paru au Monde³¹⁴, FRISON- ROCHE commentait en ces termes « *cette décision de 2000 prend acte que l'exercice d'une profession libérale est bien une activité économique sur un marché dont la clientèle est un enjeu et une valeur* ». Ainsi consommateur d'une prestation juridique qui le dépasse, le justiciable serait protégé par le juge qui érigerait des obligations pour assurer le respect de ses intérêts et plus globalement pour des raisons de sécurité sociale³¹⁵. L'établissement de ces règles spécifiques serait une preuve de l'existence d'une responsabilité spécifique autonome.

72. Cette hypothèse doit être tempérée. Si la patrimonialisation de la clientèle est sans conteste depuis 2000 et que le client peut dans certaines mesures être comparé voire assimilé à un consommateur, cela ne vaut pas d'un point de vue juridique stricto sensu. En effet, le

311 RAYMOND (G) « *Prescription du paiement des honoraires d'un avocat* » Contrats Concurrence Consommation n° 4, Avril 2015, comm. 100

312 ISO 9002:1994 :Systèmes qualité -- Modèle pour l'assurance de la qualité en production, installation et prestations associées www.iso.org

313 Arrêt WOESSNER Civ 1ere 7 novembre RTDC 2001 p 167 note REVET

314 Article du journal Le Monde du 23 janvier 2001 p 22

315 TUNC « *Ebauche droit des contrats professionnels* » p140

justiciable ne remplit pas la totalité des critères de définition d'un consommateur. Ce dernier est défini par la loi Hamon du 17 mars 2014³¹⁶, comme toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et bénéficiant des dispositions protectrices du Code de la consommation. Or le justiciable ne dépend pas du Code de la consommation, ceci est établi depuis une décision déjà ancienne de 14 ans³¹⁷. En l'espèce, le pourvoi s'appuyait sur l'article L.113-3 du Code de la consommation et visait l'article 1134 C.civ, mais la Cour de cassation a rendu pour la première fois sa décision au visa de 1147 C.civ et de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971, posant le principe selon lequel l'avocat est tenu d'informer préalablement son client. Les réserves émises par le juge à l'égard du droit de la consommation au profit du droit commun, permettaient de confirmer la qualité particulière des avocats comme étant de véritables auxiliaires de justice et non pas de simples prestataires de service marchand³¹⁸. Si le client n'est pas un consommateur, l'avocat demeure néanmoins bien un professionnel soumis au contenu de l'article 1147 C.civ³¹⁹, la qualité de l'un n'est pas exclusive de l'autre. Or cette disposition figure au sein du Code civil dans la partie dévolue aux « *Contrats et obligations conventionnelles, de leurs effets, et des dommages et intérêts résultant de leur inexécution* ». Le juge a donc choisi de se positionner et c'est toujours le cas, sur un fondement juridique de type contractuel, au visa de 1147 C.civ. Ceci incite à affirmer que le fondement de la responsabilité civile de l'avocat est contractuel, il ne repose pas en son entier et encore moins exclusivement sur le devoir de conseil, ce qui le ferait échapper à une qualification contractuelle.

73. Un auteur et non des moindres confirme : pour MAZEAUD³²⁰ la responsabilité professionnelle est contractuelle. Du moment qu'une personne s'oblige envers une autre à une prestation quelconque, cette obligation est contractuelle quand bien même la prestation lui serait imposée par des règles professionnelles. « *Du moment que la violation des règles de la profession constitue la violation même de son contrat passé avec le client et qu'elle cause un dommage à ce dernier , on ne voit pas pour quelle raison la responsabilité ne demeurerait*

316Par transposition de la directive 2011/83 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011.

317Civ 1ere 18 juillet 2000 Bull civ I n° 214 JCP 2001 I n° 284 note MARTIN

318CA Lyon 14 mars 1994, Gaz Pal 11-12 mai 1994 p 18

319 Article 1147 C.civ « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* »

320MAZEAUD « *Traité de la responsabilité* » Tome I n°206-2 p 327 in MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Pratique Professionnelle Litec 9e édition 2005- 2006 p 170

pas purement contractuelle ». Il semblerait que la règle « *specialia generalibus derogant* »³²¹ ne s'applique pas ici, tout simplement car il n'y a pas de véritables règles spéciales, du moins elles ne bénéficient pas d'un pouvoir suffisant et affirmé dans l'ordre juridique pour dissiper le régime général qu'est le régime contractuel. « *Sans doute les règles de la profession contraignaient déjà à ce à quoi il s'est engagé à accomplir ; l'obligation n'en a pas moins été introduite dans le contrat ; elle est devenue une obligation contractuelle de telle sorte que sa violation entrainera seulement une responsabilité contractuelle* »³²². Le droit des obligations est le terreau adéquat pour servir d'assise à cette responsabilité, il est le « *gisement fécond* » selon LE TOURNEAU pour faire avancer le droit en la matière³²³. A plus forte raison, la responsabilité se fondant classiquement sur la base du contrat, il n'y a donc pas de régime spécifique au nom du devoir de conseil. Ce dernier n'apparaît comme n'étant qu'un élément entrant dans la définition du champ de responsabilité.

321MAYRAND (A) « *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit* » Edition Yvon Blais 1985.

Principe selon lequel le spécial l'emporte sur le général

322MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Pratique Professionnelle Litec 9e édition 2005- 2008 p 171

323FAURE (B) « *Le devoir de conseil de l'avocat* » mémoire CFRPJ Limoges 2000

Paragraphe II – La nature de la responsabilité civile de l’avocat : l’application du double régime de responsabilité

Il n’y a eu que peu d’évolution en matière de responsabilité civile. Le cadre classique distinguant le délictuel du contractuel est toujours d’actualité. Si pour SERLOOTEN³²⁴ la responsabilité professionnelle dépasse cette traditionnelle « *summa divisio* », force est de constater que l’avocat en sa qualité de professionnel encourt pourtant une responsabilité de nature tant contractuelle (A) que délictuelle (B) .

A - La responsabilité contractuelle

Ce type de responsabilité est celui retenu en cas de litige opposant le professionnel à son client (1), il se base sur le contrat de mandat (2)

1 - La relation contractuelle avec le client

74. C’est bel et bien pour définir la nature de la responsabilité qui sera engagée en cas de litige dans la relation avocat client, que le constat préalable de l’existence d’un contrat se révèle indispensable. Le débat est donc en quelque sorte biaisé, dans la mesure où l’intérêt pour le contrat ne concerne que les conséquences qui découleraient de celui-ci en cas de contentieux, et non véritablement pour mettre en lumière la nature particulière d’un contrat existant entre avocat et justiciable. Rechercher le fondement de la nature de la responsabilité civile de l’avocat revient donc à déterminer quelle est la meilleure base pour condamner le professionnel en cas de manquement causant un dommage. Pour ce faire, il est nécessaire de déceler le meilleur instrument juridique pour faire face à une telle situation, celui qui produira les effets les plus utiles et satisfaisant à la résolution de la situation litigieuse. Cet outil juridique est le contrat selon la logique précédemment exposée, encore faut-il le définir. Selon Denis MAZEAUD³²⁵, il se définit usuellement comme un accord de volonté passé entre plusieurs personnes, deux au moins, et produisant des effets de droit et notamment des obligations. Le contrat crée des rapports de droit entre les personnes parties au contrat,

324SERLOOTEN « *Vers une responsabilité professionnelle ?* » Mélanges HEBRAUD précité

325CHASSAGNARD-PINET (S) – HIEZ (D) : Direction scientifique « *Approche critique de la contractualisation* » Droit et Société Recherches et Travaux 16, L.G.D.J 2007

comme le précise l'article 1101 C.civ³²⁶. Dans le cadre d'une convention, il faut ainsi identifier des parties s'accordant sur des conditions particulières, créant droits et obligations. La relation entre l'avocat et son client semble s'inscrire dans le cadre de cette description : le contrat permet d'identifier ce qui est en droit d'être attendu de la part du justiciable comme du professionnel en charge de ses intérêts, ceux-ci étant les parties au contrat. Le justiciable est en droit d'attendre du professionnel qu'il œuvre pour lui, l'avocat est en droit de percevoir ses honoraires. Le contrat pourrait juridiquement abriter les obligations évoquées, héberger sans contradiction l'idée de lien, celui entre le professionnel et le justiciable évoqué plus haut, confirmant l'existence d'une véritable interaction entre eux, d'autant que pour SUPLOT³²⁷, ces liens sont d'autant plus visibles pour ce qui concerne « *l'état professionnel* ». Le lien oblige à un comportement précis. Max WEBER dans son approche sociologique du contrat moderne³²⁸, souligne d'ailleurs comme une de ses caractéristiques majeures, le fait de se fonder sur l'attente d'un comportement de la part de l'autre. Le contrat se révèle être un support de l'attente légitime. Ces attentes de comportement précis motivent la création d'un lien de droit entre les protagonistes. Ils se lient volontairement dans le but d'obtenir un service pour l'un, des honoraires pour l'autre, ce qui va dans le sens de la théorie selon laquelle le contrat se rattache au principe de l'autonomie de la volonté des parties.

75. Néanmoins est-il possible d'évoquer l'existence d'une volonté de contracter s'agissant d'un avocat et de son client ? Surtout du point de vue du justiciable, l'idée de volonté implicite paraît plus appropriée. Le véritable souhait étant pour le justiciable celui de recourir à un professionnel, et non de se lier juridiquement sur la base d'un contrat. Quant au professionnel, sa volonté s'illustrerait dans le souhait de proposer son savoir juridique contre rémunération, justifiant l'obligation d'œuvrer- informer et conseiller- en toute bonne foi selon l'esprit de l'article 1134 du Code civil en son alinéa 3. Le principe de liberté contractuelle trouve plus volontiers sa place dans le cadre de l'article 19 du CPC qui dispose que « *les parties choisissent librement leur défenseur soit pour se faire représenter soit pour se faire assister suivant ce que la loi permet ou ordonne* ». D'ailleurs, dans un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier en date du 30 juin 2010, la chambre sociale a considéré qu'« *une juridiction, en refusant qu'une partie soit représentée par un avocat déterminé, et en exigeant la comparution personnelle de cette partie, n'a pas respecté le principe fondamental de libre*

326 Article 1101 C.civ : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* »

327 SUPLOT in CHASSAGNARD-PINET (S) – HIEZ (D) Direction scientifique « *Approche critique de la contractualisation* » Droit et Société Recherches et Travaux 16, L.G.D.J 2007, ouverture p 35

328 CHASSAGNARD-PINET (S) – HIEZ (D) : Direction scientifique « *Approche critique de la contractualisation* » précité.

choix du défenseur »³²⁹. Cet arrêt place la liberté de choix du représentant au même rang que celle d'accès à la défense, et dont l'assemblée plénière de la Cour de cassation a rappelé le caractère constitutionnel³³⁰. Corollairement, l'avocat a le droit de choisir son client, contrairement au notaire³³¹, ou encore l'huissier³³². En revanche, l'avocat ne peut s'auto-désigner représentant « *ad litem* » pour lui-même en application de la règle « *nul ne plaide par procureur* ».

76. Par ailleurs selon Jacques GHESTIN³³³, l'article 1135 C.civ en ce qu'il précise que « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* » admet que bonne foi et équité peuvent être sources d'obligations contractuelles bien au-delà de la volonté des parties. Or, les nombreux devoirs de l'avocat qui accompagnent chacune de ses missions sont assimilables à ce que commande l'article cité, comme la loyauté, la fidélité, être diligent, ne pas être incompétent. Les comportements attendus de l'avocat adhèrent tant à l'esprit de l'article 1134 que 1135 C.civ. Néanmoins, si les obligations du professionnel ne naissent que du fait de la volonté, volonté fictive selon GOUNOT³³⁴, le risque d'arbitraire serait avéré. D'autant que si une obligation est envisagée selon le bon vouloir des volontés contractantes uniquement, il est tout à fait loisible pour la partie la plus avantagée, de s'y soustraire, ou de ne point la remplir entièrement ; il pourrait arguer de l'accord de l'autre pour se couvrir. Ainsi ce phénomène de volonté toute puissante dédouanerait le professionnel de ses obligations, solution invraisemblable et fort peu souhaitable au demeurant. La nature contractuelle ne signe donc pas l'abandon du sort de l'avocat et de son client à leur seule volonté. Dans cette hypothèse, le contrat serait déséquilibré puisqu'opposant un professionnel à un profane. D'ailleurs, le critère qui permet de justifier l'existence d'obligation est incontestablement le déséquilibre entre l'avocat et son client en matière de compétences et de connaissances. C'est sans grande originalité la principale raison qui rapproche un justiciable de tout auxiliaire de justice, il est donc normal d'en tenir compte pour déterminer le contenu de ce que devront être les obligations du professionnel ; et par là même le sanctionner s'il abuse de l'ignorance de son client pour ne pas fournir de prestation de qualité et suffisante eu égard à son savoir.

329CA Montpellier 30 juin 2010 n°10/02406, Gaz Pal 7 juin 2011 n°158 p 14 observations GAINETON (J-L) – VILLACEQUE (J)

330Ass. plén. 30 juin 1996, JCP G 1995, II, 22478

331Article 3 de la loi 25 ventôse an XI

332Selon l'article 5 du décret n°56-222 du 29 février 1956, « *sont tenus d'exercer leur ministère toutes les fois qu'ils en sont requis, sauf dans les cas d'empêchement et pour cause de parenté ou d'alliance* »

333GHESTIN (J) Traité de droit civil « *Les conditions de la responsabilité* » L.G.D.J 2006 3 e édition p 496

334GOUNOT in VINEY (G) « *Traité de droit civil -Introduction à la responsabilité* » LGDJ 1995

77. Envisagé plus globalement, le contrat n'est autre qu'un support exprimé par le truchement de la loi qui se doit de garantir les droits de tout un chacun, et implicitement les devoirs. Ainsi, le contrat ayant pour rôle de maintenir le lien social, il génère des obligations : « *car il n'y a de lien et de lien social que là où nous nous sentons obligés* »³³⁵. Il convient également de se détacher de toute considération mercantile en évoquant ce contrat particulier liant le professionnel et son client, d'autant que son caractère civil permet d'écarter le terme commercial et par conséquent les logiques qui s'y rattachent. En effet, il est à craindre, comme le précise FAURE-ABBAD « *la fonction économique du contrat qui peut-être suspectée d'être un îlot fertile au développement de l'analyse économique du droit, présentée comme une « idéologie hostile à toute préoccupation morale* »³³⁶. Une fois ceci acquis, le contrat revêt une forme plus « humaine », sans l'intrusion d'une « chose » ou quelconque « bien de consommation », qui ne sauraient être assimilés à la prestation juridique qu'offre le professionnel. Ce ne sont pas des agents économiques ou commerciaux qui se rencontrent, mais deux parties dont l'une compte sur les capacités techniques et intellectuelles toutes particulières de l'autre ; laquelle s'engage à déployer son savoir et à effectuer les diligences qui lui incombent à ce titre. De ce fait, juridiquement et sur le plan moral le contrat semble adéquat pour fonder la responsabilité civile de l'avocat. Par ailleurs pour MOUSSERON, le contrat est un instrument de prévision et une technique de gestion des risques³³⁷. Il permet en quelque sorte de prévenir en amont un contentieux, en mettant à jour les obligations qui incomberont aux différentes parties. Ce faisant, une fois les devoirs de chacun bien établis, et dans la mesure où les contractants les respectent, aucun différend n'est à craindre. C'est en cela que MOUSSERON analyse le contrat comme ayant le pouvoir de gérer les risques, soit l'éventualité d'un procès. Y recourir est un mode de régulation sociale, un mode d'échange négocié qui convient au microcosme que représente la relation entre l'avocat et son client.

78. S'agissant à présent de la pertinence de l'usage du contrat, par le biais de la notion de faute, l'article 1147 C.civ n'emploie guère expressément le terme, Cependant il est possible de supposer que l'inexécution visée par l'article y fasse référence. Plus précisément c'est une faute du fait de la défaillance du débiteur de l'obligation. Cette disposition est applicable en cas d'impossibilité à forcer le créancier d'exécuter son obligation, et permet une action en paiement. Or, il est constaté sans difficulté que toute défaillance contractuelle de l'avocat ne

335VERKINDT (P-Y) Préface « *Approche critique de la contractualisation* » précité p 8

336FAURE-ABBAD (M) « *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)* » LGDJ 2003 p 26

337MOUSSERON (J-M) « *La gestion des risques par le contrat* » in « *La responsabilité civile professionnelle* » Dalloz référence 2^e édition 2005 p 7

se règle pas par l'exécution forcée, ce qui serait impossible, mais grâce à une action en réparation de la victime. Encore une fois, la logique contractuelle adhère au cas de l'avocat.

79. Il faut se garder de toute logique manichéenne, l'idée d'une responsabilité civile professionnelle autonome n'est pas réfutée pour clamer sa nature purement contractuelle. Certes le processus contractuel adhère à la situation de l'avocat, mais la théorie pure est loin d'épouser à la perfection ce qui touche à la responsabilité de l'avocat. C'est d'ailleurs ce qui fait pencher en faveur d'un régime autre³³⁸. Fondamentalement les obligations du professionnel sont plus une conséquence de la relation humaine qui s'établit entre lui et son client que celles d'un contrat à proprement parler. Celles-ci, mises à la charge de l'avocat concernent bien d'autres professionnels, notamment et surtout les professions libérales. Quand leur spécificité est clamée, il serait sans doute mieux de souligner le caractère d'ordre public et l'intérêt général³³⁹ qu'elles poursuivent, et ce même si cet intérêt collectif cède du terrain à l'individualisme que sous-entend le contrat. Après tout, l'avocat est un auxiliaire de justice qui participe à une mission de service public, voire d'un « *ministère* »³⁴⁰. Les obligations qui le concernent en plus d'être imposées à un grand nombre d'autres professionnels³⁴¹, le sont sous peine de sanctions, et à l'appui de dispositions législatives de droit commun.

80. A l'inverse pour certaines professions, le juge aura recours à des textes spéciaux. Ainsi, la responsabilité des huissiers est envisagée à l'aide des règles du Code de procédure civile d'exécution ou la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution³⁴². Ainsi le juge s'est prononcé au visa des articles de la loi du 9 juillet 1991, quand le moyen au pourvoi se basait sur l'article 1382 civ³⁴³. Pour les commissaires priseurs, la responsabilité se base sur le décret n°81-255 du 3 mars 1881 sur la répression des fraudes en matière de transmission d'oeuvre et d'objets de collection³⁴⁴. A l'instar de ces professions, il n'existe pas de fondement juridique spécial pour l'avocat, nécessitant le recours au droit commun. Le juge emploie l'article 1147 ou 1382 C.civ et le devoir de conseil. Ainsi, du point

338AVRIL (Y) « *La responsabilité civile de l'avocat* » Thèse Rennes 1979

339Plus précisément la sécurité juridique

340AVRIL (Y) Thèse précitée

341S'agissant du devoir de conseil : Le médecin L.1111-2 du code de la santé, le notaire article 1382 C.civ, l'architecte article 1147 C.civ, l'expert comptable article 15 du Décret n° 2007 - 1387 du 27 septembre 2007, l'assureur par renvoi à l'obligation d'information article L112-2 du code des assurances, l'agent immobilier article 1382 C.civ, le banquier article 1147 C.civ et Civ 18 septembre 2008 n° 07/17270, les vendeurs professionnels en vertu du code de consommation, les professions libérales en général

342Civ 2eme 11 avril 2013 n°12-15.948

343Civ 1ere 22 mars 2012 n°10-25811

344Civ 1ere 30 octobre 2008 n°07-17.523 – civ 1ere 16 mai 2013 n°11-14.434

de vue de la nature comme du fondement de la responsabilité civile de l'avocat, le recours au contrat semble satisfaisant, même si non parfait, de sorte que peu importe l'existence formelle ou non d'un contrat³⁴⁵. Celui-ci présente bien l'avantage de confirmer et asseoir l'obligation de conseil et ses pendant. Or en matière de responsabilité civile, l'avocat dépend du Code civil, et les juges s'appuient sur des principes généraux de responsabilité. De plus, le législateur indiquait en 1971 que « *les instances en responsabilité contre les avocats doivent suivre les règles ordinaires de procédure* »³⁴⁶, les règles de l'instance civile de droit commun s'imposent au demandeur comme au défendeur. Le texte a été maintenu en l'état en dépit de nombreuses réformes subies. Il n'y a donc pas d'autonomie de régime au strict sens du terme, même si le droit commun est parfois insuffisant lorsqu'il s'applique à celui qui exerce en faveur d'un certain idéal : celui de la justice. Les juges se saisissant de ces lacunes les ont palliées par leur pragmatisme.

81. Néanmoins, comment se baser sur le postulat de responsabilité contractuelle, sans découvrir en amont la présence d'un contrat nommé ? Cela est a priori contradictoire. Mais finalement il semblerait que le contrat tacite suffise. Il s'entend par là un contrat qui ne serait « *point formellement exprimé, plutôt sous-entendu ou du moins qui se peut sous-entendre* »³⁴⁷, tout comme au quotidien des accords de moindre envergure certes, mais de même type - du fait de l'absence de formalité -, sont passés entre grand nombre d'individus³⁴⁸. Une fois ceci admis, cela permet de rattacher l'idée de contrat au but final qu'il sert : gérer la relation en cas de conflit. Le contrat tacite et informel correspondent à la réalité de la pratique. En effet, l'avocat est un auxiliaire de justice, or l'auxiliaire est celui qui apporte son aide, son secours, en toute liberté et indépendance, sans que la présence nettement définie d'un contrat soit indispensable pour qu'il agisse. Toutes ces tentatives sont un faisceau d'indices exposant la nature de la relation particulière existante entre l'avocat et son client, et amenant car il le faut pour les besoins évoqués ci-dessus, à s'accorder sur la présence d'un contrat certes bien que tacite, passé entre l'avocat et son client.

345 Ces questions sont plutôt d'ordre théorique. Il semblerait que les acteurs du pragmatisme, les juges, ne se préoccupent pas outre mesure de la question de la nature juridique de la responsabilité civile des professionnels du droit. Ceci a été avancé précisément mais pour les notaires par AUBERT (J-L) « *La responsabilité des notaires* » Defrenois p 17

346 Art 26 de la loi du 31 décembre 1971

347 Extrait de définition du Dictionnaire en ligne Littré <http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/tacite>

348 Il est très souvent donné comme exemple aux jeunes étudiants en droit, qu'au quotidien d'innombrables contrats sont passés entre un commerçant et ses clients, sans qu'une forme particulière ne soit exigée pour les valider. Ainsi le boulanger qui tend une baguette de pain et reçoit en échange son prix de vente, conclut sans le savoir véritablement un contrat de vente avec son client. Ce contrat s'effectue bien tacitement, bien que sous-entendu entre les parties. Il s'agit cependant bien d'un contrat, et en l'absence de la réciprocité attendue celui-ci ne se formera pas.

2 - La référence au contrat de mandat

82. Une fois ralliée autour du postulat d'une responsabilité de nature contractuelle, la doctrine s'est engagée dans une nouvelle guerre de qualifications juridiques³⁴⁹. Car, à parler de contrat, encore faudrait-il s'accorder sur son genre et sa nature précisément. Différents types de contrats ont été envisagés selon les époques. Deux seront mentionnés, car ils ont le mérite d'opposer la théorie se basant sur le droit public et celle sur le droit privé. APPLETON³⁵⁰ en son temps, a défendu l'idée d'un contrat public car l'avocat exerce au sein de la justice qui est-elle même un service public. Dans ce cas, la responsabilité des avocats serait analogue à celle des fonctionnaires c'est-à-dire quasi inexistante. En effet en cas de litige, une victime poursuit non pas le fonctionnaire lui-même mais l'Etat, car c'est ce dernier qui est responsable des dommages résultant d'une faute commise par son agent public. Dans cette logique c'est le service public auquel l'avocat collabore qui en souffrirait. Le fonctionnaire est donc individuellement civilement protégé. Cependant comparer son sort à celui des avocats revient à nier qu'historiquement ces derniers sont les seuls professionnels du droit qui n'étaient pas officiers du roi, donc non rattachés à l'autorité publique. Actuellement, ils n'en dépendent pas davantage, et bien que payés par l'Etat pour les cas ouvrant droit à l'aide juridictionnelle, les avocats continuent à exercer sous forme libérale. Ils ne sont donc pas des fonctionnaires, ni assimilés comme tels. L'Etat ne prend pas en charge les actes fautifs de l'avocat, pas plus que le Barreau. Les conséquences de la qualification retenue par l'auteur ne sont pas appropriées ici, puisque l'hypothèse envisagée se révèle non conforme avec certaines caractéristiques majeures de la profession. De plus le fonctionnaire n'étant que peu inquiété, il se crée une immunité qui n'existe plus en faveur de l'avocat.

83. Le recours au droit privé faisait suggérer à FOSSE³⁵¹ la gestion d'affaire, ou l'avocat, rendant service sans s'engager dans l'avenir recevait en dédommagement dudit service le paiement d'honoraires. Il excluait tout recours à un contrat³⁵². Cette analyse ne correspond pas aux solutions jurisprudentielles constatées de sorte qu'en vérité, s'il faut vraiment définir ce contrat, écrit Yves AVRIL, le choix ne peut être fait qu'entre le louage d'ouvrage et le mandat. Le premier étant le moins défini par le Code civil, il en devient « *l'auberge espagnole des*

349AVRIL (Y) *Responsabilité des avocats* » Dalloz 2015-2016 n°11.32

350APPLETON « *Traité de la profession d'avocat* » Librairie Dalloz Paris 1923 n°223

351FOSSE (R) « *La responsabilité civile des avocats* » Thèse Montpellier 1935

352FOSSE in AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » Dalloz 2015-2016 n°11.31

contrats spéciaux »³⁵³, le mandat paraît alors plus approprié, d'autant que les articles 411 et 413 du nouveau Code de procédure civile, mentionne le mandat de représentation en justice³⁵⁴. Cette référence n'est pas anodine, car à côté rien n'est écrit ni prévu de façon précise par le législateur

84. Historiquement, la *procuratio* voisine du mandat à rapprocher du louage d'ouvrage, était fondée sur l'amitié et la confiance et consistait à gérer l'ensemble du patrimoine. Quant au mandat, tout autant motivé par l'amitié selon Cicéron, « *car on ne donne guère mandat qu'à un ami* »³⁵⁵, il se limitait à un acte déterminé. Ce qui les distingue d'autant plus est que le mandat était rattaché aux « gens de bien » pour des services et prestations émanant de professions libérales dont les actes se voulaient désintéressés et inestimables. Petit à petit, pour des raisons pratiques ces deux types de contrat ont perdu leur dimension amicale. L'avocat pu ainsi avoir droit à une rémunération, sur la base du mandat. Celle-ci prenait la forme d'une récompense ou *honoraria*, quand le louage d'ouvrage recevait plus communément un salaire ou *merces*³⁵⁶, pour des tâches réputées plus grossières. La profession s'inclinait donc déjà vers le mandat, et parallèlement ce contrat devenait un contrat à titre onéreux lorsque le mandataire était un professionnel, de sorte que la gratuité est passée du rang de critère fondamental à occasionnel si ce n'est marginal selon PETEL. La responsabilité relative aux fautes étant appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire aux termes de 1992 C.civ, les obligations du mandataire ont été renforcées. Dès lors, Parmi ces devoirs, existe celui de l'information au titre de l'obligation de rendre compte, devoir traditionnel du mandataire. Cette obligation qui a en pratique toujours existé à sa charge, a été révélée par le contentieux. En soi, le contrat de mandat demeure inchangé et ne bénéficie pas d'un régime particulier lorsqu'il concerne les professionnels. Il reste un contrat de bienfaisance, puisque « *la confiance du commettant et l'officieux dévouement du mandataire forment le principe et le lien de ce contrat* »³⁵⁷. A partir de ces éléments, l'avocat peut être rattaché au mandat.

353RTD civ 1971 p 170 n°3 in AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » Dalloz 2015-2016 3eme édition n°11.66

354Article 411 C.civ « *Le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure* » - Article 413« *Le mandat de représentation emporte mission d'assistance, sauf disposition ou convention contraires*

355PETEL (Ph) « *Le contrat de mandat* » Thèse Montpellier 1987 p 2

356Pour illustration, le mercenaire dont le travail était physique recevait un *merces*, l'avocat dont la prestation était intellectuel un *honoraria*

357PETEL (Ph) « *Le contrat de mandat* » Thèse précitée p 2

85. Le recours au mandat justifié, préciser son objet et le définir devient un fait indispensable. Le mandat selon l'article 1984 du Code civil « *est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom, et ne se forme que par l'acceptation du mandataire.* ». Dans les faits, il semble peu contestable que le justiciable en autorisant l'avocat à agir dans son intérêt, se positionne comme un véritable mandant. Par ailleurs, l'acceptation du mandataire peut être concrétisée par le fait pour l'avocat de donner suite aux demandes du client, faire des démarches en son nom, et demander des honoraires. En effet, si le professionnel se fait payer c'est qu'il a œuvré pour son client, et ce faisant c'est qu'il a accepté en amont de se comporter en tant que mandataire. Les actes juridiques accomplis sont des manifestations de sa volonté d'agir. Aucun document formel répondant au nom de contrat de mandat ne scelle véritablement cette entente, mais ceci n'est pas préjudiciable car il est peu courant de voir un juge s'enquérir systématiquement lors des audiences de l'existence d'un contrat papier sous forme d'écrit passé entre l'avocat et son client. Cependant, s'il faut s'attacher absolument à l'existence d'un écrit, une convention d'honoraire peut être un commencement de preuve pour déduire l'acceptation du mandat par le professionnel. La convention, ajoutée à des éléments empiriques consistant pour le client à venir au cabinet de l'avocat, se confier à lui, lui soumettre des documents personnels, et si ce dernier y répond ; conforte l'idée de l'existence d'un contrat de mandat. Il faut donc qu'une mission soit clairement confiée au professionnel pour qu'une relation contractuelle puisse être identifiée. Des actes positifs de la part du client sont indispensables, à défaut la responsabilité civile de l'avocat ne peut être engagée. Ainsi un client ayant déjà eu recours à un avocat dans le cadre de sa profession, ne peut valablement s'attendre à ce que le professionnel soit automatiquement sollicité mais cette fois ci à titre privé sans qu'il ne se manifeste expressément. L'avocat dans ce cas ne pouvait être considéré comme ayant reçu la mission de le défendre³⁵⁸.

86. L'objet du mandat consiste en l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques pour le compte du mandant, c'est inexorablement ce qui est attendu de l'avocat qui va effectuer des opérations juridiques pour son client comme par exemple la rédaction d'acte. Par ailleurs, le mandat sous entend une obligation de faire, impliquant qu'il faille agir selon la volonté du mandant, et ce pour ce qui est relatif au contenu des actes juridiques ou encore des conditions de leur accomplissement³⁵⁹. Parallèlement existe une obligation de ne pas faire, à en croire l'article 1189 C.civ, qui interdit le dépassement des instructions données, soit

358CA Lyon 1er ch 5 octobre 1989 D 1989 IR p 289

359PETEL (Ph) « *Les obligations du mandataire* » Thèse Montpellier 1987 p 149

outrepasser le contenu de la mission octroyée. Or, l'avocat est encadré par des obligations multiples le conduisant à agir d'une certaine manière dans l'intérêt de son client, c'est bien une obligation de faire, et s'il agit au delà de ce que lui a prescrit son client, il met en jeu sa responsabilité, il est donc invité le cas échéant à « ne pas faire » selon les termes de 1189 C.civ. Le contrat de mandat semble a priori recueillir tous les suffrages. Ainsi, les juges ont été amenés à se prononcer au visa des articles 1988³⁶⁰, 1991 et 1992³⁶¹ du Code civil, relatifs précisément au mandat, même si le recours à l'article 1147 C.civ est davantage remarqué. Cette disposition générale se situant dans un contexte contractuel, cela confirme l'existence d'un contrat qui peut être nommé mandat.

87. Son recours s'avère plutôt approprié et utile en cas de litige entre un avocat et son client. La confusion des notions de mandat et de représentation faite par le législateur³⁶², participe à ce constat. Ainsi, le mandat apparaît comme étant le fondement le plus approprié à l'heure actuelle, pour qui souhaite absolument fonder la responsabilité civile sur un contrat nommé ; nonobstant le choix du juge d'utiliser dans une plus large mesure un texte général. Ces distinctions seront d'autant plus visible selon que le juge constatera une atteinte à des obligations en général, ou plutôt un défaut de comportement dans le cadre d'une mission de représentation. En effet les manquements fautifs de nature civile du professionnel ne peuvent tous se ranger sous le texte relatif au mandat de représentation, tout simplement car la représentation ne constitue pas ou plus l'unique mission exercée par l'avocat. La référence au mandat était donc plus adéquate à l'époque où il était uniquement un représentant du justiciable, mais y recourir demeure néanmoins à l'heure actuelle satisfaisant dans la pratique. Les précisions apportées par le juge permettent d'introduire les nuances nécessaires pour analyser dans quel cadre le litige est né (situation de mandat de représentation stricto sensu ou non)

Ceci étant précisé, il s'agit à présent de déterminer en quoi la responsabilité délictuelle peut intéresser l'avocat quand jusqu'alors les développements effectués tendaient à le soumettre uniquement au régime contractuel.

360Civ 1er 12 mai 1993 n°91-17.600

361Civ 1ere 1er octobre 1986 n°84-13.800

362Voir chapitre 2 Titre 1 Partie 1 « Le mandat ad litem »

B – La responsabilité délictuelle

La responsabilité délictuelle est un terme récent, qui apparaît fin dix-huitième dans les langues européennes. L'impératif indemnitaire et la logique assurantielle du vingtième siècle ont largement fait prospérer ce type de responsabilité se situant hors contrat. Dans le cadre de cette étude c'est donc le tiers au contrat de mandat qui serait concerné (1), mais pas uniquement puisque par exception la responsabilité délictuelle envers le client peut également être envisagée (2)

1 - La responsabilité délictuelle envers les tiers et la partie adverse

88. Selon la qualité du justiciable se présentant ou non comme client par rapport au professionnel, une distinction de régime sera opérée. Celui n'entrant pas dans une relation contractuelle avec l'avocat ne sera pas protégé par le régime de responsabilité contractuelle. Un contrat ne peut naître virtuellement pour indemniser un tiers lésé, un tel procédé en plus d'être absurde serait inutile, puisque la responsabilité délictuelle offre la possibilité de réparer un potentiel dommage réalisé hors contrat. Ce sont donc les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil qui s'appliqueront, et la jurisprudence est formelle lorsque la responsabilité d'un avocat est mise en cause par un tiers : elle a un fondement extra-contractuel³⁶³. Cette solution n'est pas récente, ainsi, dans une décision rendue en 1982, les juges estimaient déjà que l'avocat qui commet une confusion sur un bien saisi causant un dommage à un tiers, peut voir sa responsabilité délictuelle engagée³⁶⁴. Ceci se justifie d'autant plus que l'avocat a « un rôle social à jouer, dont il répond envers tous »³⁶⁵. Au surplus, le tiers peut invoquer une faute commise par l'avocat dans l'exécution du contrat de mandat pour engager sa responsabilité délictuelle. En effet, le principe selon lequel un tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage, est reconnu par la jurisprudence³⁶⁶. Néanmoins, il convient de préciser qu'un manquement contractuel ne constituera pas toujours une faute délictuelle. En effet, seule la violation d'une obligation dont l'objet est d'imposer aux parties un comportement particulier (comme la prudence, diligence, loyauté, bonne-foi...)

363Civ.6 avril 2004 n°01-14.434 LAMYLINE

364Civ 1ere 29 juin 1982 D 1982 p 455 – TGI Pontoise 8 janvier 1975 in AVRIL « La responsabilité de l'avocat » n° 31 note 36

365BENABENT (A) « *Droit des obligations* », Montchrestien, 14ème édition 2014 p. 394

366Ass. plén. 6 octobre 2006, n° 05-13.255, RTD civ. 2007, p. 123, observations JOURDAIN (P)

est visée³⁶⁷.

89. En dépit d'un tel régime de responsabilité signant l'absence de relation entre les protagonistes, la réalité concernant l'attitude de l'avocat à tenir envers le tiers est particulière. En effet, par principe l'avocat n'est pas tenu d'informer les tiers, c'est-à-dire ceux ne rentrant pas dans le cadre du contrat de mandat, ou encore ceux ne se présentant pas comme étant ses clients³⁶⁸. Pourtant ce postulat a été revu dans le cadre de la mission de rédacteur par exemple, ou le professionnel doit également informer les tiers, et ce pour deux raisons. La première, est que pour mener à bien la rédaction d'un acte juridique, il faut prendre en compte les risques d'annulation ou de résolution, ce qui implique de conseiller non seulement celui qui a donné mandat au professionnel, mais aussi l'autre partie³⁶⁹. Enfin, l'effet relatif du contrat ne doit pas aboutir à nuire à l'obligation de loyauté³⁷⁰ du professionnel. Ainsi, celui-ci ne doit taire volontairement des informations à des tiers concernant son client qui pourraient leur être préjudiciable, sans quoi il serait responsable d'une faute au terme de l'article 1382 C.civ. Pour autant, s'il pèse sur les auxiliaires de justice une obligation de loyauté et d'information à l'égard de toutes les parties en cause, « *ceci ne lui impose pas d'assurer au lieu et place de son adversaire, la surveillance et les investigations nécessaires à la sauvegarde d'une créance qu'il combat, alors que l'entreprise dont il défendait les intérêts se trouvait in bonis lorsqu'il a été chargé de la représenter devant le tribunal* »³⁷¹. Les juges ont également souligné que bien que tenu à l'égard de la partie adverse, l'avocat n'avait pas à prendre l'initiative de lui délivrer des informations ou des conseils³⁷². Son rôle est donc fort heureusement limité envers une personne qui ne serait pas son client

90. Les exemples de mise en cause de responsabilité sur le plan délictuel sont multiples : outre le cas de l'avocat rédacteur d'un contrat qui commet une erreur et causant un préjudice à un tiers, permettant à ce dernier d'invoquer tout manquement du débiteur contractuel³⁷³ ; l'avocat sera aussi responsable envers l'adjudicataire d'un l'immeuble saisi, sur une base de nature délictuelle puisque rien ne les lie juridiquement³⁷⁴. Il n'y a pas d'impunité en dehors du champ contractuel. Pour satisfaire un tel principe, et dans le combat qu'il soutient contre

367JOURDAIN (P) « *La Cour de cassation consacre en Assemblée plénière le principe des fautes contractuelles et délictuelle* », RTD civ. 2007 p. 123

368Civ 1ere 22 mai 2001 n°98 -21 799 juris data n° 2001- 009770

369VINEY (G) « *Responsabilité civile* » JCP G 1998, chron. I, 144 p.1094

370Les manquements au devoir de loyauté représente 1,15% selon le SCB in www.scb-assurances.com

371CA Aix-en-Provence 1ère Ch. Section B, 9 avril 1998, n°223

372Civ 1ere 26 septembre 2012 n°11-20259

373Civ 1ere 13 février 2001 D avril 2001

374Civ 1ere 25 novembre 2010 n° 09-70.767

l'adversaire, MARTIN souligne que l'avocat est tenu en plus du respect des règles de procédure, d'un devoir général de prudence. Il doit modérer le ton employé lors de l'exposé de ses moyens et de son argumentation devant les tribunaux, et doit respecter une certaine proportion entre les mesures qu'il va initier et le résultat à poursuivre³⁷⁵. Ainsi, il sera fautif de poursuivre une saisie immobilière pour une créance minimale³⁷⁶. La nature délictuelle de la responsabilité de l'avocat à l'égard des tiers emporte une autre conséquence : l'avocat ne peut s'exonérer de ses fautes par une clause de non responsabilité³⁷⁷. En effet, l'absence de contrat ne peut avoir pour conséquence d'ignorer les obligations professionnelles auxquelles l'avocat est tenu. Ce n'est pas le contrat qui force à agir avec bienveillance, diligence, ou prudence, mais la déontologie. Or la déontologie transcende, dépasse le lien contractuel. Elle existe pour la profession, et au nom de la profession, peu importe la qualité du profane qui s'adresse à lui, client ou tiers, l'avocat lui doit – presque- toutes les mêmes qualités. Il est donc à ce titre responsable « même envers la partie adverse de toute carence préjudiciable »³⁷⁸.

91. A noter qu'à côté de l'article 1382 C.civ, le tiers peut selon la cause discutée, avoir recours à d'autres fondements lorsqu'il dirige une action contre un avocat qui n'est pas son conseil. Ainsi, toute atteinte à la présomption d'innocence consistant à présenter publiquement comme coupable et avant condamnation, une personne poursuivie pénalement ; relève de l'article 9-1 C.civ. Dans une décision initialement rendue par la Cour d'appel de Besançon, un avocat fut condamné pour avoir relaté une affaire pénale au stade de l'instruction. La Cour a retenu « une faute délictuelle d'autant plus flagrante que la relation de tels faits ne pouvait trouver aucune justification dans le cadre du procès civil en responsabilité... puisqu'il n'y avait aucun rapport entre ces faits et l'objet de ce procès civil »³⁷⁹. Elle s'est basée sur l'article 9-1 évoqué. Pour autant, la règle est que même lorsqu'il invoque un manquement contractuel dès lors qu'il lui a été dommageable, le tiers au contrat, en l'espèce l'épouse du client, doit le faire sur la base du fondement délictuel³⁸⁰, et non sur l'article 1165 C.civ gouvernant l'effet relatif des contrats.

375MARTIN (R) « Déontologie de l'avocat » Litec 2005 note 448

376Civ 1ere 3 novembre 1931 Gaz pal 1932 p 852 – Pau 11 juin 1981 Gaz pal 1981 2 p 641

377Civ 2eme 15 juin 1994 n°92-18.048 Bull. civ. II n°155

378Civ 1ere 26 septembre 2012 n°11-16959

379Civ.1ère 10 septembre 2013, n° 13-22612

380Civ 1ere 17 octobre 2012 n°11-25.252 NP

2 - La responsabilité délictuelle envers le client

92. Au début du XVIII^e siècle, il était admis qu'un « *client doit être docile et suivre les conseils de son avocat ; autrement il n'est pas digne du secours de son défenseur* »³⁸¹. selon ce raisonnement il paraissait totalement extravagant de rechercher la responsabilité de son propre avocat. Néanmoins, lors de l'apparition des premiers contentieux, c'est sur le terrain du régime de responsabilité délictuel que devait se résoudre un litige entre l'avocat et son client. Il en est autrement désormais, si le régime de responsabilité contractuelle s'applique dans le cadre de la relation entre le professionnel et son client, il arrive encore que le régime de la responsabilité délictuelle soit retenu.

93. Il s'agit ceci dit de cas limités Aussi, un fondement de nature délictuelle ou quasi délictuelle s'appliquera lorsque l'avocat agit de sa propre initiative, c'est à dire outrepassant sa mission initiale. S'il s'en tient à ce que convenu avec son client, c'est à dire qu'il agit dans le strict cadre de son mandat, la responsabilité contractuelle sera de mise. A défaut et pour ne pas priver le justiciable d'indemnités en cas de préjudice résultant des actions du professionnel, le régime de nature délictuelle est opérant. De même, la responsabilité de l'avocat non choisi par son client, mais désigné par le Bâtonnier de l'Ordre des avocats en qualité de suppléant d'un confrère provisoirement empêché d'exercer ses fonctions, sera de nature extra-contractuelle³⁸²

Au final, peu importe la nature de la responsabilité envisagée, l'avocat doit rendre des comptes. Mais, force est de constater que le régime de responsabilité délictuelle qui lui applicable est celui de droit commun. Ni le législateur, ni les juges, n'ont entendu faire valoir et créer un droit spécifique en la matière comme il en existe par ailleurs³⁸³. Le droit commun de la responsabilité civile remplit les conditions adéquates pour s'appliquer au cas de la responsabilité civile de l'avocat.

381KARPIK (L) « *Les avocats, entre l'Etat, le public et le marché XIIIe – XXe siècle* », Bibliothèque des sciences humaines, NRF édition Gallimard, propos sur « *L'autorité professionnelle* » p.249 et suivant.

382Civ 1ere 5 mai 2004, n°01-15.925, Bull. civ. I, n°124, D. 2005, p. 332, observations. JULIEN (J) - FRICERO (N) JCP G 2005, I, n°112, observation. MARTIN (R).

383Tel est le cas par exemple de la loi du 9 avril 1898 relative à l'indemnisation des accidents du travail, ayant crée un régime spécial de responsabilité, en marge des principes définis par le Code civil. JORF du 10 avril 1898 page 2209.

Section II - LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE CIVILE DE L'AVOCAT, LA SOUMISSION AUX QUALIFICATIONS HABITUELLES

94. L'effectivité de l'application du régime de responsabilité civile est soumise à la classique tripartite : faute dommage et lien de causalité, valable tant pour les mises en cause de nature délictuelle que contractuelle. L'avocat n'échappe pas à ce régime de droit commun. Ainsi en dépit des spécificités de sa profession, celui ci reste soumis aux qualifications habituelles afférentes à la responsabilité civile. En effet, selon Maître AVRIL, « *les termes de la loi du 31 décembre 1971 ont donné à l'avocat une situation ordinaire* »³⁸⁴. Le temps de son irresponsabilité est dévolu. A ce titre il engage sa responsabilité civile sur la même base que tout justiciable. Il ne bénéficie d'aucun régime ou qualifications spécifiques ;

Ainsi, pour être reconnu responsable civilement, il doit être imputé au professionnel une faute constituant un fait dommageable (§1) un préjudice ainsi qu'un lien de causalité entre ces deux (§2)

Paragraphe I - Le constat d'une faute

La faute est une notion qui ne reçoit pas formellement de définition. Si la détermination des éléments qui la constituent peut être sujette à controverse³⁸⁵, la doctrine la définit de manière unanime. Selon VINEY elle est caractérisée par « *la méconnaissance d'un devoir ou d'une obligation imposée par l'ordre juridique* »³⁸⁶. Pour PLANIOL, elle est un manquement à une obligation préexistante, qui doit être réparé³⁸⁷ - cette définition ayant le mérite de montrer que, conformément à l'étymologie,³⁸⁸ la faute est une défaillance, un manquement à une règle préétablie³⁸⁹ -, pour MAZEAUD une erreur ou défaillance de conduite³⁹⁰. Enfin le

384AVRIL (Y) « *La responsabilité de l'avocat* » Dalloz 2008 précité p 45

385VINEY (G) – JOURDAIN (P) - CARVAL (S) dir.GHESTIN (J) « *Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité* » LGDJ, 4eme édition 2013 p 442

386VINEY (G) « *Traité de droit civil* » précité p 442

387PLANIOL (M) « *Traité élémentaire de droit civil, Les obligations* » Tome. II, 8eme édition Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, n° 863

388CNRTL extrait de définition, faute : *fallita* en latin « *manque, action de faillir* » <http://www.cnrtl.fr/etymologie/faute>

389 FAURE-ABBAD (M) « *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)* » LGDJ 2003 p 180

390De MAILLARD (C et J) « *La responsabilité juridique* » Flammarion 1999 p 11

TOURNEAU la résume en un » *comportement illicite qui contrevient à une obligation ou à un devoir imposé par la loi, par la coutume, ou par une norme générale de comportement* »³⁹¹. L'idée de la faute comme étant la transgression d'un devoir préexistant semble majoritaire.

95. La faute commise par un avocat, sous entendu dans le cadre de sa profession, répond sans grande surprise au nom de faute professionnelle. Se nomme ainsi tout faute commise par une personne lors de sa profession³⁹², lorsque celle ci adopte un comportement illicite qui contrevient à un devoir imposé par la loi, par la coutume, ou par une norme générale de comportement³⁹³. Si ce terme de faute professionnelle est plutôt général dans la mesure où il concerne quantité de professions, les fautes professionnelles de l'avocat en particulier sont à l'image des activités qu'il exerce, c'est à dire bien spécifiques. Jusqu'en 1971, il n'existait aucune définition de celle ci, puis le législateur faisant écho aux juges, a introduit la notion de négligence à coté de celle de faute, via l'article 27 de la loi du 31 décembre 1971.

Les fautes professionnelles se limitent au cadre de l'exercice professionnel et des règles lui étant rattachables (A) elles s'analysent par conséquent comme étant de véritables manquements aux devoirs de l'avocat (B)

A - La faute commise dans le cadre de l'exercice de la profession

96. Plus précisément, la faute est un concept qui se décline tant dans l'action par le fait de commettre une erreur, que dans l'omission, soit un fait négatif, une abstention. L'avocat doit ainsi savoir avertir son client, attirer son attention sur des points particuliers si cela participe à ses intérêts, aussi s'en abstenir peut être fautif³⁹⁴. La faute peut également être intentionnelle ou non, encore que les hypothèses de faute volontaire d'un avocat ne soient pas répandues,

391Le TOURNEAU (Ph) « *Droit de la responsabilité et des contrats* » Régimes d'indemnisation, Dalloz Action, 10eme édition 2013-2014, n° 6705

392MAZEAUD (J) – CHABAS (F) « *Leçons de droit civil* » 8e edition Montchretien T II Obligations théorie générale n° 474

393Le TOURNEAU (Ph) *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Dalloz Action, éd. 2010-2011, n° 6705.

394Civ 1ere 2 octobre 2013 n° 12-14.457, D. avocats 2013. 402, observations DARGEN (L) : l'avocat a le devoir d'attirer l'attention des clients sur l'imminence de la caducité d'une promesse de vente et sur la possibilité d'obtenir le remboursement immédiat de l'indemnité d'immobilisation à une époque où le vendeur était en mesure de la restituer - Civ. 1^{er}, 30 avril 2014, n° 13-11.667 : de même, il doit attirer l'attention sur un argument de la partie adverse susceptible d'avoir une incidence sur la décision à intervenir

même si elles existent³⁹⁵. Anciennement, la faute commise devait être « *manifeste* »³⁹⁶, grave, soit une « *faute grossière* »³⁹⁷, « *caractérisée* »³⁹⁸ et « *dommageable* »³⁹⁹, pour que l’avocat voit sa responsabilité engagée. Celle-ci était donc limitée. Dorénavant, toute idée de degré de faute est à exclure, de sorte que toute faute de l’avocat est prise en compte qu’elle que soit sa gravité, même légère⁴⁰⁰, c’est « *la désacralisation des fonctions de l’avocat* »⁴⁰¹. La responsabilité de l’avocat est incontestablement une responsabilité pour faute, soit celle consistant en une action contraire aux intérêts du justiciable, ou une inaction fautive du fait des conséquences qui en découleraient. La faute professionnelle peut être envisagée tant dans le cadre des activités judiciaires que juridiques. Il convient dès lors d’envisager dans quels contextes la faute peut apparaître et dans quelle conditions elle aboutit à un litige.

La faute naît très souvent de la négligence ou l’ignorance de l’évolution jurisprudentielle (1). Elle se détermine au regard du critère du bon professionnel, remplacé depuis peu par la notion de « raisonnable »⁴⁰²(2).

1 - La faute face à l’évolution du droit positif

97. Les évolutions jurisprudentielles et du droit en général sont pléthores et rythment nécessairement la vie de tout professionnel du droit. En effet, véritable outil de base et matière non figée⁴⁰³, le droit positif doit être maîtrisé par l’avocat qui s’y réfère le plus précisément possible. Il doit donc pour ce faire, s’informer des éventuels revirements de jurisprudence⁴⁰⁴ ou des créations prétoriques, bien que « *ce qu’on appelle le revirement de*

395Civ 1^{ère} juillet 2010 inédit

396SAVATIER (R) « *Les contrats de conseil professionnel en droit privé* » Dalloz 1972

397Arrêt sur Requête du 2 mars 1926

398CA Rennes 12 octobre 1974 – CA Aix 10 mars 1980 GAZ Pal 1980 I 269

399CA Lyon 12 janvier 1932 S 1933 II 46

400TAISNE (J-J) « *La déontologie de l’avocat* » Connaissance du droit, 8^{ème} édition p. 175

401DEMEESTER (M-L) « *Avocat responsabilité* », Répertoire de droit civil, Dalloz, janvier 2009 n°2.

402Issu du latin « *bonus pater familias* », cette expression désuète était encore utilisée dans une dizaine de textes de loi pour désigner un comportement raisonnable et mesuré. Désormais, l’expression « soins d’un bon père de famille » sera remplacée par « soins raisonnables », et « en bon père de famille » sera remplacé par « raisonnablement » ou « raisonnable », du fait de la loi n° 2014-873 pour l’égalité réelle entre les femmes et les hommes, publiée le 4 août 2014.

403Au début du XIX^{ème} siècle cinq codes étaient en vigueur, il s’agissait du code civil, code de procédure civile, Code pénal, Code d’instruction criminelle, et le Code de commerce. Aujourd’hui, il n’existe pas moins de soixante-dix codes

404Civ. 1^{ère} 15 octobre 1985, Bull n° 257 : Commet une faute un avocat qui agit pour son client en méconnaissance d’une nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation- Civ. 1^{ère} 5 février. 2009, n°07-20.196, JurisData 2009-046831

jurisprudence est forcément vécu par l'avocat comme une trahison »⁴⁰⁵. C'est par le biais du respect de cette obligation purement professionnelle – puisqu'il ne peut être raisonnablement reproché à un simple profane, en dépit de l'adage « nul n'est sensé ignorer la loi » de ne pas être au fait de ces évolutions - que la responsabilité de l'avocat pourra ou non être reconnue. Ainsi par principe, celle ci ne pourra être valablement retenue lorsque l'acte ou la prestation effectué est conforme aux connaissances des professionnels au moment de son intervention. Les éventuels manquements de l'avocat ne s'évaluent donc qu'au regard du droit positif, le droit existant au moment dit⁴⁰⁶. Les mêmes exigences s'appliquent pour le notaire⁴⁰⁷.

98. L'avocat s'il n'est pas tenu d'être devin en prévoyant un quelconque revirement⁴⁰⁸, doit faire face aux évolutions qui ont déjà été commencées, et ce au regard de son devoir de vigilance et de compétence, puisqu'« *il est tenu de discerner dans le présent les prémices d'une évolution jurisprudentielle* »⁴⁰⁹. Respecter ceci tout en restant logique avec la précédente jurisprudence, amène l'avocat à devoir se prémunir contre les évolutions jurisprudentielles, du moins celles qui seraient prévisibles⁴¹⁰, à défaut de cette prévisibilité, sa responsabilité ne peut être légitimement retenue⁴¹¹. Toutefois il ne peut échapper à sa responsabilité pour n'avoir pas intégré une décision qui ne constitue « *ni un revirement ni l'expression d'une évolution imprévisible de la jurisprudence* »⁴¹², dans la mesure où celle ci s'inscrit et a un sens par rapport au droit positif. L'avocat doit donc être très prudent quant à l'état du droit au moment où il traite le contentieux dont il a été saisi. Cette exigence a mené à une décision fort sévère rendue par la CA de Caen⁴¹³, la Cour retenant que l'avocat, bien que dessaisi de sa mission par son client, avait l'obligation de lui donner son avis sur l'opportunité d'un appel et qu'il aurait dû le conseiller, au motif du caractère sérieux et véritable de l'espérance en une obtention de la garantie des assureurs, et en retenant notamment qu'une affaire similaire opposant l'assuré à la compagnie avait connu, en appel, un sort favorable. Cette décision faisait perdurer à la charge de l'avocat l'obligation de conseil dont il n'est tenu que durant le temps de sa mission, alors qu'il avait été mis fin au mandat. Incohérent du point

405« *Quoi j'avais raison hier j'ai tort aujourd'hui* » SOULEZ LARIVIERE (D) in « *Paroles d'avocats : anthologie d'éloquence judiciaire* » Hermann éditeurs 2010 p 9

406Civ 1ere 25 novembre 1997 RTD civ 1998 327 note MESTRE (J) - Cass 1ere civ du 30 mai 2013 n° 12-22910 « *les éventuels manquements de l'avocat à ses obligations professionnelles s'apprécient au regard d'intervention* ».

407Civ 1ère 7 mars 2006, n°04-10.101, Bull. civ. I n°136, RTD civ. 2006, p. 521 observations DEUMIER

408Civ 1ere 15 décembre 2011, n°10-24.550

409Civ 1ere 7 mars 2006 Bull civ I n° 136 AJDI 2006

410Civ 1ere 5 février 2009 Bull civ I n° 21 D 2010 Pan 56 observation Brun

411Civ 1^{re} 15 décembre 2011 n° 10-24.550 D 2012

412Civ 1re 4 juin 2014 n° 13-14.363

413CA Caen 1ere 24 janvier 1997, juris data n°043814

de vue du droit, le jugement fut cassé par la Cour de cassation, les juges soulignèrent « *qu'aux termes de l'article 419 du NCPC, le représentant qui entend mettre fin à son mandat n'en est déchargé qu'après avoir informé de son intention son mandant, le juge et la partie adverse . De plus, selon l'article 156 du décret du 29 novembre 1991, l'avocat doit conduire jusqu'à son terme l'affaire dont il est chargé, sauf si son client l'en décharge ou si lui-même décide de ne pas poursuivre sa mission, sous réserve, dans ce dernier cas, que le client soit prévenu en temps utile pour pourvoir à la défense de ses intérêts. Il doit observer les règles de prudence et de diligence qu'inspire la sauvegarde des intérêts qui lui sont confiés par ses clients. En l'espèce, les correspondances échangées traduisaient assurément le désir commun des parties de mettre un terme au mandat de l'avocat ; que l'avocat qui ayant fait le nécessaire pour préserver les intérêts de son ancien client lors de l'audience au tribunal n'était plus tenu d'une obligation de conseil quant au jugement rendu.* »⁴¹⁴.

99. L'appréciation de sa responsabilité se fait dans le temps⁴¹⁵, soit le jour où l'avocat agit en méconnaissance des obligations évoquées. Toutes ces nécessaires précautions incombant à l'avocat découlent d'une obligation à caractère professionnel au nom de la vigilance et de la compétence, or ces qualités sont les armes du professionnel. Mais pas n'importe quel professionnel, ceci implique un type de comportement particulier, mesuré sous l'angle dit du critère de « *bon professionnel* », soit la forme d'un idéal ici adapté au professionnel.

2 - La faute au regard du critère de bon professionnel

100. Cette expression n'est que la transposition du « *bon père de famille* » tel que l'article 1137 du Code civil le prescrit⁴¹⁶. Elle traduit l'impérieuse nécessité de « *soin* » initialement prévue par le législateur à la charge de tout contractant, attendue plus spécifiquement ici de la part du professionnel à l'égard de ses clients. Le bon professionnel est donc une mesure de référence utilisée par les juges pour apprécier si une faute a été commise ou pas. La référence au bon père de famille permet d'évaluer la gestion des comportements et d'évaluer le mérite social de l'individu⁴¹⁷. Le bon professionnel, le bon médecin... Tel arrêt mentionne les « *soins*

414Civ 1ere 4 octobre 2000 juris data n° 006104

415JOURDAIN (P) « *La responsabilité de l'avocat et les revirements de jurisprudence* » RTD civ octobre-décembre 2009, chron.n°2 p.725

416Edit : au moment de la rédaction l'expression était encore consacrée et non modifiée par la loi sur l'égalité hommes/femmes. Désormais l'article commande d'agir en étant « *raisonnable* » .

417DE MAILLARD (C et J) « *La responsabilité juridique* » Flammarion 1999 p 11

que l'on peut normalement attendre d'un professionnel avisé »⁴¹⁸. Un autre se réfère à un « mandataire normalement diligent »⁴¹⁹. Il s'agit encore du « reasonable man de la Common Law »⁴²⁰ ou de l'homme qui déploie la « diligence exigible dans le commerce social » en Allemagne⁴²¹.

101. Concernant l'avocat « normalement prudent et diligent »⁴²², l'attitude doit être conforme aux obligations auxquelles il est soumis, de sorte que l'avocat doit atteindre la « quasi perfection »⁴²³. L'obligation principale sous jacente à ces qualités n'est autre que celle d'obligation de conseil, dont l'avocat est classiquement débiteur. Cependant, les règles professionnelles et la déontologie sont aussi visées ici, en plus de celles à caractère civil. Aussi, du fait de prescriptions spécifiques à caractère professionnel « compétence, dévouement, diligence et prudence »⁴²⁴ ; les principes ayant trait au droit civil se trouvent mêlés à des règles qui échappent au droit commun. Est pour cause, même si le devoir de dévouement⁴²⁵ a la particularité de n'engager que la responsabilité disciplinaire de l'avocat, les autres devoirs⁴²⁶ cités engagent également sa responsabilité civile. Il y a donc une incidence des règles de la déontologie dans l'appréciation des fautes relevant de la responsabilité de droit civil⁴²⁷ du bon professionnel. Les fautes se mesurent au regard d'obligations préalables à celles établies par le juge civil : celles de nature professionnelle. Ces dernières dans la mesure où elles précèdent la faute doivent être appréhendées et identifiées. Il est nécessaire de s'y attarder, afin que la notion même de faute soit le plus largement entendue.

418Civ 1ere 22 mars 1977, Bull. civ. I, n°1431

419Angers, 30 avril 1996, Juris-Data n°042850, cité par LE TOURNEAU (Ph) – CADIET (L) in « Droit de la responsabilité et des contrats » n°3520

420MAZEAUD (H-L) - TUNC (A) « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile », n°444, p. 508 et suivant

421§276 du BGB. CONSTANTINESCO (V-L-J) « Inexécution et faute contractuelle en droit comparé, » n°209, p. 333 in AURE-ABBAD (M) « Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat) » LGDJ 2003

422AVRIL (Y) « La responsabilité civile de l'avocat » Thèse Rennes précitée p 43

423AVRIL(Y) « Responsabilité des avocats » Dalloz, 3ème édition, 2015-2016, p. 44

424Article. 3 du décret n°2005-790 du 12 juillet 2005.

425CA Bordeaux 11 mars 1983 Gaz Pal 1983 jcp p384 note DAMIEN (A) in AVRIL « La responsabilité des avocats » p 232

426CA Rennes 10 novembre 2006, inédit AVRIL « Responsabilité des avocats » le devoir de compétence p 231

427Civ 1ere 23 novembre 2004, Bull. civ. I n°281 : « l'auxiliaire de justice, s'il doit s'acquitter de son obligation d'information de façon complète et objective, a, en déontologie, pour devoir de déconseiller l'exercice d'une voie de droit vouée à l'échec ou à plus forte raison abusive »

B - Les fautes ou manquements aux devoirs de l'avocat

Si la faute s'analyse au regard de manquements commis par le professionnel comme précisé ci dessus, encore faut il déterminer les devoirs bafoués. En effet selon Le TOURNEAU « *pour savoir si la condition d'ouverture du régime de la défaillance contractuelle, l'inexécution, est remplie, il faut déterminer le contenu du contrat. Cette analyse préliminaire est primordiale* »⁴²⁸. Ces exigences érigées en « devoirs professionnels » peuvent être d'origine tant prétorienne (1) que déontologique (2)

1 - Les devoirs d'origine prétorienne

102. La place du pouvoir prétorien est importante dans l'histoire de la responsabilité de l'avocat. C'est bien le juge qui est à l'initiative du devoir de conseil, devoir impérial et absolu. Celui ci se subdivise en deux autres obligations bien moins conséquentes car plus formelles : les obligations d'information et de renseignement, le devoir de conseil étant un véritable « *fourre tout des obligations professionnelles* »⁴²⁹. Par conséquent l'avocat a par exemple obligation d'informer son client, sur les voies de recours notamment⁴³⁰, ou encore de s'enquérir « *des éléments d'information et les documents propres à lui permettre d'assurer, au mieux, la défense des intérêts du client* »⁴³¹. Informer suppose également de déconseiller, véritable obligation de « *conseil en creux* »⁴³², l'exercice d'une voie de droit sans chance sérieuse d'aboutir ou abusive. Voilà pourquoi l'avocat ne peut être tenu de délivrer une information « *qui aurait eu pour seule justification de permettre au client d'engager un recours abusivement, à des fins purement dilatoires* »⁴³³. L'interdiction de l'abus de droit constitue une véritable limite au devoir de conseil.

103. De même l'avocat doit s'abstenir de donner des renseignements insuffisants ou erronés⁴³⁴. Le contentieux relatif aux erreurs dans le choix des fondements juridiques n'est pas

428Le TOURNEAU (Ph) « *Droit de la responsabilité et des contrats* » Dalloz, collection Dalloz action 2012-2013, 9eme édition n° 1009

429Civ 1ere 24 avril 2013, n° 12-20400

430Civ 1ere 13 novembre 1997 n°95-14.141, Bull. civ. I n°303

431Civ 1ère 28 mars 2008, n°07-10.807, resp civ et assur. 2008, comm. 192

432SAVATIER (R) « *Les contrats de conseil professionnel en droit privé* », D. 1972, chron. 23 p. 137

433Civ 1ère, 23 novembre 2004 : Bull. civ. I n°281 ; D 2005, 2857, note MORET BAILLY ; JCP 2005, II, 10058, note T. LAMARCHE - civ 1ere 30 mai 013 n°12-21.706

434CA Paris 29 septembre 1981, Gaz. Pal. 1982, 124 – Civ 1ère 16 septembre 2010, n°09-14.850, GUIOMARD (P) « *Responsabilité professionnelle de l'avocat pour erreur de fondement juridique* » Dalloz actualité, 19 octobre 2010

inexistant, ainsi les erreurs de règle de procédure représentent 9,25% des sinistres, et celles liées aux règles de droit 7,18% selon la SCB⁴³⁵. Depuis un arrêt de principe datant de 2006⁴³⁶, les juges ont mis en place le principe de concentration des moyens, obligeant l'avocat à présenter tous les moyens de droit dès la première instance. Cette initiative n'a pourtant pas d'effet protecteur à l'égard de l'avocat. Au contraire, selon la SCB cela n'empêchera en rien « *la multiplication des procès. Simplement, au lieu d'agir contre son adversaire sur un nouveau fondement, le demandeur agira contre son avocat en lui reprochant de ne pas l'avoir invoqué* »⁴³⁷.

104. L'omission consistant à ne pas communiquer les pièces nécessaires est également sanctionnée. Un vieil arrêt illustre un manquement assez grotesque de l'avocat : dans le cadre d'une menace d'expulsion de son client, le professionnel en joignant tout simplement un titre de pension militaire aurait fait cesser la situation litigieuse. Son manquement consistant à ne pas produire le document nécessaire à son argumentation fut reconnu et sa responsabilité engagée⁴³⁸. L'avocat doit également éviter de soulever de mauvais moyens.

105. En faisant littéralement référence à ces obligations ou sous catégorie d'obligation, les juges entendent les consacrer pleinement et les imposer au professionnel. Leur portée et leur existence trouve sens naturellement en amont de tout litige, mais les juges se retrouvent néanmoins créateur de ces devoirs en les révélant au justiciable et à l'avocat mis en cause. C'est en effet dans le cadre de litiges que les devoirs d'origine prétorienne sont précisés. Cette aptitude à révéler et non directement créer de toute pièce des obligations à la charge du professionnel, montre que ces dernières existaient déjà au préalable, car raccordées implicitement mais directement par nature, aux missions de l'avocat. A noter que le devoir de conseil apparaît dans les textes, il se retrouve dans l'article 412 du Code de procédure civile, en ce que « *la mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger* ». L'assistance contient en son sein l'obligation faite à l'avocat de conseiller et défendre son client c'est par ce biais que le devoir de conseil est fondé. Officiellement mise en lumière par le juge, cette obligation comme celles qui en découlent peuvent recevoir la qualification de devoir d'origine prétorienne.

435SCB ou Société de courtage des Barreaux. , in www.scb-assurances.com/fr/sinistre-rc/principales-causes-sinistre

436Ass. Plén. 7 juillet 2006, n°04-10.672, RTD Civ. 2006 p. 825, observations PERROT (R) Procédures 2006, n°10, observations PERROT (R) - WEILLER (L) D. 2006, p. 2135

437Société de courtage des Barreaux, « *Les dix commandements de l'avocat – Responsabilité civile professionnelle* », 2ème édition 2011 p. 16

438CA Lyon 13 janvier 1932, S. 1932, II, 46

Le manquement au devoir de conseil représente 15,33 % des sinistres selon les chiffres produits par le SCB⁴³⁹.

A côté, d'autres devoirs à la charge de l'avocat existent, ils sont en revanche d'origine déontologique.

2 - Les devoirs issus de la déontologie

106. La déontologie de l'avocat est contenue et précisée dans des textes spécifiques, plusieurs fois réformés, preuve de son évolution. Pour l'heure il existe le décret du 12 juillet 2005⁴⁴⁰ rappelant les principes essentiels de la profession d'avocat, ainsi que les devoirs auxquels il est tenu envers ses clients, de même que le règlement intérieur national ou RIN ou plus récemment le Code de l'avocat. Même si les devoirs déontologiques ne sont pas définis, « *ils doivent être perçus comme des amis, des complices et non des intrus* »⁴⁴¹ par le professionnel, car assimilables à des garde-fou. Au mieux, il est possible de trouver une liste de ces devoirs. Ainsi, l'article 3 du décret énonce ce en quoi consiste les devoirs professionnels de l'avocat, il dispose ainsi que l'avocat « *fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence* ». Ces principes sont des obligations civiles intégrées également dans les règles déontologiques⁴⁴². Mais, la compétence de l'avocat est une obligation déontologique pour sa part, or la déontologie oblige ses membres comme le prescrit l'article 3⁴⁴³. De même, l'article 9 impose à l'avocat d'assurer « *la validité, la pleine efficacité de l'acte suivant les prévisions des parties* » obligation tant civile que déontologique, dont l'irrespect sera sanctionné par le législateur. L'avocat est donc obligé tant sur le plan civil que professionnel. Il convient donc de préciser ce que sont ces devoirs déontologiques dont le manquement entraîne la responsabilité civile voire disciplinaire de l'avocat.

107. Fut un temps, l'avocat était celui qui pouvait bien parler d'une matière qu'il ne connaissait pas même la veille. Ceci est impossible désormais, du fait d'une exigence particulière : le devoir de compétence. Etre compétent selon le Littré, c'est détenir une

439SCB précité

440Décret n°2005-790 du 12 juill. 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat

441Le TOURNEAU (Ph) « *Ethique et droit* » in Thèse « *Contribution à l'étude juridique de la probité* » BRI-GAND (J-P) p 38

442Civ 1^{re} 30 octobre 2008 « *Le fondement de la responsabilité des avocats* », D. 2009, 995 AVRIL

443AVRIL (Y) « *La responsabilité de l'avocat* » Thèse rennes précitée p 41

« *habileté reconnue dans certaines matières, donnant un droit de décider* »⁴⁴⁴. Le terme renvoie à l'idée d'un droit de faire, de décider, au nom d'une habileté. En échange de ce pouvoir d'agir, existe aussi un devoir lors de la prise de décision, celui d'être habile, d'agir avec aptitude⁴⁴⁵. C'est bien en ce nom que le profane s'adresse au professionnel et lui confie ses intérêts. Ainsi la compétence, l'aptitude à, est un devoir qui incombe tout particulièrement au professionnel. S'agissant de l'avocat, le devoir de compétence est à sa charge comme le précisent les dispositions de l'article 3 du décret du 12 juillet 2005, et 1.3 du RIN. Ce devoir s'illustre pleinement par le biais de l'obligation de formation continue⁴⁴⁶, obligation dont l'irrespect est d'ailleurs sanctionnée⁴⁴⁷. L'article 14 -2 de la loi du 31 décembre 1971 dispose que « *la formation continue est obligatoire pour les avocats inscrits au Tableau de l'Ordre* », et les articles 85 et 85-1 du décret du 27 novembre 1991 précisent que cette obligation « *assure la mise à jour et le perfectionnement des connaissances nécessaires à l'exercice de la profession* ». Pour être le plus compétent possible, l'avocat doit continuer de se former nonobstant ses diplômes, afin de se tenir informé des évolutions du droit, en suivant au minimum vingt heures de formation continue au cours d'une année civile. Le but poursuivi est simple : le professionnel doit être et rester compétent donc efficace, car « *le bon professionnel est censé connaître toutes les règles de son métier et ses usages particuliers, l'homme de métier doit toujours être à la page* » selon Le TOURNEAU⁴⁴⁸.

108. Le professionnel au titre de la compétence doit donc connaître la législation, la réglementation, les usages de sa profession, et être en mesure d'élaborer pleinement le dossier de son client. La compétence renvoie donc à l'idée d'efficacité. C'est encore une fois pour cette raison que le justiciable a recours à un professionnel : pour que du fait de ses compétences, il soit efficace pour défendre des intérêts lésés. La compétence technique du professionnel est donc présumée de manière irréfragable selon Le TOURNEAU⁴⁴⁹. Il doit en

444Extrait du Littré dictionnaire littéraire en ligne note 2 <http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/competence/14663>

445Extrait du Littré « habileté : aptitude à » <http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/aptitude>

446Loi n°2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques

447CA Bordeaux 14 octobre 2008 n°08-02372 et n° 08-03101 - CA Lyon audience solennelle 6 mai 2010 JCP 2009 I 120 n°12 obs BORTOLUZZI : L'irrespect de cette obligation bien que cela ne soit pas prévu par les textes est sanctionné disciplinairement sur la base de l'art 183 du décret du 2è novembre 1991 relatif à la contravention aux lois et règlements. Le conseil de discipline est donc fondé à prononcé une peine d'avertissement à l'encontre de professionnels défaillants

448LE TOURNEAU (Ph) « *Responsabilité civile professionnelle* » Dalloz référence 1990 p 22

449LE TOURNEAU (Ph) « *La responsabilité civile professionnelle* » Dalloz référence 2005 2eme édition p 107

tout état de cause « *se montrer curieux pour pallier son ignorance* »⁴⁵⁰. La curiosité se déclinant elle même en obligation pour l'avocat, au nom du devoir de compétence. Une application de ce devoir de curiosité de l'avocat consiste à provoquer chez ses clients des explications sur un point particulier si cela s'avère nécessaire, pour la compréhension du cas soumis et le bon établissement de la mission du professionnel⁴⁵¹.

109. La Cour de cassation a fait expressément référence au devoir de compétence⁴⁵². Mais encore faut il cerner précisément ses contours au risque de créer un champ de responsabilité illimité. Qu'est donc le devoir de compétence ? Il n'existe pas de définition précise. La notion est seulement abordée via les fins qu'elle poursuit et les moyens pour y parvenir. Tel est le cas de la formation continue, obligation de tout avocat. A ce titre, un Bâtonnier n'a pas hésité à proposer une évaluation des connaissances⁴⁵³. La prudence⁴⁵⁴ incite l'avocat à tenir compte des limites de ses connaissances et de ses capacités, comme le recommandent le règlement intérieur unifié du Conseil national du Barreau, et le Code européen de déontologie. Un avocat qui accepterait de prendre un dossier « *qui n'est pas dans sa compétence alors qu'il le sait, commet une grave faute déontologique* »⁴⁵⁵, en plus d'être imprudent, et VOLTAIRE d'ajouter : « *du moins devrait-il se taire sur les choses qui ne sont pas de sa compétence* »⁴⁵⁶. Celui qui n'est pas ou non suffisamment compétent est sommé de se retirer. Il existe bel et bien « *une obligation de connaissance, puisque le professionnel doit savoir ce qui relève de sa compétence* »⁴⁵⁷, encore que les renseignements livrés doivent être utiles au contractant, en d'autres termes pertinents pour le client⁴⁵⁸. L'avocat est donc redevable à ce titre au justiciable. Pour illustration, la jurisprudence a sanctionné sur la base d'un défaut de compétence, un professionnel n'ayant pas tenu compte des évolutions jurisprudentielles⁴⁵⁹. Ceci dit le défaut de compétence ne peut se cantonner à la méconnaissance du droit positif. La notion de compétence doit donc être clairement établie pour éviter un contentieux tant inutile

450 PANHALEUX in WILMANN (M) « *La responsabilité des auxiliaires de justice* » Thèse la Rochelle 2005 p 209

451 Civ 1ere 2 avril 1963 : Bull. civ. I, n° 200 ; RTD civ. 1963, p. 607, observations HEBRAUD (E) et RAYNAUD.(P)

452 Civ 1ere 14 mai 2009, n°08-15.899

453 COHEN (C) « *La compétence, qu'est-ce qu'un avocat compétent ?* », site internet de l'Ordre des avocats à la Cour d'Appel d'Aix en Provence, article n°73, in Société de courtage des Barreaux, « *Les dix commandements de l'avocat – Responsabilité civile professionnelle* », 2eme éd. 2011 p. 29.

454 Voir principe de prudence p 120

455 BRAUNSCHEWIG, (J- M) DEMAISON (J) sous leur direction « *Profession avocat – Le Guide* » Lamy, 2014 p. 284

456 VOLTAIRE « *Oeuvres complètes* ». édition Paris Sautet 1827 Tome III 2e partie

457 MALAURIE (Ph) ROUZET (G) « *Responsabilité professionnelle : devoir d'information, règles de preuve, devoir de conseil et clauses contraires* » p 9

458 Civ 1ere 14 mai 1991 Bull I n° 147

459 Civ 1ere 14 mai 2009, n°08-15.899, précité

qu'infamant pour le professionnel. La compétence technique du professionnel est présumée, mais ce qui est certain, c'est que ce dernier doit être vigilant, car il « *n'a pas le droit à l'erreur juridique* »⁴⁶⁰.

110. La vigilance, énoncée également dans l'article 3 du décret de 2005 se retrouve aussi dans les textes récents relatifs à la lutte contre le blanchiment d'argent. Cette obligation est évocable par exemple dans le cas précis de surveillance des délais pour agir. Le professionnel doit être alerte, actif. Etre vigilant reste ceci dit une obligation générale, à la charge tant du bon professionnel, qu'anciennement du bon père de famille⁴⁶¹. Sa spécificité ne se constate qu'à travers des exemples ponctuels concernant directement l'avocat, aussi cela n'est pas suffisant pour en faire un devoir particulièrement rattachable à ce dernier. Si une telle obligation est néanmoins soulignée par les textes professionnels ça n'est que pour rappeler aux concernés ce qu'il est attendu d'eux : « *qu'ils soient actifs, qu'ils n'attendent pas passivement le déroulement des événements* »⁴⁶². Le devoir de dévouement comme dit plus haut ne concerne que la responsabilité disciplinaire de l'avocat de sorte qu'il ne sera pas traité ici.

111. La diligence pour sa part, est le constat d'une mission « *exercée avec ponctualité, célérité et en même temps dotée d'efficacité* » comme le précise Yves AVRIL⁴⁶³. C'est ainsi que l'avocat est « *tenu d'effectuer avec diligence les formalités qui lui incombent dans le cadre de son mandat, même si son client ne lui signale pas d'urgence en particulier* »⁴⁶⁴. Il doit également accomplir « *tous les actes et formalités nécessaires à la régularité de forme et de fond de la procédure, et régulariser les diligences procédurales adéquates exigées par les textes et la jurisprudence spécifique à cette matière* »⁴⁶⁵. Le devoir de diligence s'étend au delà de la procédure judiciaire. Ainsi, l'avocat absent lors des rendez-vous d'expertise engage sa responsabilité⁴⁶⁶. La mauvaise exécution d'un acte, tel le non-renouvellement d'une inscription d'une hypothèque provisoire⁴⁶⁷, la saisie d'une juridiction incompétente, la préparation bâclée d'un dossier ou encore le traitement de celui ci dans l'irrespect des délais

460ALEXANDRE (J-J) « *La prestation de conseil juridique en droit français* » p 289

461dit : au moment de la rédaction l'expression était encore consacrée et non modifiée par la loi sur l'égalité hommes/femmes. Désormais il convient d'agir en étant « raisonnable » .

462MALAURIE (PH) ROUZET (G) p 16

463AVRIL (Y) Thèse Rennes précitée p 70

464CA Caen 1ère Ch. 12 décembre 1995, JurisData n°1995-051505

465Civ 1ère 7 mai 2008, n°07-14.872

466TGI Paris 13 novembre 1989, Gaz. Pal. 30 août 1990, 6

467CA Montpellier, 10 juin 1996, JurisData n°034106, sur renvoi de Civ. 2ième, 12 janvier 1994, n°92-17.095 - Civ. 1ère, 19 mai 1999, n°96-20.332, Bull. civ. I n°164, D. 2000, p. 153, obs. B. BLANCHARD

(délai expiré des voies de recours,⁴⁶⁸ signification d'un jugement avec retard⁴⁶⁹) voire la perte de pièces⁴⁷⁰ sont des exemples typiques de manquements au devoir de diligence pouvant entraîner la responsabilité civile de l'avocat. En revanche le défaut de plaidoirie n'est pas forcément assimilé comme tel : « *peu de chose peu de plaid* », un avocat qui ne plaide pas est « *inconséquent* »⁴⁷¹, il n'est pas pour autant fautif sur le plan civil. La preuve d'un lien de causalité certain entre la faute de l'avocat et l'issue défavorable du litige étant difficile à rapporter dans ce cas⁴⁷². L'obligation de diligence ne vaut pas si l'avocat est déchargé de ses missions. En effet, d'origine contractuelle elle ne vaut que dans le cadre du contrat du mandat, à contrario le professionnel n'engage pas sa responsabilité puisqu'il n'est plus mandaté. Le défaut de diligence représente selon le SCB 26,44% des déclarations de sinistre⁴⁷³, soit la première cause de responsabilité. Ceci est aisément compréhensible dans la mesure où le domaine du devoir de diligence est extrêmement large, il englobe notamment le dévouement⁴⁷⁴, et la loyauté. Un avocat loyal étant celui qui est « *fidèle à son engagement et à son serment, obéit aux règles de l'honneur et de la probité* »⁴⁷⁵. Cette obligation est telle qu'elle dépasse la relation avocat-client pour s'appliquer à la partie adverse, ainsi qu'aux tiers⁴⁷⁶.

112. Autre devoir largement étendu à la charge de l'avocat, le devoir de prudence. Il s'applique tant à l'égard des clients, que ce soit ceux qui l'ont mandaté ou ceux qui sollicitent seulement des conseils, qu'à l'égard des tiers. Avant d'être consacré par le décret du 27 novembre 1991, puis abrogé en 2005, les juges ont mentionné l'exigence de prudence dans une décision⁴⁷⁷ pour fonder la responsabilité d'un avocat. Ce dernier devant être inspiré par « *une prudence élémentaire* »⁴⁷⁸. Ainsi, la prudence commande à l'avocat qu'il sollicite l'approbation de son client chaque fois qu'il est conduit à modifier la direction initialement choisie, qu'il s'agisse de celle d'une procédure, d'une négociation ou de la rédaction d'un acte. Être prudent signifie aussi savoir émettre des réserves et envoyer le justiciable devant un autre professionnel plus compétent⁴⁷⁹. L'avocat qui prend des risques et crée un préjudice à

468CA Paris 1ère Ch. A 18 mai 1999, JurisData n°1999-024408

469CA Paris 1ère Ch. B 23 juin 1995, JurisData n°1995-022863

470CA Paris 30 septembre 2002 juris data n° 191561 – La perte de documents représente 0,43% selon la SCB

471CA Dijon 1^{er} ch 7 septembre 1993 D 1995 p 164

472CA Montpellier 15 septembre 2009, RG n°11/07664

473SCB in www.scb-assurances.com précité

474Voir les manquements à l'égard du client p 313

475ADER (H) - DAMIEN (A), « *Règles de la profession d'avocat* » Dalloz Action, 14^{ème} édition 2013-2014 p. 280

476PICOD (Y) « *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* » L.G.D.J 1989

477Civ 1^{ère} 26 février 1991 n° 88-15.333 Bull civ I n° 77

478Civ. 1^{ère} 27 février 2001, n°98-10.756

479CA Paris 16 avril 1996 Gaz pal 1996 p 576

des tiers, a manqué de prudence et doit répondre de ses actes en « indemnisant les vendeurs du préjudice que leur avait causé la réalisation de ce risque »⁴⁸⁰. Le défaut de prudence représente 12,85% des chiffres du sinistre selon les données du SCB.

113. Toutes les obligations évoquées ont été ici artificiellement séparées pour être mieux exposées. Dans la pratique il en va autrement, les unes procèdent des autres. Difficilement interprétables séparément ces obligations se chevauchent constamment et se complètent, dans une finalité commune : les intérêts du justiciable, et la bonne réputation de la profession. Ainsi, comme le précise Le TOURNEAU⁴⁸¹: « la prudence s'étend à toutes les diligences et n'a pas lieu d'être dissociée des autres aspects de l'efficacité ». Il est donc assez rapide et simple pour un avocat de « fauter », encore que sa responsabilité pour être engagée nécessite qu'en plus d'une faute, soit établi un lien de causalité entre celle ci et le dommage subi.

480Civ 1ere 27 février 2001, n°98-10.756

481Le TOURNEAU (Ph) « *Responsabilité civile professionnelle* » Dalloz référence 2005 2eme édition

Paragraphe II - Le constat d'un préjudice et d'un lien de causalité

Le premier objet de la mise en œuvre de la responsabilité de l'avocat est d'obtenir réparation, soit avoir recours à sa fonction indemnitaire⁴⁸². Pour voir ses prétentions accueillies puis son cas indemnisé, la victime doit faire état d'un préjudice et d'un lien de causalité. Ceux-ci doivent revêtir certaines caractéristiques particulières. Ainsi le préjudice doit être réparable (A). Il peut revêtir la forme particulière de perte de chance (B). Mais quoi qu'il en soit le lien de causalité entre le préjudice et la faute doit être avéré (C)

A - Le préjudice réparable

Pour être réparable, le préjudice doit présenter certaines caractéristiques mises en évidence par les juges du fond (1). D'autre part, la preuve du dommage doit être faite par celui qui s'en prévaut (2)

1 - Les caractéristiques du préjudice réparable

114. La définition du préjudice subi par le justiciable du fait de la faute d'un avocat ou de son avocat en particulier, n'échappe pas encore une fois aux termes du droit commun. A ce titre pour être réparable le dommage doit être la conséquence directe de la faute commise, ce qui le fait être qualifié de préjudice direct. C'est la faute dommageable qui crée nécessairement le dommage. Outre devoir exister⁴⁸³, le préjudice doit par ailleurs être certain⁴⁸⁴. Aussi, même si l'avocat est fautif de ne pas s'être rendu à l'audience, si aucun préjudice n'en ressort, il ne peut voir sa responsabilité engagée⁴⁸⁵. Le préjudice doit par ailleurs être certain⁴⁸⁶, c'est pourquoi le dommage éventuel⁴⁸⁷ hypothétique ou indéterminé⁴⁸⁸ n'est classiquement pas pris en considération. De même il doit être définitif et légitime⁴⁸⁹.

482BRUN (P) « *Responsabilité civile extracontractuelle* » LexisNexis, 3^{ème} édition 2014 p. 9

483Civ 1^{ère} 6 février 2013 n°12-15.154 NP : en l'espèce le demandeur ne justifiait d'aucun préjudice.

484Civ 1^{ère} 16 janvier 2003, n° 11-24250 - Civ 1^{ère} 19 décembre 2013, n° 13-11.807 Dalloz actualité 7 janvier 2014 observations COUSTET : « *est certain le dommage subi par une personne par l'effet de la faute d'un professionnel du droit* »

485Civ. 1^{ère} 10 avril 2013, n° 12-18.193, D. 2013. 1073

486Civ 1^{ère} 16 janvier 2003, n° 11-24250 - Civ 1^{ère} 19 décembre 2013, n° 13-11.807 Dalloz actualité 7 janvier 2014 observations COUSTET : « *est certain le dommage subi par une personne par l'effet de la faute d'un professionnel du droit* »

487MAZEAUD (H et L) RTD civ 1959 p 91 n° 8

488Civ 1^{ère} 7 décembre 2004, n°02-15.578.

489Civ 1^{ère} 19 février 2013, n° 12-14527

Ces exigences sont constantes et ont été récemment rappelées⁴⁹⁰, les juges allant même jusqu'à présumer dorénavant le caractère certain du préjudice⁴⁹¹, puisque qu'est « *certain le dommage subi par une personne par l'effet de la faute d'un professionnel du droit* »⁴⁹².

115. Il apparaît que le préjudice matériel est le plus souvent retenu et indemnisé par la jurisprudence. Le dommage moral véritable « *atteinte au bien être de la victime* »⁴⁹³ ou « *tracas* »⁴⁹⁴ est plus rarement pris en compte du fait du caractère forfaitaire de l'indemnisation. Cependant, il existe un amalgame entre ces deux types de préjudice⁴⁹⁵. Il s'agit plus de maladresse qu'une véritable tendance. En effet dans le cas d'espèce cité, les juges avaient qualifié de « *soucis et tracas* » les problèmes financiers des plaignants résultant de la faute de l'avocat. Un tel préjudice était plutôt réel donc matériel, c'est l'utilisation des termes soulignés qui a conduit à cette confusion, renvoyant faussement les juges à la notion de préjudice moral. A noter cependant une décision où les juges se sont basés entre autre sur la notion de « *préjudice d'agrément lié au trouble émotionnel* »⁴⁹⁶ pour indemniser une victime, suite à de fausses attestations produites par un avocat.

116. Il appartient aux juges du fond de se prononcer sur l'existence du préjudice et de déterminer si toutes les caractéristiques évoquées ci dessus sont établies. Ainsi, il a été précisé que « *le préjudice n'est pas certain tant que le créancier ne démontre pas avoir épuisé les voies de droit dont il disposait pour obtenir le remboursement de la dette et qui préexistaient à la faute commise par le professionnel* »⁴⁹⁷. De même, « *le dommage subi par une personne par l'effet de la faute d'un professionnel, alors même que la victime disposerait, contre un tiers, d'une action consécutive à la situation dommageable née de cette faute est propre à assurer la réparation du préjudice* »⁴⁹⁸. En revanche, les activités illégales de la victime ne peuvent constituer un dommage réparable : les juges considèrent « *qu'un préjudice ne peut découler du paiement auquel un contribuable est légalement tenu de sorte que le client ne pourrait reprocher à son avocat de l'avoir privé d'une perte d'une chance d'échapper au*

490CIV 1ere 30 mai 2012 n°11-19.202 NP

491Les Petites Affiches, 31 mars 2014, n°64, p. 7, observations FABAS-SERLOOTEN (A-L)

492Civ 1ere 19 décembre 2013, n° 13-11.807 Dalloz actualité 7 janvier 2014 observations COUSTET : « *est certain le dommage subi par une personne par l'effet de la faute d'un professionnel du droit* » précité.

493LE TOURNEAU (Ph) « *Responsabilité civile professionnelle* » Dalloz référence 2005 2eme édition p 35

494Montpellier 1ere ch Sect AO1 5 avril 2012 RG n°09/01.1752 inédit

495Paris pole 2 ch 1 15 novembre 2011 RG n°11/00.538

496TGI Narbonne 7 avril 2011 n° RG 08/01163

497BRIERE (C) « *La certitude du préjudice dans la responsabilité des professionnels du droit* », JCP G 2004, 17 p.13

498Civ 1ere 7 mai 2002, n°99-14.674, Bull. Civ. I n°121 page 93

règlement de droits fiscaux auxquels il est légalement tenu »⁴⁹⁹. Ce cas d'espèce concernait un notaire mais est tout à fait transposable à l'avocat, car c'est à partir de l'attitude du plaignant que les juges ont pu déterminer l'absence de nature réparable du dommage, celui-ci n'était pas licite.

117. Autre type de préjudice visé par le juge dans le cadre de la détermination du montant de la réparation, il s'agit du préjudice de débours. Il est admis que les frais et honoraires payés à tort à l'avocat sont un préjudice indemnisable. Cette question échappe au contentieux relatif aux honoraires des avocats, soumis à la compétence du Bâtonnier, et dont le traitement est distinct de ce qui relève de la responsabilité de l'avocat⁵⁰⁰. Ainsi, un avocat fut condamné à restituer à la suite d'une erreur commise, le montant d'honoraires jugées perçues pour des procédures inutiles⁵⁰¹. Dans une autre décision, en plus de restituer les honoraires, l'avocat fut condamné au titre de l'article 700 du CPP, montant les sommes dues à plus de 16 000 €⁵⁰². Les juges exigent pour faire droit à ces demandes des pièces justifiant le paiement de procédure inutiles. Ils ne raisonnent pas expressément sur le principe du paiement de l'indu, mais de sommes versées en « *pure perte* »⁵⁰³.

2 - La charge de la preuve du préjudice

118. C'est par le biais de l'article 1147 du Code civil⁵⁰⁴, ne régissant que les obligations contractuelles et ayant vocation à régir les obligations de moyens comme celles de résultat, que le juge depuis les années 80⁵⁰⁵ fait supporter la charge de la preuve au plaignant. Pourtant, la rédaction du texte évoquant dès le début le « *débiteur* », trahit le souhait du législateur de faire établir la preuve par le créancier de l'obligation. La position des juges est donc *contra legem* à s'en tenir à une lecture littérale de l'article 1147 C.civ. Ce faisant, la charge de la preuve a été inversée pour parvenir au modèle prescrit en responsabilité délictuelle, selon lequel, au terme de l'article 1182 et suivants du Code civil, celui qui invoque le dommage

499Civ 1ere 4 novembre 2003, n°00-21.044

500Civ.2eme 11 juin 2015 n° 13-27987

501Paris 1ere ch sect A 10 novembre 2003 juris data n°230111

502Paris Pole 2 1er ch 13 février 2013 RG n°09/15153

503Paris Pole 2 1ere ch 20 mars 2012 RG n°10/21.256

504Article 1147 C.civ « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* »

505Civ 1ere 31 janvier 1984 n°43 : « *mais attendu que le devoir de conseil de M. D ne comportait qu'une obligation de prudence et diligence, et qu'il appartenait à ses clients d'établir un manquement de sa part à cette obligation* »

doit en apporter la preuve. Ainsi les juges de cassation ont rejeté un pourvoi contre une décision déboutant le plaignant au motif que celui-ci n'avait pas rapporté la preuve de la perte d'une chance⁵⁰⁶. Il convient en effet que le plaignant démontre la réalité de son préjudice, notamment par des exemples significatifs⁵⁰⁷, et de manière à l'établir concrètement devant les juges, l'issue du procès dépendant de la preuve qui leur sera faite. Faute de démonstration suffisante, le préjudice ne pourra être indemnisé.

B - La perte de chance

La perte de chance est une autre forme de préjudice. Cette notion d'origine prétorienne (1) est également soumise à l'appréciation des juges (2) afin que celui qui l'invoque puisse être indemnisé.

1 - Une notion d'origine prétorienne

119. La perte de chance est une notion consacrée par les juges et non le fruit direct du législateur. Son apparition date du XIXe siècle, et en l'espèce l'indemnisation du plaignant fut acceptée du fait d'une faute commise par un officier ministériel⁵⁰⁸. Par la suite, ce fondement a plusieurs fois servi à condamner des auxiliaires de justice. S'il faut la définir, la perte de chance peut être vue comme la « *disparition d'une éventualité favorable* »⁵⁰⁹ et doit s'entendre à ce titre comme un véritable « *préjudice constitué par la perte de chance* » et présentant « *un caractère direct, et certain dès qu'est constaté la disparition de la possibilité d'un événement favorable, encore que la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine* »⁵¹⁰. Ces derniers mots soulignent le caractère aléatoire indéniable du préjudice, puisqu'il n'est subordonné qu'à une simple chance, de telle sorte qu'il paraît tout à fait contradictoire de l'assortir au nécessaire caractère direct et certain dont le dommage doit être empreint. A partir de ce simple constat, la responsabilité du professionnel pourrait être systématiquement écartée, mais il paraît grotesque que le juge en vienne à un tel résultat. Dans ce cas, comment concilier en toute logique aléa et certitude ?

506Civ 1ere 8 juillet 2003, Bull. Civ I, n°164, JCP 10 mars 2004, I, 117

507CA Lyon 8ème ch 11 février 2014

508Req 17 juillet 1889 ; Civ 27 mars 1911

509BRAUNSCHWEIG (J-M) sous sa direction *Avocat le guide* » Lamy édition 2011 p 343

510Crim 4 décembre 1996 Bull crim n° 445

120. Tout d'abord en rappelant qu'une action judiciaire est de façon automatique caractérisée par l'aléa⁵¹¹, dans la mesure ou la réponse apportée par les juges n'est nullement prévisible à cent pour cent, du fait d'éventuelles contradictions et de revirement de jurisprudence, ; la question posée plus haut relève déjà bien moins de l'antinomie. Le caractère aléatoire évoqué est bien présent et à juste titre, encore qu'en dépit d'un fort aléa, le juge considère qu'un procès n'est par principe jamais perdu d'avance, et « *que l'on a toujours une chance de gagner le plus mauvais procès* »⁵¹² et que l'action en justice est en plus « *de façon certaine un moyen de pression contre l'adversaire, suffisant à indemniser la victime pour perte d'une chance* »⁵¹³. Ce n'est donc pas la perte de chance -le préjudice né de la perte d'une chance d'avoir pu soumettre son litige à une juridiction - qui est concernée par l'aléa. Bien au contraire cette perte de chance devant apparaître comme réelle et sérieuse afin d'obtenir gain de cause, et le caractère sérieux ne peut être quant à lui constitué « *que s'il est démontré que l'action qui n'a pu être engagée présentait une chance sérieuse de succès* »⁵¹⁴, du fait de « *la probabilité d'un évènement favorable* », ainsi que « *la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* »⁵¹⁵.

121. Ainsi, de par son caractère réel et sérieux, la perte certaine d'une chance même faible, est indemnisable⁵¹⁶. Sa teneur n'aura donc aucun impact, seul le constat des conditions nécessaires évoquées compte. Au final l'aléa ne concerne que l'action judiciaire dans sa forme, voilà comment cette notion celle de certitude et de dommage direct, peuvent être ralliées. L'aléa ne fait nullement disparaître le caractère sérieux, pas plus qu'il ne constitue un obstacle à la preuve de la certitude du dommage. Même en présence du comportement à priori fautif de l'avocat ayant laissé expiré le délai pour agir, en omettant de transmettre ses conclusions ; si la perte d'une chance réelle et sérieuse d'une indemnisation n'est pas rapportée- en l'espèce l'action en diffamation ayant peu de chance de prospérer - sa responsabilité ne pourra être engagée⁵¹⁷. Le caractère sérieux de la perte de chance doit donc être avéré, mais encore faut il qu'il y ait chance, celle ci en plus d'être indépendante de la notion de risque de dommage⁵¹⁸, et soumise à l'appréciation des juges.'

511CASAMAYOR (L) « *l'action judiciaire n'est pas une action de hasard mais c'est une action dans la quelle le hasard tient une grande part* » extrait de « *Les juges* » in « *Droit et justice en citation et adage* » sous aléa

512TGI Aix en Provence 27 novembre 1975 in « *La responsabilité des avocats* » AVRIL (Y) Dalloz 200 8 p 99

513TGI Aix en Provence 27 novembre 1975 précité

514Civ 1ere 8 juillet 2003, Bull Civ I n°164 p. 128

515CA Aix-en Provence 1ère Ch. B 4 septembre 2008, inédit (Réf. SCB GRA 1305).

516Civ 1ere 16 janvier 2013, n° 12 – 14439 D. Actu. 2013, 243 obs. GALLMEISTER

517Civ 1ere 9 avril 2013 n° 11/01124

518Civ 1ere 14 janvier 2010, n°08-16.760, 08-21.562, JurisData n°2010-051047

2 - Une notion soumise à l'appréciation souveraine des juges

122. A partir du postulat selon lequel le résultat de l'action judiciaire est pleinement aléatoire, et que par conséquent aucun résultat certain ne peut être attendu, il appartient aux juges du fond de se prononcer sur la réalité de la chance⁵¹⁹ ; encore que récemment, les juges de cassation ont rejeté un pourvoi⁵²⁰ formé par un avocat qui demandait un partage de responsabilité, et ce après avoir effectué un examen poussé des faits. Comme le résultat supposé dépend d'une décision qui n'existera jamais, les juges indemnisent sur la perte de chance de prendre cette décision ou d'agir pour éviter le dommage. Il s'opère donc en premier lieu à leur charge, une sorte de reconstitution⁵²¹ virtuelle de ce qu'auraient pu être les débats judiciaires si le client n'avait pas été privé de sa chance de voir son affaire portée devant les juridictions compétentes, et ce, afin de pouvoir dans un second temps se prononcer sur la réalité de l'existence d'une chance perdue, ou la probabilité du succès de l'action non conduite du fait de la faute de l'avocat, ou du succès d'une voie de recours⁵²².

123. La recherche de la chance perdue est une obligation incombant aux juges du fond⁵²³, l'évaluation du préjudice en découlant devant être établie à la date de la décision et en fonction des éléments connus à ce moment là⁵²⁴. Ce n'est que par la suite qu'ils se prononcent sur l'indemnisation et apprécie le montant du préjudice. Ils doivent en outre préciser les éléments d'appréciation sur lesquels ils se basent pour ce faire⁵²⁵, et reposer sur une analyse des plus objectives⁵²⁶. Se basant uniquement sur le concept de chance, la réparation ne peut par principe être intégrale comme si les débats avaient eu réellement lieu et qu'ils avaient abouti à une décision pleinement favorable au plaignant, et ce, même si en application du principe indemnitaire découlant des règles du droit commun de la responsabilité civile, la

519Civ 1er 4 avril 2001, Bull. civ. I n°101, p. 64 : « *l'issue d'une instance n'est jamais certaine et en considération des preuves produites, un rejet des demandes ou de certaines d'entre elles ne peut pas être exclu a priori de sorte qu'il revient à la Cour d'apprécier la chance qu'avaient les demandeurs d'obtenir satisfaction, en reconstituant fictivement la discussion qui aurait pu s'instaurer entre les victimes et leur assureur* » - Civ 1er 16 septembre 2010 D 2010 2155 : le préjudice est évalué souverainement par le juge du fond

520Civ 3eme 24 septembre 2013, n° 12-25.159

521Civ 1er 12 juillet 2007 n° 06-14. 734

522Com 6 septembre 2011 n°10-15.525 Gaz pal 30 octobre-3 novembre 2011 p 20 note HOUTCIEFF

523Civ 1re 16 janvier 2013 n 12-14.439

524Civ 1er 4 avril 2001 juris data n°2001-009011 Resp civ assur 2001 comm 296 note VAILLIER (P) – Civ 1er 2 avril 2009 Bull civ I n° 72, D 2009 AJ 1142 - Civ 2eme 1er juin 2011 n°09-72.002, Bull civ I n°125, Gaz pal 26 novembre 2011 p 15 note LEDUCQ

525Civ 1er 27 janvier 2001 juris data n° 2001-008456

526TGI Montauban 14 octobre 1993 confirmé par CA Toulouse 3e ch 1er sect 21 mars 2000 juris data n°2000-117572

réparation d'un dommage, doit être intégrale.⁵²⁷ La posture des juges est délicate : juger concrètement d'une chance tout aussi sérieuse et réelle soit elle, en restant dans une logique et un contexte de probabilité. Voilà pourquoi en définitive, « *la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »⁵²⁸ ou bien encore « *la réparation ne peut s'étendre à l'ensemble du dommage mais doit se mesurer à la chance perdue* »⁵²⁹. Ce raisonnement apparaît comme constant, mais n'empêche pas le juge de considérer que le préjudice correspond à l'intégralité de la perte éprouvée, s'il est établi que le risque d'échec était quasiment nul⁵³⁰. Pour asseoir sa décision, c'est plus précisément sur la base de la négligence ou de l'erreur d'un conseil juridique qu'il est estimé que le client a subi une perte de chance. S'agissant de l'avocat, cette perte sera causée par le manquement fautif à la traditionnelle et substantielle obligation d'information ou de conseil issue de l'article 1147 C.civ. Nonobstant ces précisions, la doctrine n'hésite pas à souligner l'approximation et l'appréciation hasardeuse des juges dans la recherche du préjudice réparable⁵³¹. L'imprécision des contours de la notion de perte de chance amène à l'admission de plus en plus de situations comme relevant d'une perte de chance, allant jusqu'à admettre à l'instar de la responsabilité médicale que « *la perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable* »⁵³². La méthode d'appréciation de la perte de chance effectuée par les juges est variable, leur analyse s'avère donc « *probabiliste* »⁵³³.

124. S'agissant de l'indemnisation en particulier, les juges du fond⁵³⁴ appliquent au montant du dommage un coefficient évalué selon les probabilités observées. Le gain de la victime si la chance invoquée à bon droit s'était réalisée, est évalué de même que la chance en elle-même.

527En vertu de l'art 1147 c civ du moins en matière contractuelle et du principe de la réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit

528Civ 1ere 16 juillet 1998, Bull. Civ. I, n°260 ; Civ 1ere 6 février 2001, Bull. Civ. I, n°26, p. 17; Civ 1ere 9 avril 2002, Bull. Civ. I, n°116, p. 89. Gaz. Pal. 2003, 1, sommaire p.1289

529Civ 1ere 21 février 2006, n°04-10.314, Lamyline

530Civ 1ere 12 mars 2002 n° 00-11.774

531CASEAU – ROCHE (C) - WITTMAN (V) « *Responsabilité civile de l'avocat et procédure : tendances jurisprudentielles* » Dalloz avocats 2014. 312

532Civ 1ere 17 octobre 2012, n° 11-25.252

533CA Toulouse, 16 septembre 2013, RG n° 12/01873 : perte de chance d'obtenir la confirmation d'une décision favorable évaluée à 80 % - CA Versailles, 30 janvier 2014, RG n° 12/01892 : perte de chance de renoncer à une procédure arbitrale telle qu'engagée fixée à 75 %

534Civ 1ere 10 juillet 2002, rev. dr. et patr. nov. 2002, n°109, p.103 quant à l'appréciation souveraine des juges du fond pour l'évaluation du coefficient de chance – civ 1^{er} 26 octobre 2004 n° 02-21.302 : la perte de chance doit être discutée devant les juges du fond, la Cour de cassation ne peut être compétente en 1er ressort sur cette question sans quoi la cassation est irrecevable- Civ 1ere 2 octobre 2013, n° 12-25959 « *Pour rejeter le pourvoi la haute juridiction examine comment le plaideur aurait pu obtenir un meilleur résultat. Elle relève que les juges du fond ont bien pris en compte, pour procéder à l'estimation du préjudice, la disparité des revenus entre époux, la situation de l'épouse âgée de 45 ans sans ressources personnelles et sans perspectives de retraite décente* »

Il est arrivé que les juges considèrent le risque d'échec de l'action quasiment nulle, estimant à 100% la chance perdue⁵³⁵. Dans ce cas particulier, si les chances sont totales l'indemnisation doit être totale, en application de l'article 1149 du Code civil selon lequel le responsable doit réparer intégralement le dommage qu'il a causé⁵³⁶. La notion de chance disparaît ici, car l'aléa n'existe plus, ce qui fonde la réparation intégrale. A l'inverse, l'indemnisation peut être faible (10%) en dépit des fautes de l'avocat, dans la mesure où « *les chances d'obtenir satisfaction étaient peu avérées* »⁵³⁷. Le taux appliqué en matière d'indemnisation varie donc par principe sur la base d'un pourcentage allant de 10 à 90 %, néanmoins cette appréciation reste arbitraire, car il n'existe pas de valeur exacte de la chance perdue et a fortiori du taux d'indemnisation. Le traitement de l'indemnisation d'une chance perdue est aléatoire. Dans le cadre de chances nulles ou quasi nulles, AVRIL considère pertinent l'existence d'une indemnisation de principe pour « *éteindre un contentieux virtuel* »⁵³⁸. Le principe étant que la perte de chance même faible est indemnisable⁵³⁹, mais qu'en absence de chance sérieuse de voir se réaliser l'événement escompté, il n'y a pas de réparation⁵⁴⁰

125. Il arrive que les juges s'entourent d'experts afin de décider quel sera le montant de la réparation allouée. Cette méthode permettant au mieux d'indemniser la victime ne peut qu'être approuvée. Tel est le cas parfois en matière immobilière : une expertise foncière peut être demandée pour déterminer le préjudice subi du fait d'une perte de fonds de commerce par la faute de l'avocat⁵⁴¹. De même dans une affaire de responsabilité médicale où l'avocat n'avait pas engagé à temps une action contre un hôpital. Une expertise médicale fut ordonnée⁵⁴². Le recours à un expert architecte⁵⁴³, ou encore un expert comptable dans le cadre d'une délicate question de droit fiscal⁵⁴⁴, a également été effectué. En revanche, la considération des intérêts de retard n'est pas autant favorisée. S'ils sont parfois dus, le paiement n'est pas forcément fait, surtout si les juges estiment que ceux-ci ne constituent pas « *un poste de préjudice indemnisable, eu égard à la trésorerie du contribuable qui disposait de fonds suffisant* »⁵⁴⁵. De même, l'indemnisation du préjudice en matière fiscale n'exige pas des juges qu'ils prennent

535Civ 1^{er} 18 juin 1996 n° 94-12.646

536GHESTIN (J) « *Traité de droit civil* » 3ème éd, LGDJ 2008, n° 172 – Civ 2ème 25 octobre 2012, n° 11-25511, D. 2013, 415, note GUEGAN – LECUYER - Civ 1ère 26 avril 2000 Juris data n°2000- 001662

537CA Toulouse 1^{er} ch 1^{er} section 16 février 2000 juris data n° 107685

538AVRIL (Y) « *La responsabilité de l'avocat* » Dalloz 2008 p 191

539Civ 1ère 16 janvier 2013 n°12-14.439 Bull civ I D 2013 619 ibs GALLMEISTER

540CA Paris 1er ch A 27 mars 2001 juris data n°2001-146651

541TGI 1ère ch sect 1 18 février 1998 juris data n°041059

542TGI Bordeaux 1ère ch civ 20 novembre 2012 RG n°10/11362 inédit

543Civ 3e 24 septembre 2013 n°12-25.199 NP

544Rennes 1ère ch A 28 février 1998 X c/Bretagne Armatures inédit

545Paris Pole 2 1ère ch 15 mars 2011 RG n°08/28.862

en considération la fiscalité qui aurait pu s'appliquer⁵⁴⁶. Ceci n'est pas avantageux pour le justiciable lésé. Quoi qu'il en soit tout est fait pour que la réparation soit la plus juste possible, en considération des éléments mis à disposition. Encore faut il prouver un lien de causalité entre la faute et le dommage.

C- Le lien de causalité

Le lien de causalité en plus d'être avéré (1) doit également être prouvé (2) pour que le mécanisme de la responsabilité civile s'actionne.

1 - L'existence du lien de causalité

126. Le lien de causalité est indispensable pour que la responsabilité de l'avocat soit retenue⁵⁴⁷. Il est en effet le lien de cause à effet entre le manquement contractuel fait générateur, et le préjudice subi. Une fois ceci établi, la responsabilité peut jouer. A défaut les prétentions du plaignant ne pourront être accueillies⁵⁴⁸. Mais encore faut il qu'à coté de l'existence d'une faute, du caractère direct du préjudice déjà évoqué, le lien de causalité présente lui aussi cette caractéristique⁵⁴⁹. A défaut le préjudice ne sera pas réparable. Aussi, le lien de causalité semble être l'élément le plus difficile à établir, dans la mesure où son existence ne découle pas directement de la démonstration de la preuve de la faute reprochée. Prouver la faute n'est pas prouver le lien de causalité, cette nuance est de taille et peut faire obstacle à l'indemnisation souhaitée par le plaignant. Tel est le cas dans une affaire où l'avocat s'est désisté d'un appel sans mandat: les plaignants condamnés affirmaient avoir perdu la chance de faire constater le caractère non avvenu du jugement pour défaut procédural. Les juges du fonds rejetèrent leur prétention, constatant qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre le préjudice et la faute de l'avocat. Les clients ne pouvant reprocher simultanément à leur avocat d'avoir fait appel et de s'en être désisté, puis la perte d'une chance en appel⁵⁵⁰.

127. Dans une autre espèce⁵⁵¹, la faute par négligence fut retenue dans le cadre d'une cession de parts, mais pas la responsabilité du professionnel: le préjudice allégué serait tout de

546Civ 1ere 20 mars 2013 n°12-17.094 NP

547Civ 1ere 30 avril 2009, n°08-15.820, Revue Lamy Droit civil 2009, n°62, RLDC 3497

548Paris Pole 2 ch 1 19 juin 2012 RG n°11/03.859 inédit : « *les manquements reprochés sont sans lien de causalité avec les préjudices invoqués et dont la réalité n'est pas établie* »

549Civ 1ere 2 octobre 2013, n° 12-14.457.

550CA Lyon 1ere ch civ 4 septembre 2003 juris-data n°222200

551CA Paris 1^{er} ch civ sect A 1 juillet 2003 juris data n° 222173

même survenu sans la faute de l'avocat du fait de la volonté de ses clients de vendre à tout prix. L'absence totale de lien de causalité était pour ainsi dire manifeste, conduisant les juges à écarter la responsabilité, et ce en dépit de l'existence d'une faute. La déception des clients lésés, voire leur difficulté à comprendre la décision rendue sont aisément imaginables. Mais tels sont les rouages de la responsabilité civile. Le lien de causalité est indispensable, il est un véritable garde fou à l'arbitraire. L'erreur est humaine, mais les sanctions ne doivent pas être aveuglément automatiques. Inaction et négligence, bien que fautives, ne provoqueront pas forcément un dommage, dans ce cas l'avocat ne verra pas sa responsabilité engagée⁵⁵². Il faut nécessairement un lien entre la faute et l'existence du préjudice. Il arrive aussi que le lien de causalité ne soit qu'à demi constaté : la faute est établie, ainsi qu'une partie du préjudice subi. Une partie seulement, l'autre ne se rattachant pas à la faute. Il n'y a donc en définitive qu'une moitié de lien de causalité. Tel fut le cas d'espèce⁵⁵³ ou suite à un placement hasardeux effectué non par l'avocat mais par ses clients, ces derniers perdirent une forte somme d'argent. Le dommage résultait de leur action, non de celle de l'avocat, sa responsabilité fut donc écartée.

128. Le caractère de la mission visée importe peu quant à la nécessité d'établir le lien de causalité, à l'exception toutefois de l'activité du rédacteur d'acte⁵⁵⁴. Du fait de l'obligation de résultat qui pèse sur celui-ci, la causalité est admise quasi implicitement par les juges. Cette pratique est dangereuse pour le professionnel, elle est surtout *contra legem.*, puisque la preuve du lien de causalité est exigée par la loi. En dehors de ce cas précis, l'assistance et la représentation en justice⁵⁵⁵, tout comme l'exécution du devoir de conseil sont concernés⁵⁵⁶ par cette nécessité de preuve. Le lien de causalité devient « *une sorte de pétition de principe* »⁵⁵⁷.

2 - La preuve du lien de causalité

129. Tout comme cela est le cas pour le préjudice, il incombe au plaignant d'établir en le prouvant le lien de causalité entre la faute, et le préjudice invoqué, de sorte qu'aucune responsabilité ne peut être retenue à l'encontre de l'avocat s'il n'existe aucun lien – prouvé-

552Civ. 1ère 26 janvier 1999 juris data n°1999-000406

553CA Paris 1 ch A 16 avril 1996 Gaz palais 1996 J p 576

554Civ. 1ère, 18 mars 2003, n°00-21.641, n°00-22623 - Civ. 1ère, 8 juin 2004, n°01-14.389

555Civ. 1ère 5 février 2009, n°07-20.196, D. 2010, p. 49, observations BRUN (P)

556Civ. 1ère 18 décembre 2003, n°02-17.069, Bull. civ. I, n°406, JCP G 2004, IV, n°1328, p. 305

557Le TOURNEAU (Ph) « *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation* », Dalloz Action, 10ème édition, p. 699

entre ces deux éléments⁵⁵⁸. Les hypothèses ou malgré l'existence d'une faute de l'avocat, le lien de causalité ne peut être apporté, existent. Or, s'il manque un des trois éléments générateurs de la responsabilité civile, celle-ci ne peut légalement s'appliquer. L'absence de preuve du lien de causalité entraîne le constat de son inexistence. Tel est le cas d'espèce où il fut reproché à un avocat de ne pas avoir fait appel d'une décision qui écartait les commissions d'un représentant de commerce pendant les vacances ; les juges constatant que durant ce temps les commissions ne lui bénéficiaient pas mais aux collègues qui prenaient son secteur en charge rejetèrent le pourvoi⁵⁵⁹. Aucune preuve du lien de causalité n'était apportée, et pour cause, aucun lien n'était avéré. La preuve du lien de causalité dans le cadre particulier de la perte de chance est tout autant considérée « *si la faute de l'avocat qui n'a pas accompli les diligences nécessaires pour former un appel dans le délai légal a fait perdre une chance sérieuse à une banque d'obtenir en cause d'appel la condamnation solidaire des cautions au paiement de la créance garantie, pour autant la banque ne justifie pas de son préjudice consistant en la perte d'une chance d'obtenir, non pas une décision de justice favorable mais le paiement de sa créance, en raison de la situation d'insolvabilité des cautions* »⁵⁶⁰ Il n'y a bien sûr pas de lien de causalité si le dommage est le fait de la faute exclusive de la victime ou d'un tiers, ce qui induit a priori que la faute de l'avocat est indémontrable puisque inexistante. Le doute quant à l'existence du lien de causalité profite en principe au demandeur⁵⁶¹.

Le constat et la réunion des trois éléments indispensables à l'application du régime de responsabilité civile obéit aux règles de droit commun. En revanche, au-delà du strict cadre du régime de responsabilité, les diverses activités du professionnel peuvent avoir une influence sur l'étendue de la responsabilité encourue. C'est en ce sens qu'une spécificité se dessine, eu égard aux missions exercées.

558Civ 1ère 8 juin 2004, n°01-14.389 - Civ. 1ère 30 mars 2005, n°03-17.590

559Civ 1ère 7 octobre 1998 n° 96-10.413 in AVRIL (Y) « *La responsabilité de l'avocat* » Dalloz 2008 p 103

560Civ 1ère 18 mai 2004, n°01-16873

561TERRE (F) - SIMLER (P) - LEQUETTE (Y) « *Droit civil, Les obligations* » Précis Dalloz, 11ième édition 2013, p. 867

Chapitre II - L'INFLUENCE CONSTATÉE DES DIFFÉRENTES MISSIONS EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ

130. Selon le rapport DARROIS⁵⁶², il existerait encore des clivages opposant dans la pratique ceux qui plaident et défendent, à ceux qui font des consultations, rédigent des actes, et concluent des accords ; et ce en dépit du fait que la multi compétence des professionnels soient réelle, et non contestée. Ce bilan révèle une image figée de l'avocat, comme étant un « *homme de procès* ». avec d'un côté l'avocat du palais et de l'autre l'avocat d'affaire. Pourtant les intérêts de la défense requiert un profil d'activité à plusieurs facettes, dans la mesure où le procès le conseil la négociation vont souvent de pair, et ne peuvent être séparés dans les faits. En effet, celui qui conseille mais surtout celui qui plaide, sera celui-là même qui assiste, de sorte que ces missions se retrouvent fortement liées entre elles. Selon MARTIN⁵⁶³, la fonction de conseil se conjugue avec celle de représentation. L'une procède de l'autre, plus précisément la représentation emporte assistance, puisque lorsqu'un avocat représente son client en se substituant à lui et en agissant en son nom, il l'assiste donc le défend nécessairement. Ces deux fonctions ne peuvent véritablement être séparées en pratique. Partant de ce constat, il est donc superficiel d'envisager les missions de l'avocat séparément, néanmoins, cette étude exigeant une approche d'un point de vue théorique, les activités du professionnelle seront présentées une à une ce qui permettra d'en faire ressortir leur particularité mais surtout de déterminer en quoi leur nature peut influencer ou non sur la responsabilité de l'avocat. Ceci sans que soit nullement remis en cause le postulat ci dessus, afférant à la nature plurielle de l'activité du professionnelle.

131. La théorisation de la responsabilité civile a engendré un focus sur la notion de faute, que PLANIOL définit comme « *un comportement que l'on peut juger défectueux, soit parce qu'il est inspiré par l'intention de nuire, soit simplement parce qu'il apparaît déraisonnable ou maladroit* »⁵⁶⁴. C'est plus volontiers la seconde hypothèse qui sera concédée au cas de l'avocat, il paraît peu probable qu'il souhaite directement nuire à son client. Cependant,

562DARROIS (J-M) « *Vers une grande profession du droit* » rapport au Président de la République sur les professions du droit, Documentation française Coll des rapports officiels commission 2009

563MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Pratique Professionnelle Litec 9eme édition 2005- 2008

564PLANIOL « *Etude sur la responsabilité civile* », Revue critique Leg . Jurisp. 1905

envisager la responsabilité uniquement par le biais du contexte très général de la faute n'est pas suffisant, car la faute en théorie n'est qu'un concept qui peut emprunter à divers domaines autres que le droit. Ainsi, son appréhension concrète met à jour de nombreuses déclinaisons. Le professionnel étant tenu d'obligations contractuelles, qualifier précisément ces dernières s'avère indispensable pour déterminer le degré réel de faute imputable, ou conclure à l'absence de celle-ci. Selon l'obligation envisagée, les diligences attendues de l'avocat ne seront pas les mêmes, et partant les fautes commises non plus. C'est en cela que réside tout l'intérêt et l'utilité de définir puis distinguer les obligations à sa charge, qui non respectées donnent lieu à la commission d'une faute.

132. La jurisprudence inspirée par la doctrine, notamment DEMOGUE⁵⁶⁵ a établi des distinctions concernant les obligations contractuelles : ont été ainsi instituées l'obligation de moyens et de résultat. Elles permettent de préciser la nature de la faute commise ainsi que sa gravité, lorsque les obligations n'ont pas été respectées- soit la preuve de l'inexécution du contrat. Les obligations professionnelles n'intéressent pas uniquement l'avocat. Les décisions rendues à ce sujet concernaient d'ailleurs davantage le sort des notaires ainsi que celui des médecins. Elles ont par la suite eu un impact sur la profession, notamment au fur et à mesure des évolutions jurisprudentielles. Déterminer leur nature relève traditionnellement de la compétence de la Cour de cassation, ce qui outre souligner le caractère de droit pur de ce point⁵⁶⁶, montre son importance notamment pour la doctrine⁵⁶⁷. La distinction majeure entre ces deux qualifications tient à l'existence d'un aléa. La profession d'avocat et plus généralement le droit n'étant pas une science exacte, cet aléa conduira à la reconnaissance d'une obligation de moyens. L'obligation de moyens - délibérément écrit au pluriel car sous-entendant une multitude de moyens à mettre en œuvre-, peut être représentée comme la mise en œuvre de « l'industrie humaine » selon les capacités et les possibilités dont dispose le professionnel. Pour MM MAZEAUD, elle peut être également définie comme une obligation générale de prudence et diligence, ce qui confère à ce type d'obligation un caractère comportemental⁵⁶⁸. Elle est aussi celle pour laquelle « on est obligé légalement ou

565 DEMOGUE, (R) « *Traité des obligations en général, I, Sources des obligations*, » Paris, Rousseau, 1923-1925, tome V, 1925, n°1237, p. 536 et s. et II, *Effets des obligations*, Paris, Rousseau, 1931-1933, tome VI, 1927, n°599, p. 644 in FAURE-ABBAD (M) « *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)* » LGDJ 2003 p 153

566 Civ 1^{re} 11 février 1975 D 1975

567 La distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat est considérée comme la *summa divisio* du droit des obligations selon Le TOURNEAU in -le TOURNEAU (Ph) « *Droit de la responsabilité et des contrats* » Dalloz action 2006-2007 précité

568 FAURE-ABBAD (M) « *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)* » LGDJ 2003 p 154

conventionnellement de prendre certaines mesures qui normalement sont de nature à amener un résultat »⁵⁶⁹. Les mesures évoquées tendant à un résultat, mais celui-ci n'est pas garanti, contrairement aux moyens mis en œuvre. La catégorie regroupe, les obligations par lesquelles le débiteur s'engage à déployer les moyens nécessaires pour atteindre un résultat souhaité par le créancier mais qui demeure extérieur au contrat⁵⁷⁰. Elles obligent, comme les obligations de résultat, à des actes précis : l'avocat accomplit des actes de procédure, plaide et conseille ses clients tout comme le médecin réalise des actes médicaux, établit des diagnostics, prescrit et surveille le traitement. A contrario, une place sera faite à l'obligation de résultat, toutes les fois que l'incertitude –ou l'aléa- pesant sur la prestation n'existe pas. L'obligation dite de « moyens » n'est guère différente de l'obligation de résultat, en termes de contenu de l'obligation du moins : l'une comme l'autre obligent à des actes, déterminés pour la seconde par le résultat à accomplir et figurant in obligatione, et, pour la première, par les attentes légitimes du créancier, ou la prestation raisonnablement promise par le débiteur⁵⁷¹.

133. Pour ce qui est de la teneur de l'obligation, les termes prudence et diligence sont révélateurs. En effet ceux-ci sont communément employés en droit pour faire mention d'un modèle de conformité, celui du « *bonus pater familias* ». Il est pour les juristes l'individu de référence, celui dont les agissements correspondent au plus proche de la norme, et de ce qui doit être dans la société. Il est le « *modèle présenté comme idéal* »⁵⁷². Ainsi l'avocat tenu d'une obligation de moyens, est invité à agir de façon similaire, tel le bon père de famille⁵⁷³ cher au siècle de BALZAC⁵⁷⁴, « *l'homme abstrait des livres, cet homme moyen rencontré nulle part* » selon BERNANOS⁵⁷⁵, référence permettant d'évaluer la gestion des comportements et d'évaluer le mérite social de l'individu, et de permettre la « *poursuite civile de comportements s'éloignant d'un modèle causant des dommages, ce qui encourage l'individu à agir en accord avec ce que la société attend de lui* »⁵⁷⁶.

569 DEMOGUE in FAURE-ABBAD (M) « *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)* » LGDJ 2003 p 275

570 FAURE-ABBAD (M) « *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)* » LGDJ 2003 p 31

571 FAURE-ABBAD (M) « *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)* » LGDJ 2003 p 187

572 ADER (H) – DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* », Dalloz Action, 14ème édition, 2013-2014, n°91.12, p. 868

573 dit : au moment de la rédaction l'expression était encore consacrée et non modifiée par la loi sur l'égalité hommes/femmes. Désormais il convient d'agir en étant « raisonnable » .

574 De MAILLARD (C & J) « *La responsabilité juridique* » Flammarion 1999 p 23

575 LE TOURNEAU (Ph) « *Responsabilité civile professionnelle* » Dalloz référence 2005 2ème édition p 16

576 De MAILLARD (C & J) « *La responsabilité juridique* » Flammarion 1999 p 23

134. Il convient de relativiser la notion, dans la mesure où les mêmes diligences ne sont pas attendues d'un professionnel à l'autre⁵⁷⁷. Au surplus, il devra observer les devoirs particuliers qui lui sont dévolus du fait de la déontologie à laquelle il est soumis. C'est pourquoi l'appréciation in abstracto est tempérée, du fait de la prise en compte de la qualité d'avocat et des faits considérés. Tout écart à ces impératifs prescrits et connus par le professionnel peut être constitutif d'une faute et s'entendre comme la violation d'une obligation de moyens. L'exécution de cette obligation devra passer par la prise de mesures menant normalement vers un résultat. Tendre vers l'accomplissement sous-entend que la fin envisagée n'est pas forcément d'obtenir un résultat précis, puisque comme précisé le contractant ne s'engage uniquement qu'à essayer d'atteindre le résultat. Il est attendu de sa part un comportement persévérant pour tendre vers l'objectif. En ces termes, il est donc attendu du débiteur de l'obligation concernée, que l'effort soit fourni autant que possible s'agissant des moyens pris. Le professionnel doit être persévérant pour tendre vers l'objectif, car ce dernier n'a promis uniquement que de produire un effort constant et sincère afin d'exécuter son obligation sans ruse ni mauvaise foi. L'obligation de résultat existe du fait de la promesse d'un résultat donné. Le simple fait de ne pas y parvenir constitue une violation de l'obligation. Il y a dans ce cas une précise détermination d'une fin à atteindre. Le juge ne se limite donc pas à l'étude des moyens mis en œuvre comme pour l'hypothèse précédente, mais aux fruits qu'ils auront donnés. Fruit promis, fruit dû. Que ce soit la loi ou le contrat qui prescrive le résultat, la réalisation de celui-ci devient obligatoire, car dans les circonstances particulières de son exécution le doute et l'incertitude sont absents, ce qui rend irrémédiablement l'acte possible. L'acceptation du doute quant à la réalisation du résultat n'est plus admise par le créancier de l'obligation. Le résultat doit être apporté coûte que coûte. Un tel constat peut paraître sévère, mais les moyens à disposition sont aussi plus nombreux ou du moins plus concrets pour le professionnel. L'intensité de l'obligation est proportionnelle à celle des outils offerts à son exécutant, c'est ce qui légitime la reconnaissance d'une faute si le résultat escompté n'est pas atteint.

Ceci étant précisé, il est possible d'établir la qualification précise des diverses obligations de l'avocat selon ses missions.

⁵⁷⁷« Il y a plusieurs demeures dans la maison du professionnel, grande est la diversité des figures s'abritant sous ce nom » Extrait Le TOURNEAU précité p 17

Section I – LA RESPONSABILITE DU FAIT DES MANQUEMENTS AUX MISSIONS ORIGINELES DE L'AVOCAT

Les missions fondamentales de l'avocat sont celles plus communément connues et exercées au cours de la procédure judiciaire. Il s'agit de la mission d'assistance (§1) ainsi que la représentation en justice du plaideur (§2)

Paragraphe I - L'assistance due au client

135. La mission d'assistance est définie à l'article 412 NCPC « *La mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger* ». A ce titre, l'avocat est présent aux cotés de son client pour le conseiller et le défendre en présentant des explications dans son intérêt ou en plaidant. L'assistance pose donc une double mission, à savoir le conseil et la défense à l'audience incluant la plaidoirie. La complexité croissante de la procédure et la technicité des contentieux tend d'ailleurs à accroître considérablement le rôle d'assistance de l'avocat. Celle ci peut être considérée comme le pendant logique du conseil puisque c'est après avoir été informé et orienté vers la meilleure action possible, que le client sera en mesure soit d'en rester au conseil prodigué, soit d'aller dans le prolongement de ce qui aura été préconisé par le professionnel, et demander pour ce faire son assistance. Voilà pourquoi cette mission est une des conséquences directe possible du conseil, et s'en trouve liée. A ce titre l'avocat devient conseiller et assistant du justiciable.

136. Comme exposé précédemment, l'assistance procède d'un véritable accord conclu entre les parties intéressées. Le professionnel se trouve donc dans une relation contractuelle, et peut au nom de sa mission d'assistance tout comme celle de conseil voir sa responsabilité engagée. En d'autres termes une mauvaise assistance ou une assistance défectueuse, sont susceptibles d'être reconnues comme fautives et créent le cas échéant un dommage au justiciable. Selon les faiblesses dont aura fait preuve le professionnel, l'obligation change d'impact et de nature. C'est pourquoi il est impératif de distinguer le cas d'une assistance inexistante avérée, de celle d'une assistance incomplète car insuffisante à faire valoir les intérêts du client. Ainsi l'absence de l'avocat à une audience ou le fait de ne pas produire de pièces dans son dossier, sont classiquement qualifiées d'assistance nulle. Cela s'entend aisément. Personne ne serait

tenté d'avoir recours à un professionnel qui ne remplit pas ses obligations moindres. Le terme « moindre » ne désignant pas ici une tâche subalterne, mais le degré d'investissement qu'elle exige. Il n'est point périlleux ni une tâche ardue pour un avocat de se rendre au tribunal, ou encore de répondre aux conclusions adverses, en versant des pièces. Ces actes-là sont d'ailleurs souvent relégués à des stagiaires ou élèves avocats. Dans la mesure où de telles diligences ne présentent aucune difficulté mais surtout aucun aléa dans leur accomplissement, l'obligation qui s'y rattache est de résultat. L'absence de telles actions est fautive, et si ces carences dans la mission d'assistance provoquent un dommage au client, alors la responsabilité du professionnel pourra être engagée.

137. Dans le cas d'une assistance insuffisante, la mission n'est pas nulle comme dans le premier cas de figure évoqué, mais ne correspond pas à ce que le client est en droit d'attendre de la part de son avocat. Celui-ci par rapport à ses obligations professionnelles ne s'étant tout simplement pas impliqué comme son devoir l'exige, de la manière la plus complète qu'il soit. L'insuffisance est un constat plus délicat que celui de l'absence totale d'actes. Toutefois elle n'est pas indémontrable non plus. En effet, communément, il est admis qu'un avocat consciencieux effectue toutes diligences utiles et indispensables au succès de son dossier. L'inverse d'un tel comportement dit de référence, soit une ou plusieurs négligences, constituera alors la preuve d'insuffisance. Une assistance défectueuse est donc le fait d'un professionnel négligent. De telles insuffisances peuvent se manifester dans le fait d'agir avec retard, dans l'irrespect de délais pourtant connus du professionnel⁵⁷⁸. Tel sera encore le cas de pièces communiquées en retard, et qui ne pourront être versées au débat, oublier des pièces ou les perdre. Mais ceci s'apparente plus à des carences, que des manquements contractuels en général. Ceci dit les pièces nécessaires pour intenter une action en faute inexcusable et démontrant la négligence du professionnel ne figurent pas forcément dans le dossier soumis au tribunal. Il peut en être déduit qu'elles ont fait défaut à l'avocat⁵⁷⁹. Certaines négligences ne conduiront pas nécessairement à la perte d'un procès, ou à empêcher qu'une cause soit valablement entendue par le juge. Elles seront ou pourront être relevées par le client alerte, qui choisira de ne plus s'en remettre à l'avocat en question pour l'avenir. Une assistance incomplète car défectueuse n'est pas indéniablement source de responsabilité contractuelle. Une assistance parfaite n'existe pas en soi, puisqu'elle ne peut être qualifiée comme telle objectivement et à juste titre. Il s'agira à minima de mettre tous les moyens en œuvre pour que

578Civ 1ere 7 févr. 1989, Bull. Civ. I, n°62 : le cas de l'avocat qui laisse expirer un délai d'appel sans porter à la connaissance de son client la teneur de la décision rendue
579TGI Alençon 12 février. 2008, RG n°07/00430

La mission d'assistance soit la plus réussie possible. Cela concerne donc davantage la conscience professionnelle que des tâches précisément définies et quantifiables à la charge de l'avocat. Ainsi l'obligation d'effectuer tout acte indispensable à l'assistance relèverait en majorité d'une obligation de moyens, puisque mettant en jeu un devoir général de prudence et de diligence. Ceci est d'ailleurs plus sécurisant pour le professionnel.

138. Dans le cadre précis de diligences spécifiques et appelant le savoir juridique du professionnel, l'obligation de diligence sera de résultat. S'agissant de ce qui relève de la compétence pure, aucun aléa n'est permis. En outre pour ce qui concerne les subtilités du métier, c'est à dire le choix et la pertinence des arguments utilisés par l'avocat dans l'élaboration du dossier d'un client jusqu'à la fin du procès ; tout cela ne peut être appréhendé comme relevant d'une garantie de résultat. C'est justement dans ce contexte général que la notion d'aléa juridique prend tout son sens. Qui peut dire si d'un tribunal à l'autre, le juge siégeant à la date où un client exigeant verra son cas traité, ne sera pas plus ou moins clément qu'ailleurs ? Les politiques criminelles adoptées par le procureur au sein du ressort d'un TGI n'étant pas nationalement identiques. Qui peut et surtout sur quels critères évaluer la compétence et la suffisance du professionnel lors de sa mission d'assistance ? Dans ce cas de figure, il est bien impossible de définir objectivement ce qui est constitutif d'une faute ou non. Tout au plus la référence à un standard de ce que doit être un professionnel compétent sera utilisé pour évaluer la faute commise. Néanmoins, en dépit du principe de sécurité juridique, nul ne peut prédire à l'avance avec exactitude une décision de justice ni sa portée pour l'avenir. L'aléa humain n'est pas à prendre à la légère. Les gens de justice, plus précisément « les gens en robe » comme leur nom l'indique, sont des personnes humaines, non des robots huilés à la règle juridique. L'incertitude quant au prononcé des décisions qu'ils prendront, fait donc partie intégrante du processus judiciaire. L'avocat ne peut être tenu responsable de cet ensemble de faits sur lequel il n'a précisément aucune influence. Quoi qu'il en soit, il conviendra de déterminer si tous les moyens dont disposait personnellement l'avocat ont bien été mis en œuvre pour permettre au maximum de voir les affaires de son client prospérer. Le droit évoluant, la jurisprudence étant certes une référence pour le professionnel, mais statique donc imprévisible pour garantir un succès, l'obligation sera naturellement de moyens. Les aléas évoqués ne peuvent que conduire à une obligation de ce type. La tenue du procès du fait du grand nombre d'intervenants qu'elle implique et de l'invariabilité qu'elle sous entend ne saurait être reprochée à un avocat. L'assistance due au client peut donc être différemment appréciée.

Celle ci concerne la défense des intérêts du justiciable, elle nécessite l'octroi de conseils (A) elle se concrétise par la plaidoirie (B)

A - La défense par le conseil

Le devoir de conseil est une obligation contractuelle (1) dont la portée met à la charge du professionnel une simple obligation de moyens envers son client (2)

1. Le devoir de conseil, une obligation contractuelle

139. L'implication du professionnel qui conseille est telle que l'information se mue en un véritable acte positif. L'avocat, par le truchement du meilleur « conseil » qu'il puisse donner en vue de gagner une cause, choisit indirectement la marche à suivre pour son client. C'est en cela que l'existence d'un acte positif a été invoqué. L'adverbe « indirectement » étant une précaution nécessaire de vocabulaire, puisque il n'est pas affirmé stricto sensu que c'est le professionnel qui gère à lui seul un dossier. En effet, le client en tant que partie au contrat, mais aussi et surtout parce qu'il est le plaideur au sens premier du terme, doit nécessairement s'intéresser et être consulté. Il peut refuser de suivre le conseil donné et exiger d'agir différemment, dans ce cas, le professionnel n'est pas responsable des répercussions que cela pourrait avoir, quoi qu'il en soit le choix final appartient au client. Il convient ceci dit de nuancer, car dans le fond c'est bien le droit, ou du moins l'expression du droit par l'intermédiaire du technicien du droit qu'est l'avocat, qui permet et donc signe le meilleur choix de stratégie possible.

140. La mission de conseil est si prépondérante qu'elle faisait l'objet d'une activité à part entière avant la loi du 31 décembre 1990. Jusqu'alors le conseiller juridique était un professionnel chargé soit de donner des consultations, ou encore de rédiger des actes sous seing privé. Aujourd'hui, le conseil a tout de même gardé de son envergure au point de constituer en plus d'une mission, une obligation de nature contractuelle : l'obligation de conseil. Celle-ci est d'ailleurs la principale cause de contentieux en matière de responsabilité imputable à l'avocat. Ce dernier est bien un cocontractant, qui au terme de l'article 1134 C.civ doit exécuter avec bonne foi la convention qui le lie à son client. Ce faisant, le conseil - ou information- donné est inhérent au contrat précité. Malgré tout, potentiellement existant en

amont de tout contrat, sa nature pré-contractuelle ne peut être niée. Le conseil ou l'information peuvent être exigibles avant même tout engagement formel, puisque le rôle de l'avocat se borne encore à ce stade à n'être qu'un simple « conseil ». La Cour de cassation a posé en règle, l'obligation pour l'avocat d'informer préalablement son client – et donc avant toute chose, ou tout acte - sur les conditions de fixation de rémunération qu'il attend. Par la suite, l'obligation devient contractuelle, car rattachée à la mission de l'avocat, une fois que ce dernier et son client entrent véritablement dans une relation professionnelle. Le caractère permanent de l'obligation de conseil est incontestable, dans la mesure où elle jalonne la totalité de la relation, de même lors de la pré-relation avec le client, que ce soit dans le cadre d'une activité de conseil ou autre. Quoi qu'il en soit l'activité de conseil est doublée d'une obligation de conseil.

141. Conseiller peut également revenir à déconseiller. Cette logique peut être assimilée à l'obligation très contractuelle, de ne pas faire – ou ne pas donner - de mauvais conseils. Ainsi, en s'abstenant justement de ne pas déconseiller, le professionnel ne respecterait pas ses obligations précitées. Ce double tranchant est l'expression d'une information complète et objective selon les juges. Concrètement et couramment, cela peut se traduire par le fait de déconseiller un recours, soit qu'il soit voué à l'échec, ce qui n'est donc pas dans l'intérêt du client, soit qu'il constituerait un abus de droit. Ce conseil par la négative, découle de la bonne foi contractuelle. En effet, c'est au nom de son savoir et de la confiance que lui témoigne le justiciable que l'avocat ne doit pas suivre aveuglément les desideratas du profane. Sans quoi son rôle serait dénué de sens et n'aurait plus aucune valeur. Il doit savoir rester un guide clairvoyant et sage, dans l'entreprise des affaires de son client. Conseiller est le propre de l'avocat. C'est une des missions premières qu'il sera amené à mettre en pratique que le client donne suite ou non. C'est donc par ce biais que se construit intellectuellement et en premier lieu la défense. Eu égard aux intérêts visés, le conseil est une véritable obligation strictement encadrée et réprimée en cas de manquement. Ainsi, le cédant d'un fonds de commerce ne saurait rechercher la responsabilité de son avocat, rédacteur d'acte, qui lui a déconseillé d'accepter le paiement du prix au moyen d'une lettre de change, alors qu'il est délibérément passé outre cet avertissement⁵⁸⁰. A été évalué comme un manquement à son devoir de conseil dans sa mission de conseil, le fait pour un notaire constatant la mauvaise connaissance de la langue française de son client, de ne pas lui conseiller l'assistance d'un interprète. Cette solution est tout à fait transposable à l'avocat⁵⁸¹.

580Civ 1ere 10 septembre 2014, F-D, n° 13-23.504

581Civ 1ere 13 mai 2014, F-P+B+I, n° 13-13.509

142. L'assistance procède d'un véritable accord conclu entre les parties intéressées. Le professionnel se trouve donc dans une relation contractuelle, et peut au nom de sa mission d'assistance tout comme celle de conseil voir sa responsabilité engagée. En d'autres termes une mauvaise assistance ou une assistance défectueuse, sont susceptibles d'être reconnues comme fautives et créent le cas échéant un dommage au justiciable. Selon les faiblesses dont aura fait preuve le professionnel, l'obligation change d'impact et de nature. C'est pourquoi il est impératif de distinguer le cas d'une assistance inexistante avérée, de celle d'une assistance incomplète car insuffisante à faire valoir les intérêts du client. Ainsi, rappelant le principe issu de l'article 412 du NCPC, les juges ont condamné un avocat ayant failli à son devoir de conseil, pour n'avoir pas informé son client sur les moyens de défense⁵⁸². En l'espèce, le professionnel avait reçu des instructions particulières de la part du client, mais ceci ne peut conduire à le dispenser de son devoir de conseil en matière de défense. En effet, le devoir de conseil implique de fournir au client toutes les informations et tous les renseignements susceptibles de l'éclairer sur la situation dans laquelle il se trouve et des possibilités qui lui sont offertes, et ce peu importe les compétences du client. Ceci est un principe constant depuis le revirement de jurisprudence opéré en 1998⁵⁸³. En effet jusqu'alors, les juges estimaient que la faute pouvait être effacée ou du moins atténuée du fait des connaissances juridiques du client⁵⁸⁴. Cela signe sans conteste l'aggravation de la responsabilité de l'avocat⁵⁸⁵, à l'instar des notaires⁵⁸⁶.

143. Par conséquent, engage sa responsabilité l'avocat qui n'informe pas son client de l'aléa⁵⁸⁷ et l'incertitude dont souffre la solution proposée. Cette exigence vaut même si l'avocat a pour client un avocat⁵⁸⁸. Il n'est nullement dispensé de ses obligations du fait de la qualité du client. Dans la même logique, il peut lui être reproché d'avoir négligé un moyen qui avait toutes les chances d'être accueilli devant les juges⁵⁸⁹. De même, un avocat chargé d'assister une société pour la rédaction et la validation d'actes de procédure de licenciement qui n'a ni pris les mesures utiles pour la validation de ces actes, ni assister l'administrateur judiciaire, a

582 Civ 1ere 9 mai 1996 Bull civ I n°191

583 Civ 1ere 7 juillet 1998, n°96-15.330, n°96-14.192, Bull. civ I, n°238, RTD Civ. 1998, p. 910, observations JOURDAIN (P) – Civ 1 ere 27 mai 2003, n°01-14.517 - Civ. 1 21 janvier 2003, n°00-19.522, RCA 2003, comm. n°109 UETTWILLER (J-J) « *Quels effets de l'acte d'avocat sur la responsabilité de l'avocat rédacteur d'acte ?* », Journal des Sociétés n°91, octobre 2011 p. 33

584 CA Paris 25 novembre 1997, D. 1998, IR, 17

585 Civ 1ere 19 mai 1999 n°96-20.332, Bull. civ. I, n°164, D. 2000, p.153 observation BLANCHARD (B)

586 Civ 3 eme 30 janvier 2013 n°11-26.074, D. 2014 p. 47 observation GOUT (O)

587 Civ 1ere 6 février 2013 n°12-14.433 NP

588 Civ 1ere 20 novembre 2012 n°11-15.270 NP

589 Civ 1ere 22 novembre 2007 n°04-19.774 JCP 2007 IV 3316

manqué à son devoir de conseil et d'assistance⁵⁹⁰. Ces comportements témoignent d'une négligence dans l'élaboration de la préparation de la défense du justiciable, d'un mauvais conseil ou conseil inapproprié, attitude qui ne peut être tolérée. L'attitude passive du professionnel vaut absence de conseil⁵⁹¹. Or celui-ci est le préalable à toute action, quel peut bien être l'aboutissement d'une action menée devant la justice si la base est elle-même entachée ? Le principe d'un conseil de qualité, soit « *complet et objectif* » découle de l'obligation contractuelle⁵⁹², liant l'avocat à son client, mais pas seulement : la déontologie dicte également une telle conduite, « *l'auxiliaire a en déontologie, pour devoir de déconseiller l'exercice d'une voie de droit vouée à l'échec ou, à plus forte raison, abusive, de sorte qu'il ne peut être tenu de délivrer une information qui aurait eu pour seule justification de permettre au client d'engager un recours abusivement, à des fins purement dilatoires* »⁵⁹³ : le conseil doit viser l'efficacité.

2 - Une obligation de moyen

144. Il n'appartient pas à l'avocat de décider pour son client, il ne saurait être tenu de contraindre celui-ci à préférer une option plutôt qu'une autre. C'est en tout cas l'absurdité vers laquelle tendrait une obligation de résultat. Le professionnel en termes de conseil n'est là que pour éclairer. Par conséquent, l'activité de conseil est entendue comme étant une obligation de moyens. Plus précisément, l'obligation quant au contenu de l'information transmise est elle-même de moyens, l'obligation de transmettre l'information est de résultat⁵⁹⁴. Une fois cette diligence accomplie, l'avocat ne peut se voir reprocher un manque d'information, sous réserve néanmoins qu'il ait informé son client de la stratégie retenue⁵⁹⁵. Cela signifie qu'une fois informé, le client peut passer outre le conseil donné. L'obligation de moyen devient une mesure de protection « *qui n'infantilise pas la personne protégée mais qui au contraire, l'émancipe et lui donne le pouvoir de choisir en connaissance de cause de courir le risque ou de ne pas le courir* »⁵⁹⁶. Bien que sévèrement réprimée en cas de manquement, l'obligation de conseil a donc ses limites. En effet selon la

590Civ 1ère 25 juin 2013 n° 12/00745

591Civ 1ère 24 avril 2013 n°12-20.400 NP

592CA Douai 1ère Ch. 1ère Section 14 septembre 2009 RG n°08/06291

593CA Douai 1ère Ch. 1ère Section 14 septembre 2009 précité

594FABRE-MAGNAN « *De l'obligation d'information dans les contrats* » LGDJ 1992 n°493 et s., p. 401 et s. et n°500, p. 406

595Civ. 3ème 30 janvier 2013, n°11-26.074, D. 2014, p. 47, observations GOUT (O)

596BEHAR-TOUCHAIS « *Rapport français sur la responsabilité des professionnels du droit* » in « *La responsabilité, aspects nouveaux* » Travaux de l'association Henri Capitant, journées panaméennes tL 1999 n°14 p 525 p 197 in « *La responsabilité des auxiliaires de justice* » Thèse MARTINEAU p 198

jurisprudence, « *cette obligation n'est qu'une obligation de moyen et non de résultat* » surtout en matière d'assistance et de représentation. L'avocat doit proposer une stratégie, en conseillant certes, mais « *il ne saurait lui être reproché de n'être pas parvenu au résultat escompté* ». Il ne peut donc en définitive lui être reproché « *uniquement les fautes qu'il aurait pu commettre dans son devoir de conseil et qui auraient contribué à une perte réelle et sérieuse de chance d'obtenir gain de cause* »⁵⁹⁷. De même, l'avocat, « *en ce qu'il est tenu d'une obligation de moyens, n'a pas à prévoir ou tenir compte d'une évolution jurisprudentielle*⁵⁹⁸, et ce en prévision d'un résultat certain au bénéfice de son client. Dans la même logique, « *la responsabilité professionnelle d'un avocat ayant omis de soulever un moyen favorable à la défense de son client ne saurait être engagée, dès lors que ledit moyen résultait d'un revirement de jurisprudence ayant échappé à l'attention de la doctrine la plus autorisée : en conséquence, l'avocat a défendu son client au vu du droit positif connu au moment où il agissait et n'a donc pas manqué à son obligation de conseil* »⁵⁹⁹.

Si les condamnations en raison d'un manquement à une obligation de conseil sont bien compréhensibles, puisque objectivement, tous les avocats sans exception doivent être compétents. Rares sont les hypothèses où une faute est retenue en matière de plaidoirie. Il s'agit plus d'un art au final que d'un réel savoir. Tous les avocats n'y sont pas autant habiles, cela relève plus d'une qualité personnelle, donc subjective. Néanmoins, seconde phase de la défense des intérêts du justiciable, elle n'en demeure pas moins essentielle.

B - La plaidoirie de l'avocat

La plaidoirie est l'aboutissement pour l'avocat de sa mission de conseil, dans cette perspective, celle-ci est également de nature contractuelle (1). L'avocat qui plaide bénéficie en outre d'une véritable liberté de parole devant les juridictions (2) lui conférant ainsi une immunité certaine.

597CA Douai 1ère Ch. 1ère Section 14 septembre 2009 précité

598CA Paris 1ère Ch. Sect. A, 18 mars 2008, n°06/15543, Jurisdata n°2008-361353

599CA Aix-En-Provence 1ère Ch., Sect. B, 3 avril 2008, RG n°07/06749, JurisData n°2008-365933

1 - Une obligation contractuelle

145. Une fois la stratégie intellectuelle construite par le biais du conseil, l'avocat présente son travail aux juges, il fait exister le raisonnement juridique qu'il entend exposer, par les mots. En effet, la plaidoirie est « *l'exposé oral et le développement verbal des prétentions des justiciables, la discussion des moyens adverses et des objections légales, le développement des arguments justificatifs d'un plaignant* »⁶⁰⁰. Plaider se fait dans la continuité de la mission d'assistance dans le cadre du mandat, de sorte que l'avocat y est obligé d'un point de vue contractuel. La jurisprudence a ainsi précisé que « *le devoir d'assistance de l'avocat va jusqu'à la plaidoirie du dossier devant la juridiction saisie et la remise des pièces nécessaires aux prétentions de son client* »⁶⁰¹. Ceci dit, il reste libre dans le choix de la forme qu'il entend donner à son exposé, et n'est pas tenu de se conformer à un modèle en particulier. La plaidoirie figure parmi les arts, mais même si tout art doit s'apprendre, n'est pas tribun qui veut. C'est surtout la science du droit qui s'impose, car « *pour bien parler d'une chose, il faut commencer par la savoir* » selon Mirabeau⁶⁰². L'obligation contractuelle de plaider ne lie donc pas le professionnel quant à la forme pure du contenu⁶⁰³. Il reste maître de son argumentation, même si au fond, les moyens soulevés doivent être conformes au droit positif, et en adéquation avec la cause. Dans la négative, les carences peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité, à condition d'être prouvées par le justiciable⁶⁰⁴. La plaidoirie doit « *plaire* » mais aussi « *être utile* »⁶⁰⁵ car « *l'orateur doit avoir en vue deux choses : la convenance et l'utilité, sans confusion* »⁶⁰⁶.

146. Le choix d'un avocat peut dépendre pour beaucoup voire exclusivement de ses qualités d'orateur, la notion intuitu personae est ici incontestable. Cependant, l'insuffisance ou l'absence de plaidoirie reprochées à un avocat par un client déçu sont des hypothèses délicates à traiter, en effet la preuve du lien de causalité entre les faiblesses prétendues de

600ESTOUP (P) « *La plaidoirie au-delà du colloque* » Gaz. Pal. 1989, chron. 26 décembre 1989 ; « *La plaidoirie-discussion* » Gaz. Pal. 1991, chron. 17 sept. 1991, cités in H. ADER (H) - DAMIEN (A) « *Les règles de la profession d'avocat* » édition Dalloz Action 2008-2009, n°40.91 et suivants

601CA Nîmes 1ère Ch. A 5 juin 2007, inédit

602SOURIS (P) « *Les belles phrases, citations d'intérêt judiciaire* » CREADIF 2010 - « *Thémis et Logos* » Edition Larcier 2012 p 33

603Civ 1ère 2 avril 1963, n°61-11.896, Bull. Civ. I, n°199

604CA Montpellier 1ère Ch. Sec. A1 15 septembre 2009, RG n°11/07664 : « *L'article 9 CPC met à la charge de chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. En l'espèce, Monsieur L. ne verse aux débats aucun élément de preuve permettant d'établir les faits constitutifs d'une défense inadaptée de Maître C. lors de l'audience correctionnelle du 7 avril 2005 et ses seules déclarations sont insuffisantes à cet effet* »

605SOURIS (P) « *Les belles phrases, citations d'intérêt judiciaire* » Thémis et logos précité p 154

606SOURIS (P) « *Les belles phrases, citations d'intérêt judiciaire* » Thémis et logos précité p163

l'avocat et l'issue défavorable du litige, n'est que peu voire impossible à apporter. Dans les cas où la procédure est essentiellement écrite il paraît peu pertinent de retenir une faute à l'encontre du professionnel pour défaut de plaidoirie. Dans le cadre particulier de l'appel, l'avocat n'engage son client que par les conclusions qu'il dépose en son nom et non par les déclarations faites au cours de sa plaidoirie⁶⁰⁷. La portée de la plaidoirie est donc restreinte, dans la mesure où elle ne constitue pas l'unique procédé faisant pencher les juges vers une décision plutôt qu'une autre. Elle n'est, notamment en appel, que l'exposé verbal des faits ainsi que des moyens juridiques choisis dans le cadre d'une argumentation. La grandeur d'une plaidoirie n'a pas d'incidence directe quant à la décision finale du fait de l'exigence d'impartialité des juges. Ceci est nettement plus contestable dans le cadre des procès d'assises, du fait de la présence des jurés.

147. De même, dans le cadre d'une procédure orale : *« l'avocat doit savoir que devant une juridiction où la procédure est orale, tous ses propos peuvent être analysés, disséqués, interprétés pour en tirer des conséquences de droit »*⁶⁰⁸, sa responsabilité peut être engagée. Néanmoins, il serait largement contestable de retenir une obligation de résultat à la charge du professionnel en matière de plaidoirie. Le seul résultat attendu est que l'avocat plaide. Pas davantage. C'est pour cela que FLECHEUX⁶⁰⁹, estime que si la plaidoirie constitue bien un acte contractuel, elle reste hors du champ de toute espèce de responsabilité. En dehors du « folklore » que cela peut représenter pour quelques néophytes, le fait de plaider revêt une importance spécifique en ce qu'il s'inscrit dans le cadre contractuel, mais surtout par le but qu'il poursuit, à savoir les intérêts du justiciable. Voilà pourquoi *« la procédure sans représentation obligatoire ne dispense pas l'avocat, dès lors qu'il a été saisi par un plaideur de ses intérêts, de s'acquitter pleinement de ses obligations »*⁶¹⁰.

2 - La plaidoirie gouvernée par la liberté de parole

148. En dépit de règles déontologiques existantes, c'est bien l'article 41 alinéa 3 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 qui confère à l'avocat une véritable immunité judiciaire. En effet il y est précisé que *« ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours*

607CA Nîmes 1ère Ch. A 5 juin 2007 précité

608TRAVIER (B) *« Procédures orales »*, Dalloz Service 2002, p.168

609FIECHEUX – FABIANI *« La responsabilité de l'avocat »* JCP 1974 I 2673 in FAURE (B) *« Le devoir de conseil de l'avocat »* mémoire CFRPJ Limoges 2000

610CA Montpellier 20 février 2001, n°99/05664

prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux ». Cette disposition loin d'être une faveur ou un avantage gratuit, permet d'assurer pleinement les droits de la défense et trouve à s'appliquer si les propos diffamatoires sont en rapport avec la cause débattue, car « *le prétoire s'il est à la fois lieu de combat pour le droit et aussi lieu de paix par le droit* »⁶¹¹. Les écrits qui suivent sont également protégés par ce principe d'immunité. L'avocat dans ce cas n'engage pas son client du fait d'éventuelles diffamations. Cette immunité judiciaire fera l'objet de plus amples développements par ailleurs⁶¹², mais en ce qu'elle souligne toute la particularité de la plaidoirie, il était opportun de l'évoquer dès à présent. Plaider n'est pas un acte anodin, si le client ne peut engager la responsabilité de son défenseur dans le cadre de la relation qui les lie s'agissant des propos tenus devant un tribunal, d'autres protagonistes ont cette possibilité dans des conditions strictement encadrées par la loi. Immunité certes, mais pas totale.

Paragraphe II - La représentation en justice du plaideur

149. A côté de l'assistance, l'avocat peut être amené à représenter son client. Une fois n'est pas coutume, la représentation visée ici est bel et bien une représentation conventionnelle, issue du mandat. Le représentant agit pour le nom et pour le compte de son client. La notion de représentation est d'ailleurs fortement rattachée au contrat existant entre l'avocat et son client : le mandat, plus particulièrement *ad litem*. Ceci est rappelé dans le Code de procédure civile. Cette activité a quelque peu changé, puisque depuis la loi du 25 janvier 2011, le monopole de représentation des avoués devant la CA a été supprimé. Désormais, un seul auxiliaire de justice est compétent en première instance comme en appel pour représenter son client. Cette réforme très contestée présente l'avantage de simplifier la procédure et d'en alléger les frais. Ce qu'implique le contrat de mandat en général ayant déjà été précisé antérieurement, seules les obligations particulières naissant du fait du mandat, dans le cadre de la mission de représentation seront observées.

150. L'obligation d'information reprend dans ce contexte toutes ses lettres de noblesse. L'avocat est en effet tenu d'informer son client tout au long de la procédure, d'autant qu'à la fin du mandat il devra rendre compte de sa gestion. L'obligation de conseil fait partie intégrante du mandat dans la mesure où en plus d'informer le mandant quant à la procédure et

611SERIAUX(A) « *Le droit, une introduction* » Ellipses 1997 in « *Droit et justice en citation et adage* »

612Voir Titre II S1 L'existence d'une immunité judiciaire p 236

des délais pour agir, le professionnel devra conseiller une voie de recours ou à l'opposé faire appel à toute sa conscience professionnelle pour l'en dissuader. Une fois de plus il faut se référer à la nature de la mission donnant lieu à l'exécution du mandat, de même que constater son existence pour déduire la nature de l'obligation. Un mandat de représentation estimé mal exécuté par le justiciable nécessite que la faute du professionnel soit prouvée. Pour s'en dédouaner, ce dernier devra avoir mis en action tous les moyens mis à sa disposition dans le cadre du mandat. Si l'aléa existe et c'est très souvent le cas étant donné la multitude d'actes effectués par l'avocat, l'obligation sera de moyens. Pour dégager une faute, la référence à l'agissement d'un professionnel diligent sera toujours de rigueur, parallèlement à celle du bon père de famille⁶¹³ dans d'autres situations. En revanche, si le mandat n'a pas du tout été exécuté par la faute de la partie qui s'y était obligée, l'obligation est de résultat. Il paraît raisonnablement peu probable que l'exécution ou non d'un mandat, soit soumise à un aléa. Cette obligation est d'ailleurs couplée à celle d'efficacité. Non seulement l'avocat doit assumer sa mission de représentation mais encore faut-il qu'il œuvre efficacement pour ce faire. Cette notion s'illustre et s'apprécie par le fait d'agir dans les délais, ou encore de déposer, rédiger les pièces ou actes indispensables, dans les formes prescrites. Ces obligations demeurent tant que le mandat existe. Il ne sera pas attendu du professionnel qu'il œuvre d'aucune façon que ce soit une fois que sa qualité de mandataire n'a plus cours ; que ceci soit issu de sa volonté propre, soit une renonciation au mandat, ou bien qu'il ait été révoqué par le mandant. Il doit donc attendre d'être totalement déchargé de ses obligations existantes pour être certain de ne plus engager sa responsabilité. La véritable dernière charge, consistera à faire part de la fin du mandat aux intéressés et ce de manière non équivoque et expresse : au client, au juge, à la partie adverse, dans le cas d'une renonciation.

151. Selon les dispositions de l'article 411 du CPC, « *la représentation emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du client les actes de procédure* ». A noter que par principe le mandat de représentation implique une mission d'assistance, bien que l'assistance puisse intervenir sans représentation. Si celle-ci est obligatoire devant les juridictions civiles, conférant un large monopole aux avocats en terme- entre autre- de postulation, la représentation reste un choix devant les juridictions d'exception, dans ce cas le justiciable peut choisir de se faire représenter par une personne physique ou morale habilitée par la loi ou se défendre elle-même lorsque la loi l'y autorise. Comme précisé, jusqu'au 1er janvier 2012, l'avocat n'avait qu'une mission d'assistance devant la Cour d'appel. Le monopole de

⁶¹³dit : au moment de la rédaction l'expression était encore consacrée et non modifiée par la loi sur l'égalité hommes/femmes. Désormais il convient d'agir en étant « raisonnable » .

représentation des avoués devant la CA a été supprimé. En revanche le principe de monopole de la représentation et de l'assistance des parties devant les Hautes juridictions reste bien intact, ce sont les avocats aux conseils qui assistent et représentent leur client devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Leur responsabilité en tant qu'officiers publics est spécifique, elle ne concerne donc pas cette étude. Dans le cadre de la représentation, l'avocat doit accomplir tous les actes de procédure utiles à la conduite du procès. La procédure appelant à un certain formalisme, et l'observation de délais ; les fautes peuvent être nombreuses par simple oubli ou négligence, d'autant que les obligations qui en découlent sont des obligations de résultat. Le contentieux est donc bien présent.

Parce qu'il prend la place et œuvre au nom de son client, soit du plaideur initial, et car il a le monopole de cette mission l'avocat se retrouve lié par un mandat ad litem (A). A ce titre et du fait des actes particuliers dont il a la charge, il est débiteur d'obligations envers son client (B).

A - Le mandat ad litem en représentation

Le mandat ad litem est un contrat dont l'existence est présumée en terme de représentation (1) il est donc limité (2)

1 - Le mandat présumé

152. L'article 411 du CPC dispose que « *le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure* ». De même les articles 415 et 419 au sein du Titre XII du CPC intitulé « *Représentation et assistance en justice* » mentionnent le « *représentant* », quand l'article 418 pour sa part fait référence au « *mandataire* ». Il semblerait qu'un amalgame entre les deux notions ait été voulu par le législateur, de sorte que le mandataire et le représentant en justice deviennent des vocables à teneur équivalente. Le mandat conformément à l'article 420 du CPC « *recouvre le procès, y compris, postérieurement au jugement, l'exécution de celui-ci, à condition toutefois que celle-ci soit engagée dans l'année qui suit le jour du jugement passé en force de chose jugée* ». Selon l'article 1985 du Code civil relatif au mandat, celui ci « *peut être donné par acte authentique ou par acte sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement.* ». Le mandat ici serait donc plutôt de nature verbale, en absence de contrat écrit signé par les parties. Dans le cadre des activités judiciaires, la dispense de justification du

mandat peut laisser penser qu'un mandat verbal suffit, dans la mesure où le client totalement profane donc en position d'infériorité dans un contexte où la défense de ses intérêts sont en jeu, s'en remet nécessairement à un avocat. Ainsi, nul besoin spécifiquement d'un écrit pour faire preuve et foi du mandat. L'article 416 du CPC⁶¹⁴ conforte totalement cette hypothèse en prévoyant que l'avocat n'a pas besoin de justifier de son mandat d'assistance ou de représentation. Les textes déontologiques⁶¹⁵ reprennent le contenu de cette disposition. Ainsi établir la preuve du mandat ad litem n'est pas une obligation stricto sensu. La remise par le client des pièces nécessaires en vue d'un procès suffit. De même, le dépôt de conclusions permet de déduire le mandat⁶¹⁶. Classiquement il existe une véritable présomption d'existence du mandat ad litem, mais elle ne vaut qu'envers les tiers et non hors cadre judiciaire, puisque dans ce cas et dans ses rapports avec son client, l'avocat doit être en mesure de justifier que le mandat reçu lui conférerait pouvoir⁶¹⁷. MARTIN qualifie cette présomption de « véritable privilège de la profession »⁶¹⁸. Déjà en 1926, la jurisprudence précisait que « l'appartenance de l'avocat à un ordre auquel un crédit certain est attaché lui permet d'être cru sur parole »⁶¹⁹. M. Durand exerçant au Barreau de Nîmes s'exprime en ces termes « demander à

614 Article 416 CPC « *Quiconque entend représenter ou assister une partie doit justifier qu'il en a reçu le mandat ou la mission. L'avocat est toutefois dispensé d'en justifier* »

615 L'article 8 du décret de 2005 « *L'avocat doit justifier d'un mandat écrit sauf dans les cas où la loi ou le règlement en présume l'existence* » - Art 6-2 RIN « *il assiste et représente ses clients en justice, et à l'égard de toute administration ou personne chargée d'une délégation de service public, sans avoir à justifier d'un mandat écrit, sous réserve des exceptions prévues par les textes légaux et réglementaires* ». A noter que cette rédaction soulève quelques questionnements. En effet en cas de dispense l'avocat est-il exempté d'un écrit, ou uniquement de la justification de celui-ci ? Selon la lecture faite de l'article 8 du Décret précité, les conclusions et irrémédiablement les conséquences que l'on en tirera ne sont absolument pas identiques. Dans le premier cas envisagé, le mandat n'est pas indispensable formellement, il peut se cantonner à une forme tacite. A l'inverse, la seconde hypothèse implique la nécessaire existence concrète car écrite du mandat, même si celui reste au fond des tiroirs ou archives de l'avocat, puisque seule la justification de son état ferait l'objet d'une dispense. On ne peut que déplorer un manque de clarté. L'avocat doit par principe, justifier d'un mandat- exigence de fond- se présentant sous forme écrite- exigence formelle- ce qui ne constitue pas de difficulté à priori. Le véritable problème posé par la rédaction de l'article et semant quelque peu le doute, revient à ce que l'on détermine, dans les cas où la loi ou le règlement présume l'existence du mandat, si le professionnel peut s'en dispenser. Autrement dit, l'exigence de forme précitée, et uniquement elle, peut-elle être ignorée, au motif que des dispositions prévoient implicitement l'existence du mandat ? Il semblerait que oui, puisque la loi dispense seulement l'avocat de la production de la justification de son mandat. Ce qui signifie que celui-ci est présumé en disposer au préalable, non pas d'être exempté d'en détenir un. La dispense ne concerne donc que l'exigence de forme. Dès lors, le principe posé par le code de procédure civile serait pour l'avocat de devoir « *... justifier qu'il en a reçu le mandat ou la mission* », quand l'exception reviendrait à ce que « *l'avocat ou l'avoué* » soit « *dispensé d'en justifier* », et non pas d'en détenir un. Autrement dit, la présomption de mandat ad litem constituerait l'exception au principe de justification du mandat posé par l'alinéa premier de l'article **416 du Code de Procédure Civile**, et de l'article **8 du décret du 12 juillet 2005**. Cette question fut soulevée par M. Nicolas Jean-Pierre, député de l'Eure, et publiée au JO le 11 octobre 2005. Le garde des sceaux dans sa réponse, précisa que les articles précités ne constituent aucunement d'antagonisme, dans la mesure où justement l'alinéa 2 tempère l'obligation d'écrit en prévoyant une dispense. Ainsi, il semblerait que la loi exige de l'avocat un pouvoir spécial, donc un mandat écrit, uniquement que pour certains actes jugés comme délicats, tels que, « *former une inscription de faux contre un acte authentique, enchérir ou surenchérir, renoncer à une succession ou l'accepter sous bénéfice d'inventaire*

616 Crim 14 octobre 2008 Bull crim n° 207

617 Civ 1^{re} 9 mai 1996 bull civ I n° 191, conformément à l'article 417 du NPC

618 MARTIN (R) « *Avocats, généralités, fonctions* » J-cl procédure civile 2002 fas 83-1 n°21

619 Civ 1^{er} 2 décembre 1926 DP 1927 note APPLETON (J)

un avocat de produire son mandat déclencherà sa colère, noire comme la robe dans laquelle, indigné, il se drapera pour rappeler qu'il bénéficie d'un mandat ad litem et qu'il n'a donc rien à vous produire »⁶²⁰. A noter que selon l'article 415 du NCPC « *le nom du représentant et sa qualité doivent être portés à la connaissance du juge par déclaration au secrétaire de la juridiction* ». L'identité du représentant est donc dévoilée au préalable au juge et à la partie adverse selon la procédure. Cette disposition relève cependant plus de la courtoisie que de la nécessité de prouver le mandat de représentation.

153. Récemment, le CE a rappelé qu'un avocat contrairement aux autres conseils, avait la possibilité de représenter un contribuable devant l'administration sans être subordonné à la justification du mandat reçu⁶²¹, ceci conformément à l'esprit des articles 4 et 6 de la loi 71-1130 du 30 décembre 1971. En revanche, s'agissant d'un conflit avec administration fiscale, il a été retenu que les collaborateurs n'ayant pas la qualité d'avocat, ceux ci ne pouvaient intervenir que sous réserve de la production d'un mandat exprès du contribuable⁶²². La règle est que le port de la robe⁶²³ suffit à présumer que celui qui plaide œuvre indubitablement en tant que professionnel, au nom et pour le compte de celui ou celle dont il défend les intérêts, celui ou celle-là même qu'il cite dans ses conclusions verbales. En effet, « *celui qui se présente pour une partie et qui appartient à un Ordre d'avocats soumis à une discipline sérieuse, mérite d'être cru sur la seule affirmation qu'il représente son client* »⁶²⁴. Néanmoins cette présomption n'est que simple et peut ainsi être renversée⁶²⁵ le mandat ayant ses limites. Cette particularité a été soulignée dans un avis de la Cour de cassation rendue en septembre 2014, en raison de l'existence de deux principes de procédure contradictoires. Le premier, de droit commun, concerne les articles 416 et 417 du CPC ou l'avocat reçoit une dispense générale d'avoir à justifier tant à l'égard du juge et de la partie adverse, qu'il a reçu un mandat de représentation. Ce mandat comprenant notamment le pouvoir d'accepter ou de donner des offres, c'est-à-dire de transiger. Le second principe provient d'un texte particulier : l'article R.1453-13, al 2 du Code du travail qui dispose que « *si le défendeur a justifié en temps utile d'un motif légitime d'absence, il peut être représenté par un mandataire écrit l'autorisant à concilier en son nom et pour son compte* ».

620DURAND (E) « *Le mandat ad litem* » 13 octobre 2009 Réf. 082138 JR//DI in www.blogavocat.fr

621CE 24 avril 2013 n°352310 9e et 10e sous-section

622CE 13 janvier 2010 n° 323163

623CHOLET (D) « *Assistance et représentation en justice* » Répertoire de procédure civile, Dalloz, septembre 2012, n°72 : « *Les avocats sont crus disait-on jadis, sur leur robe* »

624ADER (H) – DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* » Dalloz Action, 14eme édition 2013-2014 p. 440, Civ. 2eme 20 février 1991, n°89-14.045, Bull. civ. II n°59

625Com 19 octobre 1993 RTD civ 1994 160 obs PERROT

La Cour de Cassation⁶²⁶ a estimé que ce dernier texte ne s'appliquait pas à l'avocat. Les motifs d'absence ayant été justifiés, le défendeur peut être représenté par un avocat pour transiger et celui-ci n'a pas à justifier de son mandat

2 - Le mandat limité

154. L'avocat est tenu uniquement par ce que lui demande son client. Il ne peut s'immiscer au-delà sans y avoir été invité par ce dernier. En toute hypothèse, comme le précise le Décret du 12 juillet 2005 en son article 8, « *il respecte strictement l'objet du mandat - c'est-à-dire uniquement ce qui est nécessaire à l'instance et, ou ce qui est convenu - et veille à obtenir du mandant l'extension de ses pouvoirs si les circonstances l'exigent.* »⁶²⁷ Certes il a le devoir d'éclairer son client du fait de l'obligation d'information et de conseil, mais les lumières apportées par le professionnel doivent rester conformes et en corrélation avec la mission qui lui a été impartie initialement. Le mandat implique une obligation de faire consistant à agir selon la volonté du mandant⁶²⁸, et simultanément une obligation de ne pas faire au delà de celle ci. Le texte déontologique et le contenu plus général des dispositions relatives au contrat de mandat abondent dans le même sens, puisque prescrivant au professionnel une conduite ne devant aller au-delà de ce que le mandant/ client pourrait lui demander. Si ceci n'était pas respecté par le professionnel, l'acte ne sera pas frappé de nullité absolue, mais le client pourra agir en responsabilité contre son avocat. L'avocat ne devant dépasser l'objet de son mandat, il ne pourra être tenu responsable des incidents qui dépassent les termes de sa mission⁶²⁹. Le mandat ad litem ne s'étend pas à l'exercice des voies de recours qui requiert un mandat spécial, mais le défaut d'information caractérisé par le fait de ne pas signaler l'existence d'une voie de recours est un manquement au devoir de conseil⁶³⁰. L'avocat qui omet d'exercer un recours, contrairement aux instructions écrites de son client qui contestait une décision qui avait des chances sérieuses d'être réformée en appel engage sa responsabilité⁶³¹.

626Cass avis n° 15009, 8 septembre 2014

627Un avis de la commission des règles et usages du Conseil national des Barreaux du 6 février 2010 a rappelé en l'état du droit positif et des dispositions de l'**article 6.3 du RIN**, les limites de l'intervention de l'avocat tenant au caractère accessoire de cette activité dans le cadre d'un mandat confié à l'avocat par son client.

628PETEL (Ph) « *Les obligations du mandataire* » Thèse Montpellier 1987 p 149

629CA Lyon 1ère Ch. 5 octobre 1989, D. 1989 I.R. p. 289

630 Civ 1ère 13 novembre 1997, JCP 1997, G, IV, 2518

631CA Orléans 11 mai 1998, Juris-Data n°1998-044230.

155. Il existe des cas où un mandat spécial est nécessaire. L'article 417 du CPC⁶³² le précise. La responsabilité de l'avocat est donc susceptible d'être engagée si ce dernier accomplit sans mandat spécial les actes nommément visés par cet article. Si le mandat général ad litem peut être limité quant à son objet comme évoqué, il trouve aussi des limites dans le temps. Ainsi, l'article 13 du Décret n°2005-790 du 12 juill. 2005 dispose : « *L'avocat conduit jusqu'à son terme l'affaire dont il est chargé, sauf si son client l'en décharge ou s'il décide de ne pas poursuivre sa mission. Dans ce dernier cas, il informe son client en temps utile pour que les intérêts de celui-ci soient sauvegardés* ». Une fois son mandat terminé, l'avocat est en principe à l'abri d'une action en responsabilité intentée par son client.

156. Le contrat peut prendre fin du fait de la volonté des parties, par révocation par le client selon l'article 418 du CPC⁶³³ : ainsi, le fait par le client de demander la restitution de son dossier met fin ipso facto au mandat ad litem, et l'avocat est dès lors dispensé de toute diligence à partir de la lettre contenant la demande de restitution. À noter que la révocation du mandat ne saurait se déduire de la simple attitude passive du client⁶³⁴. Le comportement du client doit démontrer sa volonté non équivoque de mettre fin au mandat. L'avocat, aux termes de 419 CPC⁶³⁵ a aussi la possibilité de mettre fin au mandat. Ceci dit selon cette même disposition, lorsque la représentation est obligatoire, il ne peut se décharger de son mandat tant qu'il n'a pas été remplacé par un nouveau représentant effectivement constitué en ses lieu et place⁶³⁶. En revanche, il a été jugé que le non paiement des honoraires convenus peut constituer un motif de rupture⁶³⁷. Enfin, l'article 369 du Code de procédure civile, relatif à l'interruption de l'instance, fait référence à la « *cessation de fonctions de l'avocat lorsque la*

632 Article 417 CPC « *La personne investie d'un mandat de représentation en justice est réputée, à l'égard du juge et de la partie adverse, avoir reçu pouvoir spécial de faire ou accepter un désistement, d'acquiescer, de faire, accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement* »

633 Article 418 CPC « *La partie qui révoque son mandataire doit immédiatement soit pourvoir à son remplacement, soit informer le juge et la partie adverse de son intention de se défendre elle-même si la loi le permet, faute de quoi son adversaire est fondé à poursuivre la procédure et à obtenir jugement en continuant à ne connaître que le représentant révoqué* »

634 Civ 1^{re} 15 février 2005, n°03-10.707, Bull. Civ. I, n°81

635 Article 419 CPC « *Le représentant qui entend mettre fin à son mandat n'en est déchargé qu'après avoir informé de son intention son mandant, le juge et la partie adverse. Lorsque la représentation est obligatoire, l'avocat ne peut se décharger de son mandat de représentation que du jour où il est remplacé par un nouveau représentant constitué par la partie ou, à défaut, commis par le bâtonnier ou par le président de la chambre de discipline* »

636 CA Bordeaux 25 février 1980, Gaz. Pal. 1980, 1, p.330 note DAMIEN (A)

637 Cass. Ass. Plén. 13 avril 2007 n°06-19.613, D. 2007, A.J. p.1433, note AVENA-ROBARDET :

« *L'avocat au Conseil qui a dûment prévenu le client des conséquences du non paiement du solde des honoraires convenus, à savoir la déchéance du pourvoi, et qui ne reçoit pas de son client la totalité de ses honoraires qu'il avait préalablement fixés, est en droit de se considérer comme délié de son mandat consistant à déposer un mémoire dans le délai légal* »

représentation est obligatoire ». Le décès⁶³⁸ de l'avocat, la démission⁶³⁹ du représentant de ses fonctions, les mesures disciplinaires telles que la radiation ou la suspension et d'une manière générale toute cessation des fonctions du représentant⁶⁴⁰. Quoi qu'il en soit, avant que ne prenne fin son mandat de représentation, l'avocat est tenu de certaines obligations dont certaines découlent de la déontologie.

B - Les obligations du mandataire

En effet en tant que mandataire, il doit être diligent, et conseiller (1) ainsi qu'être vigilant et prudent (2), devoirs émanant de la déontologie pour ces derniers.

1 - Les devoirs de diligence et de conseil

157. L'avocat doit être diligent. Cette obligation plutôt générale, concerne bien d'autres missions mais la représentation est pleinement ciblée. De ce fait, il lui incombe « *de mettre en oeuvre, au moment opportun, les moyens de nature à parvenir à la défense des intérêts de son client* »⁶⁴¹ et « *prendre toute initiative utile à l'accomplissement de sa mission, en veillant notamment à la représentation de son mandant aux audiences* »⁶⁴². La négligence en matière de délai pour agir est également un cas de contentieux récurrent, ainsi l'avocat manque à son obligation de diligence s'il n'effectue aucun acte interruptif de prescription, qu'il s'agisse d'une action en responsabilité civile contre des gérants⁶⁴³, ou bien en diffamation, domaine dans lequel la prescription est extrêmement courte⁶⁴⁴. De même, « *fait preuve d'une négligence fautive l'avocat qui, malgré les nombreux rappels de son mandant, et bien qu'il ait disposé de tous les éléments lui permettant d'établir ses conclusions et de former les demandes reconventionnelles qu'il avait reçu mandat d'établir, conclut avec retard sans tenir compte de la sanction de la péremption d'instance* »⁶⁴⁵. L'avocat qui ne renouvelle pas pour ses clients époux débiteurs, une inscription d'hypothèque judiciaire provisoire l'empêchant de devenir définitive, manque par cette inaction à son devoir de diligence⁶⁴⁶.

638Civ 2^e 25 mars 1992, JCP G 1992, IV, n°1575

639Civ 2e 21 juin 1989, Bull. civ. II, n°132

640CA Grenoble 14 janvier 1997, JurisData n°043906

641CA Paris 1ère Ch. A 10 février 1998, JurisData n°1998-020659

642CA Paris 1ère Ch. A 2 juin 1999, JurisData n°1999-024209

643CA Paris 1ère Ch. A 3 avril 1995 JurisData n°1995-021812

644TGI Paris 1ère Chambre 1 20 mai 1998 JurisData n°1998-043605

645CA Grenoble 14 janvier 2002, JCP 2002, I, 916, n°8 obs. PASQUALINI et PASQUALINI-SALERNO

646CA Versailles Ch 1 S1 4 avril 2013 n° 11/03362

158. En plus de devoir être diligent, l'avocat est tenu « *d'un devoir de conseil professionnel à l'égard de son client. Le rôle de l'avocat ne se termine pas, comme en matière d'assistance, avec la plaidoirie, mais il doit tenir le client informé de la décision rendue, l'examiner avec lui, conférer dans les délais utiles de l'opportunité d'user des voies de recours lorsqu'elles sont possibles et notamment d'interjeter appel* »⁶⁴⁷. Il doit renseigner son client sur toutes les procédures qui peuvent être mises en œuvre⁶⁴⁸, et lui proposer la procédure la plus efficace⁶⁴⁹. Mais le devoir de conseil ne se limite pas à la seule information relative aux actes de procédure en tant que tels, il doit avertir son client sur leur portée, voire agir dans son intérêt.⁶⁵⁰ Egalement, « *l'avocat qui laisse prescrire une action ne manque pas à son obligation de diligence dans la conduite de la procédure en raison des hésitations de son client quant à l'exercice de ladite action, mais commet une faute au titre de son devoir de conseil pour n'avoir pas informé ce dernier sur les conditions d'exercice des voies de recours qui lui étaient ouvertes* »⁶⁵¹. Ne pas signaler l'existence d'une voie de recours⁶⁵², ne pas informer un client sur le caractère immédiatement exécutoire d'une décision⁶⁵³, ou encore ne pas préciser la différence entre une pension alimentaire et une prestation compensatoire ainsi que les conditions de révision de cette dernière à l'occasion d'une procédure de divorce, sont autant d'exemples de manquement à l'obligation de conseil de l'avocat⁶⁵⁴.

159. La jurisprudence s'est prononcée sur le devoir de conseil en matière de représentation, en effet si l'avocat doit fournir des informations exactes dans le cadre de sa mission de représentation, « *son devoir de conseil est plus étendu que la simple obligation d'information et implique aussi qu'il donne des avis qui reposent sur des éléments de droit et de fait vérifiés, en assortissant ses conseils de réserves s'il estime ne pas être en possession d'éléments suffisants d'appréciation et en effectuant les recherches nécessaires à celle-ci* »⁶⁵⁵. Le professionnel doit toujours attirer l'attention du justiciable sur les démarches auxquelles est subordonnée la recevabilité d'une action, et *ce même s'il avait mis fin à sa mission quelques jours avant l'expiration du délai, lorsqu'il y a notamment lieu de craindre que le nouvel avocat ne soit pas immédiatement en mesure d'interrompre la prescription en temps*

647TGI Aix en Provence 1ère Ch. Sect. A 3 septembre 2009, RG n°08/05471

648CA Douai 3ème Ch. 27 janvier 2000, JurisData n°2000-120662

649CA Paris 1ère Ch. A 8 mars 2000, JurisData n°2000-109270

650Civ 1ère 27 février 2001 inédit

651Civ. 1ère 10 décembre 1991, Responsabilité civile et assurance 1992, Comm. n°97

652Civ 1ère 13 novembre 1997, JurisData n°1997-004408 ; JCP G 1997, IV, 25 18

653Civ 1ère 29 avril 1997, Responsabilité civile et assurance 1997, comm. n°230

654CA Lyon 2ème Ch. 27 juin 1995, Juris-Data n°1995-053699

655Civ 1ère 21 mai 1996, n°94-12.974, Juris-Data n°1996-002134

utile »⁶⁵⁶. Le conseil est donc quasi permanent, de sorte qu'aucun manquement au devoir de conseil ne peut être reproché à un avocat qui à plusieurs reprises a attiré l'attention des parties sur les conséquences juridiques de la convention qu'ils souscrivaient⁶⁵⁷. Les contours du devoir de conseil qui incombe à l'avocat dans sa mission d'assistance et de représentation ne sont pas bien délimités et ne semblent pas toujours liés à l'information du client. Ainsi la Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel reprochant aux juges du fond de « *n'avoir pas recherché si un avocat n'avait pas failli à son obligation de conseil en n'appelant pas dans l'instance objet du litige des personnes autres que celles assignées, en n'établissant pas les conclusions qu'il avait expressément chargé de rédiger et en ne se présentant pas à l'audience* »⁶⁵⁸.

160. Par principe la charge de la preuve revient au demandeur, et ce en application des articles 1315 du C.civ al 1, et 9 du NCPC. Dans la mesure où « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* » et « *qu'il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Le client sur cette base pour engager la responsabilité du professionnel, devrait donc prouver que l'information ou le conseil n'a pas été donné, soit prouver une chose n'ayant pas été effectuée. En soi l'entreprise paraît difficile, voire impossible. Or selon l'adage *idem est non esse aut non probari*, ou encore il revient au même qu'un droit n'existe pas ou qu'il ne puisse être prouvé. Pour Marie Helene Maleville⁶⁵⁹, une telle logique dénature les obligations de conseil et d'information mises à la charge du professionnel, elles mêmes fondées sur le déséquilibre manifeste de connaissance existant entre les concernés. Il convenait bien mieux que la charge de la preuve pèse sur l'avocat débiteur des obligations.

161. Cette situation dénoncée, a conduit les juges à opéré un revirement de jurisprudence en 1997, en altérant le schéma du mode de preuve précité. L'arrêt Hédreul précise ainsi que « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit apporter la preuve de l'exécution de cette obligation* »⁶⁶⁰. Ceci résulte d'une décision concernant la responsabilité médicale. Comme de nombreuses fois, la logique dégagée par le juge en la matière fut étendue aux professionnels du droit, l'avocat n'y

656Civ 1ère 9 mai 2001 juris-Data n° 2001- 009512

657Civ 1ère 3 janvier 1996 juris-Data n° 1996-000069

658Civ 1ère 2 avril 1997 juris-Data n° 1997-001625

659MALEVILLE (M-H) « *La responsabilité des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil* » JCP 2000 I n° 222

660Civ 1ère 25 février 1997, n° 94-19685

échappa pas quelques semaines plus tard⁶⁶¹ avec l'arrêt Thoumieux. Cette décision fut plusieurs fois confirmée par la Cour de cassation allant jusqu'à avoir un effet rétroactif aujourd'hui très atténué. Ainsi, dans l'intérêt du justiciable, mais également de la logique, il est désormais exigé de la part du débiteur de l'information de prouver qu'il l'a bien exécutée. L'avocat doit donc démontrer qu'il s'est acquitté de son devoir de conseil⁶⁶² contrairement à la lettre de l'article 1315 al 1 du Code civil, mais conformément à l'al 2. La preuve des faits juridiques n'étant pas sanctionnée par le principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même⁶⁶³. Pour MONEGER et DEMEESTER⁶⁶⁴, il se crée une présomption de faute à l'égard de l'avocat, puisque s'il ne parvient pas à établir l'accomplissement de ses obligations, il sera réputé ne pas les avoir exécutées donc tenu responsable. Les réactions de l'époque soulignèrent cette position délicate pour l'avocat, devant se prémunir à l'avance en cas d'action en responsabilité, alors que la confiance doit lier celui-ci à son client. Néanmoins, lettre simple⁶⁶⁵, attestation⁶⁶⁶ peuvent suffire, il est établi que la preuve de l'accomplissement par l'avocat de son obligation d'information ou de conseil constitue un fait juridique qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et peut donc être faite par tout moyen. Ainsi, la Cour de cassation relève l'existence d'un document intitulé « Présentation Power Point », un prospectus établi sous la signature du président de la Société, une lettre de rappel de la Société d'avocats à sa cliente et le procès-verbal d'une réunion du directoire de la Société. Cet ensemble de documents établit que l'avocat a bien rempli son obligation de conseil et le client échoue définitivement dans son action en responsabilité⁶⁶⁷.

162. Concrètement pour se prémunir, le professionnel devrait donc se ménager une preuve écrite de la bonne exécution de ses obligations. C'est en tout cas ce qui semble le plus sage et approprié. L'avocat peut faire signer ou rédiger un écrit par son client, ou celui atteste avoir reçu conseils, un « dé-conseil », ou une mise en garde. Mais ceci ne saurait être assimilé à une véritable décharge de responsabilité au bénéfice du débiteur de l'obligation. De telles précautions sont de pures et uniques formes : l'avocat fait témoigner par écrit qu'il a agi dans le bon sens de sa mission. Mais fondamentalement, ceci constitue-t-il réellement la preuve

661Civ. 1ère, 29 avril 1997 n° 94-21217

662Civ 23 novembre 2000, n° 99-11.009 Juris-Data n° 2000-007042

663Com 19 juin 2012 n° 11-17015, inédit – Principe établi par Civ 1ère 13 février 2007 Bull civ I n° 60 D 2008 2823 BRETZNER, puis consacré légalement via R 132-1 12° c conso tel qu'il résulte du décret du 18 mars 2009 « *sont irréfragablement présumées abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet d'imposer au consommateur la charge de la preuve qui en vertu du droit applicable devrait incomber normalement à l'autre partie* »

664DEMEESTER (M-L) MONEGER (J) « *Profession avocat* » Dalloz 200 p 242

665CA d'Amiens, Ch. Civ 1^{er} mars 2012-018433

666Com 17 septembre 2013, n° 12-17949

667Civ 1ère 9 avril 2014 n° 13-14598

que le justiciable a su tirer valablement conseil de ce qui lui a été dit ou précisé, et que le professionnel a réellement été efficace ? Cela n'est pas certain. En attendant, la modification du régime de preuve a créé une obligation de moyen renforcée à l'égard du professionnel, ou de simples indications verbales demeurent insuffisantes et empêchent le professionnel de se prémunir⁶⁶⁸. Au-delà de l'information en elle-même, l'avocat doit tout faire pour que le contenu juridique qu'il apporte soit le plus compréhensible possible au justiciable, qui le consulte dans ce but. Prodiguer vaguement un conseil ne suffit pas à éclairer pleinement la conscience du profane. Ce dernier doit, au maximum que ses moyens intellectuels lui permettent, accompagner l'avocat et donner son avis sur les choix stratégiques à envisager, dans la réussite de sa requête personnelle. Certes le client n'est pas le technicien du droit, mais il n'est pas censé abandonner l'intégralité de ses pouvoirs à l'avocat, il doit le seconder en quelque sorte. Accepter de signer une preuve qui préciserait que l'information a été donnée par le professionnel, alors que celle-ci n'a pas été véritablement comprise, ne paraît pas être un cas difficile à imaginer. Dans cette perspective le témoignage écrit de ce que les diligences du professionnel ont bien été accomplies paraît douteux. En effet en plus de devoir conseiller l'avocat est tenu d'être efficace. Il convient donc qu'en plus de tenir compte de la personnalité du client pour apprécier si les obligations du professionnel ont été remplies ou non, que l'avocat conserve en amont, toutes traces, toutes pièces et courriers relatant dans le détail son implication réelle, la teneur et la qualité des conseils octroyés. Un simple écrit ne suffit donc absolument pas à remplir la lourde tâche de « charge de preuve ». Il ne sera tout au plus qu'un commencement de preuve. C'est l'examen intégral des échanges entre l'avocat et son client qui permettra au juge de déterminer s'il a rempli ses obligations. C'est d'ailleurs à ce titre que ce qui aura été dit entre les deux parties ne sera plus confidentiel.

163. L'écrit s'il n'est pas une preuve parfaite, demeure tout de même à ce jour un des meilleurs moyens confirmant l'accomplissement des obligations. Du moins la prudence et la conscience professionnelle l'exigeront. Lettre simple⁶⁶⁹, attestation⁶⁷⁰ la preuve du devoir de conseil, il est établi que la preuve de l'accomplissement par l'avocat de son obligation d'information constitue un fait juridique qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et peut donc être faite par tout moyen. Ce système de preuve ne constitue en fait que de simples présomptions. Elles peuvent donc être renversées, dans ce cas il appartiendra au client d'établir la preuve d'absence d'information et de conseil. Dans l'intérêt du client, partie faible

668Civ 1ère 30 avril 2014 n° 13-11667

669CA d'Amiens, Ch Civ 1^{er} mars 2012-018433

670Com 17 septembre 2013 n° 12-17949

au contrat du fait de son ignorance des lois, un avis de conseil écrit et signé, ne peut être retenu comme garantie intégrale et réelle d'avoir reçu l'information. Cependant l'avocat ne doit pas être sacrifié, et doit avoir les moyens de se prémunir contre un client difficile, voire peu scrupuleux. C'est ainsi que pour assurer sa défense, le professionnel dispose du droit particulier et réserver à cette fin, de lever le secret sur les échanges qu'il aura eu avec son client. Des concessions s'imposent aux parties tant d'un côté que d'un autre : la nécessité de ménager des preuves multiples, autre qu'un simple écrit, pour faire foi de l'accomplissement de diligences et ce dans l'intérêt du client ; la possibilité pour l'avocat de lever le secret professionnel, ainsi l'équilibre n'est pas rompu entre les parties.

A coté des obligations contractuelles évoquées, l'avocat est également soumis à des impératifs issus directement de la déontologie.

2 - Les devoirs de prudence et de vigilance.

164. La prudence citée à l'article 1er du RIN, s'entend largement et concerne tant les personnes ayant mandaté l'avocat⁶⁷¹, que les tiers⁶⁷², si les conditions nécessaires à l'établissement de sa responsabilité sont réunies. Cet impératif déjà cité brièvement en 1971 à l'article 1.3, dans la partie « *principes essentiels de la profession* », a été inséré une seconde fois à l'article 1.5 en 2011. Ce dernier compte 3 paragraphes. Il semblerait ainsi que la notion ait eu besoin d'être davantage spécifiée, voire consacrée. Agir avec prudence, renvoie selon le Littré⁶⁷³, à « *la vertu et la pratique de ce qui convient dans la conduite de la vie* ». Il est donc attendu du professionnel qu'il considère le cas soumis et qu'il agisse avec vertu, sous entendu avec intelligence, ce qui inclut en pratique « *de ne pas conseiller à son client une solution s'il n'est pas en mesure d'apprécier la situation décrite, de déterminer à qui ce conseil ou cette action est destiné, d'identifier précisément son client* » et « *de mettre en place, au sein de son cabinet, une procédure lui permettant d'apprécier, pendant toute la durée de sa relation avec le client, la nature et l'étendue de l'opération juridique pour laquelle son concours est sollicité* »⁶⁷⁴. En toute logique, la prudence implique également que l'avocat refuse tout

671Civ 2eme 26 juin 2008, n°06-11.227 et 06-21.711, JCP 2008 G, I, 184, § 6, obs JAMIN (C)

672Civ 2eme 20 décembre 2007, n°06-20.809, Resp. Civ. et Assur. 2008, comm. 113 : « *en portant les enchères pour une société insolvable, l'avocat avait pris le risque d'une revente sur folle enchère à un prix inférieur, de sorte que la Cour d'appel a pu retenir qu'il devait indemniser les vendeurs du préjudice que leur avait causé la réalisation de ce risque* »

673Extraits définition Dictionnaire en ligne Littré <http://litre.reverso.net/dictionnaire-francais/definition/prudence>

674Article 1.5 RIN

dossier engendrant la commission d'une infraction⁶⁷⁵. Il devra également veiller à ne pas défendre des intérêts opposés⁶⁷⁶, ni outrepasser les limites de son mandat.

165. Une autre obligation sous jacente à la prudence existe, il s'agit de l'obligation de vigilance. Elle s'adresse tant au client qu'au tiers. L'avocat vigilant doit vérifier que l'action de son client est fondée et que les conditions de recevabilité de celle-ci sont réunies. A contrario, il engage sa responsabilité civile⁶⁷⁷. La vigilance peut également consister à prendre soin de vérifier les agissements d'un autre avocat, de sorte que l'avocat qui n'a pas décelé l'erreur commise par le conseil adverse sur une nullité de calcul relative à des indemnités de licenciement commet une faute⁶⁷⁸. Autre exemple en matière de saisies immobilières pour lesquelles l'avocat porte les enchères : il est responsable pour défaut de vigilance s'il ne vérifie pas la solvabilité de sa cliente pour former une surenchère importante dans le cadre d'une saisie immobilière⁶⁷⁹.

Ces dernières obligations citées sont avant tout des devoirs de nature déontologique, pourtant leur manquement peut être constitutif d'une faute civile engageant la responsabilité du professionnel sur ce terrain. Ceci est encore une illustration de l'intrusion des deux matières l'une dans l'autre, et ce dans l'intérêt du justiciable. Si l'assistance et la représentation, traditionnelles activités de l'avocat, sont soumises à des impératifs, les missions dites plus modernes n'y échappent pas non plus.

675 Article 1.5 du RIN « *Lorsqu'il a des raisons de suspecter qu'une opération juridique aurait pour objet ou pour résultat la commission d'une infraction, l'avocat doit immédiatement s'efforcer d'en dissuader son client. A défaut d'y parvenir, il doit se retirer du dossier* »

676 Civ 1^{ère} 17 juillet 1996, n°94- 11.450, Bull. civ. I n°324.

677 CA Versailles 4^{ème} Ch. 7 avril 1995, Juris-Data n°1995-041964 et 1995-041328

678 TGI Saint Omer 11 juillet 2008, RG n°07/00346, inédit

679 CA Agen 7 février 1996, JurisData n°1996-044289

Section II – LA RESPONSABILITE DU FAIT DES MISSIONS CONTEMPORAINES DE L'AVOCAT

Le 31 décembre 1990, le législateur a pausé une réglementation relative à la consultation et à la rédaction d'actes (§1) reposant sur la discipline de l'exercice du droit extrajudiciaire à titre principal et à titre accessoire. L'exercice à titre principal étant réservé à certaines professions juridiques réglementées, parmi lesquelles les avocats figurent. Puis, en 2008, la loi de modernisation de l'économie, dite loi LME, a permis aux avocats d'avoir la qualité de fiduciaire (§2) . Ces activités au régime établi, ne sont pourtant pas les plus récentes dans l'historique des missions de l'avocat. Il existe depuis 2011 l'avocat agent sportif, mandataire immobilier, ou encore compétent en matière de convention participative.

Paragraphe I - Les missions juridiques classiques

Les missions visées ici sont celles de l'avocat consultant (A) ainsi que de l'avocat rédacteur d'acte (B)

A - L'avocat consultant

L'avocat consultant n'est autre que celui qui consulte ou donne des consultations (1), à ce titre il a certaines obligations(2).

1- Définition de l'avocat consultant

166. La consultation à proprement dit est depuis le droit romain une mission essentielle de l'avocat⁶⁸⁰, car, « *défendre c'est conseiller comme plaider et représenter en justice* »⁶⁸¹. Le *consilari* ou consultant tel que nommé par le Barreau médiéval disparu au XIXe siècle pour refaire son apparition le siècle suivant⁶⁸². A présent, l'avocat consultant a fusionné avec les professions de conseils juridique par la loi n°90-1259 du 31 décembre 1990 et l'article 54 à 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 qui réglementent la consultation et la rédaction d'actes

680BERTRAND (E) « *Plaidoyer pour les avocats* » D 1952 p 24

681TYNARE (A) Le Monde 26 mai 1971 « *La prestation de conseil juridique en droit français* »

682ADER (H) - DAMIEN (A) « Règles de la profession d'avocat » Dalloz Action 2008-2009 n°05.12

sous seing privé. Ces dispositions précisent que les avocats ne détiennent pas le monopole des consultations à titre habituel et rémunéré, celles ci peuvent donc être données par d'autres professionnels. L'impact en terme de responsabilité est clair: l'avocat n'est plus soumis à des règles qui lui sont propres, il dépend plus globalement de celles concernant la responsabilité civile du professionnel agissant comme consultant. A le définir, l'avocat consultant est celui qui « fait profession de donner des avis de consultations sur des questions d'ordre juridique ou contentieux »⁶⁸³. Son rôle dans ce cas est de conseiller et renseigner les particuliers et les administrations publiques sur toutes les questions d'ordre légal.

2- Les obligations de l'avocat consultant

167. Donner un conseil n'est pas anodin, car il fait peser sur celui qui en est débiteur un devoir de conseil, ce faisant le professionnel engage donc sa responsabilité. En effet, la consultation consiste à projeter dans l'avenir une solution juridique pour éviter un procès ou pour le préparer. Les manquements imputables à l'avocat dans ce cadre sont très similaires à ce qui a été développé concernant l'assistance, et consiste de façon générale en une erreur de droit grossière. Il n'existe pas de définition officielle de la prestation de conseil même si la loi en fait usage, car les juges utilisent cette notion pour faire naître une obligation de conseil. La consultation peut s'entendre comme « *une prestation intellectuelle personnalisée qui tend à fournir un avis concourant par les éléments qu'il apporte à la prise de décision du bénéficiaire de la consultation et donc distincte de l'information à caractère documentaire qui consiste à renseigner un interlocuteur sur l'état du droit ou de la jurisprudence relativement à un problème donné* »⁶⁸⁴. Apparaît ainsi le but du conseil qui outre renseigner a pour vocation de protéger ses destinataires ; partant du postulat selon lequel il est impossible pour eux de connaître les règles. Le praticien en assurant le meilleur conseil qu'il puisse donner, est porteur des intérêts de son client en lui assurant une sécurité juridique ; et par la même, en faisant la démonstration de ses compétences, il se prémunit et évite d'engager sa responsabilité. L'avocat consultant doit fournir à ses clients tous les éléments d'information susceptibles de les éclairer sur les aspects juridiques de la question à propos de laquelle ses services sont requis. Ainsi, l'obligation d'information à la charge de l'avocat lui impose d'éclairer ses clients sur tous les aspects tant fiscaux que juridiques liés à l'opération

683APPLETON (J) « *Traité de la profession d'avocat* » Librairie Dalloz Paris 1923
684Rép. Min. 8 juin 1992, JOAN, p. 2523 ; JCP 1992 V. 95

projetée⁶⁸⁵. Toutefois au titre de cette même obligation, il doit déconseiller une opération risquée⁶⁸⁶. A noter que le devoir de conseil ne cesse pas, ni ne disparaît, lorsqu'un autre professionnel assiste le client⁶⁸⁷, l'avocat demeure tenu de ses obligations.

685CA Paris 1ère Ch. A, 26 juin 2000, JurisData n°2000-121300
686Civ 1ere 23 mai 2000, n°97-19.223, JCP 2000 G, IV, 2211
687CA Paris 1ère Ch. A 26 juin 2000, JurisData n°2000-121300

168. Le conseil né donc de la rencontre d'un profane et d'un professionnel. Suite à la présentation et à l'évaluation de la situation soumise par le client, le spécialiste sera à même de donner un conseil. Au préalable il se sera nécessairement adonner à un raisonnement objectif⁶⁸⁸ et rigoureux en conformité avec le droit positif afin d'apporter une solution juridique la plus adéquate et la moins imparfaite possible. En effet, les solutions peuvent être multiples et variables selon l'effet juridique recherché ; que cela soit en matière contentieuse ou non. Quoi qu'il en soit le professionnel a pour mission « *d'appliquer aux faits des règles de droit qui les réglementent* »⁶⁸⁹. Suite au stade de la qualification juridique ou le fait matériel sera rapproché de la règle de droit, intervient l'interprétation juridique, méthode de déduction du professionnel ou sera déterminé la portée de la norme envisagée, car le professionnel a « *pour tâche de prévoir et provoquer les décisions juridiques à venir* »⁶⁹⁰ Le conseil peut revêtir diverses formes, il consiste tant en des avis verbaux qu'écrits, lesquels seront donnés à un client « *à l'occasion d'un acte ou d'une action juridique ou judiciaire en vue d'éviter une difficulté ou un conflit à l'occasion d'un procès imminent ou en cours* »⁶⁹¹. La différence notable entre ces deux, est que les conseils sous forme écrite engageront directement la responsabilité des avocats ; la forme écrite constituant une preuve à présenter très facilement aux juges. Ce constat peut déranger, comment qualifier un justiciable qui s'empresserait de dénoncer les manquements qu'ils estiment avoir subi en retournant contre le professionnel les fruits de son propre labeur ? En réponse, l'analyse de MIALON selon qui le conseil n'est autre qu'une activité économique car source de revenu pour l'avocat peut être citée : si ce dernier en retire des bénéfices, c'est que le conseil est source de dépenses pour les particuliers qui s'adressent à lui⁶⁹², il est donc normal qu'ils puissent demander des comptes pour ce service payé. Le conseil est donc une prestation de service, à ce titre l'auteur engage sa responsabilité comme tout autre prestataire de service. Cette banalisation dans la définition du conseil octroyé par l'avocat, explique celle de la procédure en responsabilité engageable à son encontre. Ceci sous réserve de preuves tangibles bien sur, mais également dans le cadre strict du cumul des conditions nécessaires pour engager sa responsabilité civile.

688Car : « *Le droit est une appréciation raisonnée, il n'est donc pas objet de sentiment, de croyance, ou d'intuition, c'est une œuvre de raison pratique* » ROUBIER (P) « *Théorie générale du droit* » Sirey 1946 p 177

689BERGEL (J-L) « *Théorie générale du droit* » Librairie de l'université d'Aix en provence 1997

690ATIAS (C) « *Epistémologie juridique* » Précis Dalloz 2002

691ADER (H) et DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* », Dalloz Action 12e éd. 2008 n°41.11

692ALEXANDRE (J-J) « *La prestation de conseil juridique en droit français* » Presse universitaire d'Aix Marseille 1992 précité, p 43

B - L'avocat rédacteur d'acte

169. La rédaction d'acte n'est pas une mission nouvelle, ce n'est donc pas d'aujourd'hui que les avocats conseillent les parties pour rédiger des actes sous seing privé. Pourtant, l'introduction en droit français du contreseing d'avocat des actes sous seing privé établis par avocat, s'inspire de l'une des propositions du rapport de la commission présidée par Me Jean-Michel DARROIS en 2009. Selon ce même rapport, le contreseing d'avocat devrait répondre à un double objectif. D'une part encourager le recours aux conseils de l'avocat à l'occasion de la négociation, de la rédaction et de la conclusion des actes sous seing privé, dans une perspective d'accès au droit, de protection juridique et de sécurité des individus et des entreprises⁶⁹³ D'autre part, à renforcer la valeur de l'acte sous seing privé en tenant l'acte pour légalement reconnu au sens de l'article 1322 du Code civil et en lui attribuant entre les parties la même force probante que l'acte authentique⁶⁹⁴.

Au delà de la rédaction d'acte en général (1), l'avocat peut être amené à rédiger contrat ou avant contrat dans le cadre d'un mandat pour une transaction immobilière (2).

1 - L'activité de rédaction d'acte en général

170. Pour donner plus de sécurité juridique à une pratique ancienne, le Barreau est intervenu permettant la création de la loi du 28 mars 2011. Le nouvel article 66-3-1 ajouté à la loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971 démontre l'étendue du changement : en contresignant un acte sous-seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte. Cette intervention législative fait figure de véritable « *marqueur de qualité* »⁶⁹⁵ et a pour rôle de rassurer le client quant aux aptitudes de l'avocat en la matière. L'usage démontrant qu'en terme d'acte juridique, il est plus dans les habitudes de se tourner vers un notaire plutôt qu'un avocat, alors que désormais en vertu de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, l'avocat peut rédiger un testament olographe. L'accueil de cette réforme n'est pas du goût de tous, en témoigne cette réaction selon laquelle cette nouveauté constituerait un « *premier empiètement officiel sur un territoire traditionnellement réservé aux officiers publics* »⁶⁹⁶. Par ailleurs, la loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite loi ALUR du 24 mars 2014, a illustré la concurrence existante entre avocats et experts-

693DARROIS (J-M) « *Vers une grande profession du droit* » rapport au Président de la République sur les professions du droit, Documentation française Coll des rapports officiels commission 2009. Extraits p 34

694Extraits rapport DARROIS précité p 49

695JAMIN (C) « *L'acte d'avocat* » D. 2011.960

comptables portant sur la rédaction d'acte. La profession a saisi l'autorité de la concurrence, l'acte d'avocat y a été présenté par comme un avantage « concurrentiel »⁶⁹⁷ pour la profession d'avocat. MARTIN n'hésite pas à parler de « *guérilla entre le chiffre et le droit* »⁶⁹⁸, et ce en dépit d'une charte de collaboration entre les présidents du Conseil national des Barreaux, du Conseil de l'Ordre des experts comptables, et du Conseil supérieur du notariat en date du 15 juin 2006 intégrée au RIN depuis le 11 août 2007 en son article 18. La pratique a pourtant été validée au moyen que l'objectif de sécurité juridique accrue attribué au contreseing pourrait justifier que ce dernier soit réservé à des professionnels du droit⁶⁹⁹. Le conseil constitutionnel pour sa part refuse de donner aux experts-comptables la possibilité de rédiger des actes contresignés⁷⁰⁰. En cela, « *la décision du Conseil Constitutionnel est une victoire pour les avocats puisqu'elle considère que reconnaître l'existence d'un acte contresigné par un professionnel de l'expertise comptable « porte atteinte à la sécurité juridique »...certes, c'est une victoire, mais la vigilance s'impose !* »⁷⁰¹.

171. Il convient à présent de préciser les obligations auxquelles est soumis l'avocat rédacteur d'acte. L'illustration la plus complète de ses obligations est sans surprise visible dans le cadre de la rédaction d'un acte qu'il lui serait lui demandé d'établir. Effectivement dans ce cas de figure, l'avocat se mue en véritable créateur d'acte, duquel naîtra directement des conseils octroyés aux parties. Ainsi à la classique obligation de conseil s'ajoute celle d'efficacité particulièrement accrue⁷⁰². Avant toute chose, il est important de rappeler que l'avocat doit avoir été mandaté pour agir et rédiger, à défaut sa responsabilité civile ne pourra bien entendu pas être engagée⁷⁰³. Une fois ceci avéré, l'avocat est soumis à certaines obligations : non seulement l'acte qu'il élabore doit être efficace et produire des effets, mais ceux-ci doivent correspondre au-delà du souhait, aux intérêts des parties. A défaut, le professionnel sera réputé ne pas avoir exécuter ses obligations contractuelles. Encore faut-il

696 POULPIQUET De (J) « *La responsabilité du rédacteur d'acte sous signature juridique* ». Ébauche d'une étude prospective, JCP N 2010. 1223 n° 2. Le contreseing de l'avocat serait « *susceptible de créer un risque de confusion dans l'esprit des clients qui pourraient être amenés à mettre sur un pied d'égalité* » l'acte authentique et l'acte contresigné par avocat in PILLET (G) « *Le contreseing de l'avocat et la responsabilité civile professionnelle du rédacteur d'acte* » AJ famille 2011 300

697LETELLIER (H) « *L'acte d'avocat en bref et en 3 points* » AJ famille 2011 288

698MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* », Lexis-Nexis, 11eme édition 2013 p 3

699DARGENT (L) « *Contreseing d'avocat et concurrence* » 7 avril 2010 D actualité 2010

700CC décision n° 2014 - 691 du 20 mars 2014

701Rapport de Mme le Bâtonnier VIEL (M-L) lors de l'Assemblée générale de la Conférence des bâtonniers « *Acte d'avocat et loi ALUR* » 4 avril 2014, Loi n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JO du 26 mars 2014

702Article 7.2du RIN « *l'avocat rédacteur assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties* »

703Civ 17 juin 2010 JCP 2010 1068 n° 9 PILLET

que les parties aient informé le praticien de leurs attentes spécifiques⁷⁰⁴. Celles-ci n'ayant pas compétence ou pas pleinement pour en juger, puisqu'elles font appel à un spécialiste. À ce titre, peu importe leurs connaissances et compétences probables⁷⁰⁵, l'avocat n'en est pas moins obligé de conseiller, ce qui démontre le caractère absolu du devoir d'efficacité et de conseil du professionnel rédacteur de l'acte. Ce devoir de conseil correspond d'ailleurs à celui mis à la charge du notaire, rédacteur d'acte lui aussi. Le professionnel est garant de la forme valide de l'acte, mais aussi des répercussions particulières que celui-ci aura. Sa responsabilité est donc accrue, du fait d'obligations majeures. Cette complexité, se retrouve d'ailleurs dans l'étude de leur nature. Les obligations se révèlent dyadiques. Se distingue un profil objectif, s'agissant du respect des formes pures imposées pour établir l'acte juridique⁷⁰⁶, et l'autre subjectif selon les juges du fond⁷⁰⁷, au nom de la qualité même du rédacteur d'acte, car les parties font appel à l'avocat rédacteur non en tant que copiste ou scribe, mais car il est supposé être compétent pour faire produire à l'acte toutes conséquences utiles⁷⁰⁸. S'agissant de la validité il doit vérifier la régularité de l'acte⁷⁰⁹ et s'assurer qu'il ne contient pas de fausses informations⁷¹⁰. À défaut, s'il avait connaissance du caractère mensonger des déclarations de l'une des parties, qu'il ne s'y est opposé, et que s'en suit un dommage, sa responsabilité pourra être engagée⁷¹¹. Pour autant, « *il n'est pas tenu de vérifier les déclarations d'ordre factuel faites par les parties en l'absence d'éléments de nature à éveiller ses soupçons quant à la véracité des renseignements donnés* »⁷¹², ni de vérifier la véracité des actes antérieurs⁷¹³, pas plus que la « *vérification des mètres carrés existants d'un local commercial* »⁷¹⁴, l'avocat s'étant référé à l'acte sous seing privé conclu par le précédent locataire.

172. De façon générale, le professionnel doit informer les intéressés sur les conséquences de l'acte, mais pas nécessairement de s'immiscer au travers de petits détails de forme. Pour

704Civ 1^{re} 25 mars 2010 D 2010 Actu 892

705Civ 1^{er} 19 mai 1999 Bull civ I n° 169 D 2000 153 note Blanchard - CA Montpellier 1^{er} ch 20 février 2001 juris-Data n° 2001-153498 -

706Civ 1^{re} 24 janvier 1997 juris data n° 1997- 002979 : l'avocat doit vérifier que les mentions indispensables à l'efficacité de l'acte soient présentes.

707Civ 1^{re} 10 juin 1997 juris data n°1997-002725 : L'avocat doit refuser de dresser des actes qui seront dépourvus d'effets pour ses clients

708CA Lyon 11 mai 2000 juris data 2000 – 117669 : s'assurer de la validité et l'efficacité « *eu égard à la commune intention des parties* » - CA Paris 14 mars 2001 juris-data 2001-140222 : un avocat n'ayant pas pris les mesures utiles assurant l'efficacité de l'acte engage sa responsabilité

709 Civ.1^{re} 2 nov. 2005, n°03-20.739, Lamyline

710Civ1^{re} 1^{er} févr. 2000, n°97-17.720, Lamyline

711Civ 1^{re} 2 juillet 2002, n°99-20.968

712Civ 1^{re} 25 mars 2010, n°09-12.294, rev. Lamy droit civil juin 2010, n°72, actu. 3846 p.23

713Civ 1^{re} 25 novembre 2010 D 2010 Actu 2910

714Civ 1^{re} 18 juin 2013 n° 10/05225

rédiger un acte efficace il devra par exemple obtenir tous les documents indispensables à l'accomplissement de sa mission⁷¹⁵, ou encore « *assurer la sécurité juridique et donner aux parties les informations propres à permettre son efficacité* »⁷¹⁶. De même il devra avertir son client du risque résultant des aléas de la jurisprudence, dans le cas d'un vide ou d'une incertitude juridique⁷¹⁷. De plus, toujours dans une souci d'efficacité, il est attendu que l'avocat exécute les formalités nécessaire et subséquentes à l'acte et s'employer à prendre toutes les mesures pour que celui ci produise les conséquences recherchées et voulues par les parties. Dans cette logique, l'impact fiscal de l'acte doit également être pris en considération. Omettre de faire opter ses clients pour un régime fiscal spécial adéquat à la forme d'exercice choisie en société, en l'occurrence une SARL, a conduit ceux ci à payer un impôt conséquent, et non conforme, et ce en dépit d'un acte rectificatif⁷¹⁸. Dans une autre espèce similaire, l'avocat fit valoir que sa mission consistait en un conseil de nature juridique et non fiscale. Les juges tout en le condamnant à des dommages et intérêts colossaux⁷¹⁹, motivèrent leur décision en rappelant l'obligation pour l'avocat de céder un dossier à un confrère plus avisé car spécialiste, s'il estime que les diligences attendues dépassent sa compétence.

173. C'est dans le cadre de litiges afférant à la rédaction de baux commerciaux que la spécificité de la responsabilité de l'avocat rédacteur d'acte s'illustre plus clairement. En effet, c'est par ce biais que l'obligation d'efficacité a été maintes fois soulignée. Ainsi, l'avocat ignorant une clause de participation du bailleur à l'acte de cession du fonds de commerce⁷²⁰ ou omettant de faire passer la cession de droit au bail devant un notaire⁷²¹, est pleinement fautif. De telles erreurs entraînant la résiliation du bail et l'expulsion du locataire sans indemnité. C'est dire si au final les fautes commises ont privé de toute productivité l'acte dont il est à l'origine. L'avocat conseil et rédacteur d'acte est donc invité en plus d'être compétent diligent et prudent⁷²², à agir avec modestie, sans hésiter à avoir recours à d'autres professionnels, car la théorie notariale de l'homme seul n'est plus d'actualité⁷²³. Mieux vaut en général autant d'avocats que de parties. Dans ce cas, si plusieurs avocats interviennent dans la rédaction de l'acte, ils peuvent être condamnés solidairement à réparer le préjudice

715Civ 1ere 14 octobre 2010 Bull civ I n° 196

716CA Toulouse 26 octobre 2009, RG n°08/04520

717Civ. 1ere 7 mars 2006, n°04-10.101 Bull. civ. I n°136

718Civ 1ere 18 décembre 2001 n° 98-20.246 Bull Civ I n° 321

719CA Paris 16 avril 1996 Gaz Pal 1996 II J p 576 note J-G M : l'avocat fut condamné à payer la somme de l'équivalent de 1 524 490 euros à titre de dommages et intérêts.

720CA Paris 24 avril 1993 juris-data n° 021454

721CA Paris 29 octobre 1993 juris data n° 023191

722Décret du 12 juillet 2005 et Civ 1ere 31 janvier 2008 n° 04 25 14 JCP 20 151

723Civ 27 novembre 2008 inedit

subi par leur client, la présence d'un autre professionnel ne dispensant pas celui qui en est tenu de l'obligation de conseil⁷²⁴. Autre exemple témoignant du caractère absolu du devoir de conseil de l'avocat rédacteur d'acte, est que celui ci doit remplir cette obligation à l'égard de toutes les parties à l'acte,⁷²⁵ alors qu'en règle générale il n'existe aucune obligation d'information vis à vis des personnes qu'il ne représente pas ou en faveur desquelles il n'agit pas⁷²⁶. Ce principe est par ailleurs consacré par la déontologie⁷²⁷, il est constant que l'avocat rédacteur d'acte est débiteur d'une obligation tant envers son client que le cocontractant. Cette exigence pousse le professionnel à rester impartial. Car, non seulement il doit informer toute partie à l'acte qu'il rédige, mais au surplus, il ne doit sacrifier les intérêts d'une partie au détriment de l'autre. Sous entendu l'avocat doit demeurer bienveillant tant envers son client que son cocontractant, puisque lors de sa mission il « *veille à l'équilibre des intérêts des parties* »⁷²⁸.

174. L'avocat rédacteur d'acte est soumis à de grandes exigences. Tant dans la forme que dans le fond. Le professionnel doit garantir les résultats que l'acte produira. Tout cela ne peut se faire que par le biais de conseil, l'avocat rédacteur est donc tenu d'une obligation de conseil certaine. D'ailleurs, l'extension la plus importante du domaine du devoir de conseil concerne l'avocat agissant en tant que rédacteur d'acte. En effet dans ce cadre précis, la part d'incertitude qui caractérise la procédure judiciaire n'existe pas, appelé à être créateur de droit par le biais de l'acte du fait de ses compétences juridiques, l'aléa a peu sa place en la matière. L'obligation de conseil est donc ici une obligation de résultat. : le professionnel doit garantir les résultats que l'acte produira. Et, sous jacent au devoir de conseil se dessine parfois⁷²⁹ une obligation d'efficacité. Par contre ces impératifs ont des limites, ainsi le défaut de paiement par le cessionnaire d'une partie du prix, dont le versement était aléatoire car conditionné aux résultats réalisés par la société cédée, n'est pas imputable à l'avocat rédacteur de l'acte, même si ce dernier a participé aux négociations préalables⁷³⁰.

La complexité de la législation en raison des nombreuses interférences du droit fiscal, communautaire, financier, doit pousser à l'extrême la prudence de l'avocat rédacteur d'acte. Plus un professionnel est investi et ses missions riches, plus ses obligations croissent. Ce sont celles d'efficacité et de résultat de l'acte, à l'instar des notaires, qui sont le signe d'une

724Civ 3 eme 13 janvier 1999, Bull. civ. III, n°9 ; D. 2000, somm. 11, obs. BENABENT – Civ 1ere 9 mars 2004

725CA Paris 1ere ch A 27 mars 2001 juris-Data n° 2001-146651

726Civ 1ere 22 mai 2001 juris-Data n° 2001-009770

727Art 9 du Décret du 12 juillet 2005

728Art 9 du Décret n°2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat

729Civ 1ere 22 juin 1999 juris-Data n° 1999 -002653

730CA Grenoble 7 janvier 2014, n° 11/04033

sévérité et d'une rigueur sans conteste.

2 – L'avocat mandataire en transaction immobilière

175. Etre mandataire immobilier n'est pas exclusivement réservée aux agents immobiliers, puisque notaires, géomètres-experts, et avocats peuvent être mandatés pour conclure des contrats immobiliers. Concernant ces derniers, c'est la loi HOGUET de 1970⁷³¹ qui leur a ouvert cette activité, « *en considération du contrôle dont leur activité professionnelle fait l'objet ainsi que des garanties financières qu'ils offrent pour l'exercice de cette activité* »⁷³² Cette pratique n'était que très peu usitée du fait notamment de l'interdiction du démarchage jusqu'à la loi MACRON. Les particuliers n'avaient donc pas connaissance de la possibilité pour eux de recourir à un avocat. Cependant le 21 avril 2009, le Conseil de l'Ordre de Paris modifiait son règlement intérieur, validé par le CNB le 6 février 2010, s'agissant des modalités d'intervention de l'avocat en la matière. Le RIN n'a pas changé en conséquence, mais son article 6.3 dispose que « *l'avocat peut recevoir mandat de négocier, d'agir et de signer au nom et pour le compte de son client* ».

176. Celui ci est soumis aux mêmes exigences que le notaire, hormis le fait qu'il doit déclarer cette activité auprès de son Bâtonnier. Les règles applicables résultent d'une annexe au règlement intérieur du Conseil supérieur du notariat, confirmée à la fois par le décret n° 78-26 du 8 mars 1978 et par l'arrêté du garde des Sceaux du 27 mai 1982. L'activité de transactions immobilières de l'avocat doit être accessoire⁷³³ à son activité principale, soit à la rédaction future d'un acte. Elle ne peut donc être pratiquée que dans cette perspective. Par ailleurs, les actes de nature commerciale dans la gestion des biens d'autrui devront être délégués, car l'avocat ne peut exercer d'activité commerciale. L'article 6.3 précise également la nécessité pour le professionnel de détenir un mandat spécifique sous forme écrite, et de « *déterminer la nature, l'étendue, la durée de la mission de l'avocat, les conditions et modes d'exécution de la fin de celle-ci, ainsi que les modalités de sa rémunération.* ». Pour le cas où la transaction n'aboutirait pas, l'avocat percevra les honoraires pour les actes qu'il aura pu rédiger, soit à titre de rédacteur d'acte uniquement. Enfin, s'agissant de la publicité des biens pour lesquels l'avocat a pu être mandaté, des restrictions s'appliquent contrairement aux

731 Loi n°70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, JO 4 janvier 1970 p. 142.

732 Article 2 de la loi précitée.

733 CA Chambéry 5 juin 2001, JurisData n°2001-145322 : le caractère accessoire est précisé pour un notaire

agents immobiliers puisque: «*l'affichage dans une vitrine formant devanture de boutique* »⁷³⁴ n'est pas autorisé ; ou aux notaires pour qui «*l'affichage d'annonces immobilières sur seize panneaux à l'extérieur de l'office ne rentre pas dans la définition de la pratique prohibée* »⁷³⁵. Ce régime d'exception a conduit à la création de l'association des avocats en transactions immobilières (AAMTI), qui aide les avocats à promouvoir cette activité auprès du public, notamment par le biais d'un site internet, dit «*avocat-immo.fr* ». Selon ce site internet, l'intérêt de recourir à un avocat «*réside dans sa double compétence : l'avocat est compétent aussi bien en matière de conseil qu'en matière de contentieux. Cette spécificité de la profession de l'avocat fait de lui un interlocuteur précieux* ».

177. La situation des immeubles ainsi que le transfert des droits y relatifs étant inextricablement liés au notaire par obligation de la loi⁷³⁶, la responsabilité de l'avocat dans ce domaine est à rapprocher de celle du notaire. La responsabilité délictuelle pourra être engagée sur la base du devoir de conseil, le professionnel étant redevable des obligations de conseil et d'information. Sur le plan contractuelle, pour tout manquement aux clauses du mandat, car le droit commun du mandat s'applique. Ainsi, le professionnel verra sa responsabilité engagée s'il dépasse ses pouvoirs, néglige ses obligations⁷³⁷, ou agit contrairement à celles-ci.

734CNB Comm. RU, avis n°2010-063 du 6 février 2010

735Civ 1ere 30 octobre 2007, n° 06-16.796

736MEININGER – BOTHOREL (C) «*La responsabilité de l'avocat mandataire en transactions immobilières : Étude et prospective comparées de la responsabilité de l'avocat et du notaire* », Gaz. Pal.8 mai 2010 n° 128 p. 20

737Civ 1ere 12 avril 2005, n° 03-14842.

Paragraphe II - La fiducie et l'avocat mandataire sportif

178. La loi n° 2007-211 du 19 février 2007 a créé la fiducie, la définissant par le biais de l'article 2011 du Code civil comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leurs patrimoines propres, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». Selon la loi, seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même Code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même Code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du Code des assurances. Mais la loi LME du 4 août 2008 a permis aux avocats d'avoir la qualité de fiduciaire. Puis l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, a fixé les mesures nécessaires pour que puisse être étendu aux avocats la qualité de fiduciaires. Cette extension du champ d'activité dont la nécessité a été mise en exergue par le Rapport de la Commission Darrois, a été tantôt saluée, tantôt critiquée par la profession⁷³⁸. Dans cette mouvance d'élargissement du champ d'action de l'avocat, le législateur a également consacré une pratique déjà connue de la profession, en autorisant l'activité de mandataire sportif.

Il convient de présenter l'avocat fiduciaire (A) puis d'évoquer l'avocat mandataire agent sportif (B)

A - L'avocat fiduciaire

Seront abordées les caractéristiques du contrat de fiducie (1) puis les obligations particulières de l'avocat fiduciaire (2)

738BERGER (P) « *L'avocat fiduciaire* » revue LAMY droit civil mai 2009 p.69

1 - Les caractéristiques générales du contrat de fiducie

179. L'Article 2015⁷³⁹ du Code civil dans sa rédaction issue de la Loi LME n°2008-776 du 4 août 2008 prévoit désormais que l'avocat peut exercer comme fiduciaire. En effet, eu égard à l'éthique et à la déontologie dont il dépend, les pouvoirs politiques ont estimé qu'il présentait les garanties pour les constituants et bénéficiaires de fiducie⁷⁴⁰. Si l'introduction en droit interne est récente, il faut savoir que ce contrat est d'origine romaine, la fiducie est un des plus anciens des contrats réels. Il existait également en Ancien Droit mais sous la forme des substitutions fidéicommissaires. Celles-ci obligeaient l'héritier ou le légataire à conserver les biens transmis et à les re-transférer à son décès à un tiers désigné d'avance. La fiducie fut volontairement oubliée par les rédacteurs du Code civil, pour des raisons idéologiques et économiques. Il existe plusieurs formes de fiducie ou « *trust à la française* »⁷⁴¹ : la fiducie-gestion qui consiste à faire gérer des biens dans un objectif déterminé, la fiducie-sûreté qui permet de constituer une garantie avec certains biens au profit d'un de ses créanciers, et enfin la fiducie-transmission qui permet de transmettre un patrimoine. Toutes ces formes sont exploitables désormais par l'avocat, à côté des établissements bancaires et aux entreprises d'investissement et d'assurance, mais pas par les notaires, qui ont souhaité restés exclus de la fiducie⁷⁴². La nature de la mission du fiduciaire se distingue nettement de celles exercées classiquement par l'avocat, et ce même si « *L'avocat fiduciaire demeure, dans l'exercice de cette activité, soumis aux devoirs de son serment et aux principes essentiels de sa profession ainsi que, plus généralement, à l'ensemble des dispositions du présent règlement intérieur national* »⁷⁴³.

739 Article 2015 CIV « *Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire* »

740 Ministère de la Justice, « *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie* » : « Titre II : Dispositions relatives à la profession d'avocat », JORF n°0026 du 31 janvier 2009, p. 1851

741 JENSEN (D) « *Cabinet d'avocats : Création et stratégie, organisation et gestion* », Dalloz référence, 2013-2014, n°236.31, p. 215 - BURGARD (M) « *La fiducie après la loi du 4 août 2008, l'ordonnance du 30 janvier 2009 et la loi du 12 mai 2009* », LPA, 24 août 2009 n°168, p. 3.

742 De BELVAL (B) - JOLY (P-Y) « *À la recherche du fiduciaire... Quelques observations sur l'avocat et la fiducie* », Rev. Lamy dr. aff., 2010, 47, F. BARRIERE, « *La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie* », JCP E, n°35, 28 août 2009 p. 3

743 Art 6.2.1.1 du CNB : Assemblée générale des 3 et 4 avril 2009, Commission des Règles et Usages de l'activité de fiduciaire. Décision à caractère normatif n° 2009-001 portant réforme du règlement intérieur national (R.I.N.) de la profession d'avocat

180. Autre signe du caractère particulier de cette nouveauté, il ne s'agit pas d'un mandat, ni d'un dépôt, ni d'un séquestre mais d'un contrat nommé d'une nature très particulière. En effet, si le fiduciaire apparaît comme un mandataire, il reçoit cependant la propriété des biens confiés, dont le transfert est bien sur temporaire. Plus précisément, le contrat de fiducie est un contrat synallagmatique opérant un transfert temporaire de propriété permettant de constituer l'actif fiduciaire, afin que le fiduciaire chargé d'accomplir une certaine mission, puisse à l'issue de celle-ci restituer les biens transférés ou les transmettre à un tiers. Cette opération est donc fort délicate surtout considérée du point de vue de l'avocat, car c'est bien ce dernier qui va absorber la propriété, tel que définit précédemment. Il acquiert la pleine titularité des droits transmis avec le ou les biens concernés du fait de l'effet translatif de la fiducie.

181. Si le fiduciaire dispose des mêmes droits qu'un propriétaire ordinaire, il doit les utiliser honnêtement et conformément à l'objet du contrat. Il ne doit donc pas abuser des droits qui lui sont confiés, notamment en dépassant ses pouvoirs de disposition ou en les exerçant dans son propre intérêt. La tentation pourrait être grande de conserver les biens transitant dans une certaine mesure par le biais du cabinet d'avocat. Par conséquent, l'avocat fiduciaire est soumis à des contraintes strictes, il est encadré sur le plan déontologique pour éviter tout risque en termes de responsabilité professionnelle, notamment du point de vue des assurances⁷⁴⁴. Il convient d'énumérer les différentes obligations spécifiques auxquelles il est soumis.

2 – Les obligations particulières de l'avocat fiduciaire

182. La qualité d'avocat implique certaines obligations, et la particularité de la mission de fiduciaire soumet le professionnel à diverses autres. Par conséquent, une double catégorie d'obligations lui est imposée. Tout d'abord, l'avocat fiduciaire est astreint à des obligations déclaratives, puisqu'il doit informer le Conseil de l'Ordre dont il dépend, de son souhait d'exercer comme tel avant d'accomplir tout acte. Il sera par la suite inscrit sur un registre des avocats fiduciaires. En outre, une attestation de souscription d'assurance spéciale devra être envoyée au Bâtonnier, pour vérifier qu'il présente bien les garanties nécessaires. Aucune sanction n'est prévue pour le cas où l'avocat ne respecterait pas ces prescriptions, néanmoins, *« l'avocat qui exercerait l'activité de fiduciaire sans déclaration préalable s'exposera à des poursuites disciplinaires »*⁷⁴⁵. Ensuite, l'avocat s'oblige à suivre une formation spécifique

⁷⁴⁴Infra T2 les obligations d'assurance.

⁷⁴⁵De BELVAL (B) - JOLY (P-Y) « À la recherche du fiduciaire... Quelques observations sur

dans les matières liées à l'exécution de ses missions fiduciaires. Plus concrètement, étant donné l'obligation de compétence renforcée pesant sur le professionnel, et la technicité de cette matière, l'arrêté du 28 décembre 2011 fixant la liste des mentions de spécialisation y a ajouté le droit fiduciaire. Le professionnel est appelé à la plus grande prudence, et s'il ne dispose pas de toutes les compétences il doit renoncer au dossier sans hésiter, ou se joindre à d'autres professionnels plus avertis. Par ailleurs, la Commission des règles et usages du CNB devrait prochainement publier un vade-mecum sur la fiducie à l'usage des avocats sur les bonnes pratiques à mettre en oeuvre en vue de la rédaction des contrats de fiducie. Ces documents sont en cours d'élaboration.

183. Les activités de l'avocat fiduciaire doivent faire l'objet d'une comptabilité distincte de ses comptes professionnels et personnels et du compte CARPA. Chaque fiducie fait l'objet d'un compte identifié et clairement séparé dans la comptabilité de l'avocat, puisque dès lors que l'avocat devient propriétaire des fonds, effets ou valeurs qui lui sont affectés, son activité de fiduciaire est inconciliable avec le fonctionnement des CARPA qui n'a vocation qu'à contrôler ce qui a trait au patrimoine d'un tiers⁷⁴⁶. Ce point de vue est partagé par la doctrine⁷⁴⁷. Certains auteurs ont proposé la création d'un service de comptabilité et de contrôle dédié, inspiré du concept CARPA, innovation précieuse pour les praticiens dont la tâche serait facilitée⁷⁴⁸. MARRIGUES pour sa part, n'a pas hésité à proposer une solution de compromis qui constituerait une révolution fondamentale : « *la création d'un compte CARPA fiducie* », permettant aux CARPA d'assumer « *la mission qu'elles ont entendues se donner depuis leur création : la prévention d'opérations illicites, autrement dit l'autorégulation de la profession d'avocat* »⁷⁴⁹.

184. En ce qu'il entre « *dans les eaux troubles d'un concept aux relents d'évasion fiscale, de blanchiment, etc., et n'y est guère préparé* »⁷⁵⁰, l'avocat qui choisit l'activité fiduciaire peut faire l'objet d'un contrôle de comptabilité conformément à l'article 17.9° de la loi du 31

l'avocat et la fiducie », Rev. Lamy dr. Aff., 2010 p 47

746TANDEAU de MARSAC (S) « *L'avocat et la fiducie* », Gaz. Pal. n° 217-218, 5-6 août 2009, p. 4

747ADER (H) - DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* » Dalloz Action, 14ème édition 2013-2014, n° 13-260

748TANDEAU de MARSAC (S) « *L'avocat et la fiducie* », Gaz. Pal. n° 217-218, 5-6 août 2009, p. 4 - SAND (C) « *Dernières précisions concernant les conditions d'exercice de la qualité de fiduciaire par les avocats* », JCP G 2010. I. 76 - CAZAILLET (S) « *Déontologie et fiducie – compte rendu de la Commission ouverte « Patrimoine et fiducie » du barreau de Paris du 4 juin 2013* », Lexbase édition professions n° 157, 27 juin 2013, p. 5

749MARRIGUES (J-C) « *Le statut juridique des CARPA* » Thèse Toulouse décembre 2014 p 245

750De BELVAL (B) – JOLY (P-Y) « *Quelques observations sur l'avocat et la fiducie* », Rev. Lamy dr. aff. n° 47, 1er mars 2010, p. 90

décembre 1971. Chaque fiducie fait l'objet d'un compte identifié et clairement séparé dans la comptabilité de l'avocat. Lorsqu'il communique et peu importe le support, l'avocat doit indiquer expressément sa qualité de fiduciaire. Dans le cadre des correspondances, il doit attirer l'attention du destinataire sur le caractère non-confidentiel, à l'égard des organes de contrôle de la fiducie, des correspondances échangées avec lui au titre de cette mission. Pour les courriers adressés à l'avocat fiduciaire par un confrère non avisé de cette qualité, qui ne serait pas revêtus de la mention « officielle », ceux ci demeurent confidentiels au sens de l'article 3 du présent règlement et couverte par le secret professionnel au sens de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971. Il doit notamment utiliser un papier à lettres distinct lorsqu'il agit au titre d'avocat fiduciaire, et veiller à une identification claire et spécifique de ses dossiers. Ceux ci doivent être rangés et archivés séparément des autres dossiers. Il en est de même pour les documents informatiques.

185. S'il reste concerné par le secret professionnel, l'avocat fiduciaire est particulièrement soumis aux dispositions de contrôle des autorités judiciaires, administratives et ordinales. Ainsi contrairement aux autres avocats, il s'entretient directement avec Tracfin pour faire part de déclarations de soupçon dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et le terrorisme⁷⁵¹, il ne bénéficie donc pas du filtre du Bâtonnier⁷⁵². Cette collaboration directe et forcée a d'ailleurs déplu aux notaires qui ont refusé de s'ouvrir à cette nouvelle activité⁷⁵³. Autre particularité tenant à l'activité de fiducie, le garant de l'avocat fiduciaire, qu'il s'agisse d'un établissement d'assurance ou d'une banque, a droit à un accès direct au registre ou aux documents de ce dernier : le secret professionnel n'est donc plus absolu.

186. Autre obligation à respecter dans le cadre de l'exercice concret de la mission de fiducie, il est exigé de l'avocat qu'il vérifie l'identité des parties contractantes et des bénéficiaires effectifs de l'opération. Il les informe des dispositions des articles 6.2.1.1 et suivants du RIN. Les conflits d'intérêts s'apprécient par rapport au constituant et au(x) bénéficiaire(s). Par ailleurs, l'avocat désigné par le constituant en qualité de tiers, au sens de l'article 2017 du Code civil, ne peut appartenir à la même structure d'exercice que celle à laquelle appartient l'avocat fiduciaire. L'avocat fiduciaire est donc pleinement concerné par les règles d'incompatibilité. A ce titre il ne peut non plus « *devenir exploitant direct d'un*

751 Infra Partie 2 Titre 1 les atteintes au secret professionnel

752 Article L. 561-17 CMF

753 BENICHOU (M) « *Avocats et fiducie* » 31 octobre 2011, avocats.fr/space/michel.benichou.

fonds de commerce dont la propriété lui aurait été transférée »⁷⁵⁴, et si le constituant et le bénéficiaire sont deux personnes différentes, « *l'avocat fiduciaire ne peut en principe accepter sa mission s'il est déjà conseil de l'un ou de l'autre* »⁷⁵⁵.

187. La responsabilité de l'avocat fiduciaire reste soumise au droit commun⁷⁵⁶, même s' il est responsable à deux niveaux. En effet, pour son activité de conseil l'assurance civile professionnelle s'appliquera classiquement⁷⁵⁷. Par contre, s'agissant de son activité de fiduciaire, l'article 2026 du Code civil dispose que « *le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* ». Cette mission est couverte par une assurance spéciale, dans la mesure où sa responsabilité dans ce cadre précis est spécifique. Si jamais une sanction disciplinaire venait à être prononcée contre l'avocat fiduciaire l'empêchant ainsi d'exercer sa fonction, l'article 2019 du Code civil prévoit l'extinction de plein droit du contrat de fiducie, véritable garantie en faveur du client.

Si la fiducie est le symbole d'une profession qui se modernise, force est de constater que les charges qu'elle génère limite cette pratique aux cabinets les plus riches⁷⁵⁸. Mais une autre activité marque aussi l'évolution de la profession, l'avocat désormais peut légalement exercer comme mandataire sportif.

B - L'avocat mandataire sportif

Il convient de définir ce qu'est l'avocat mandataire sportif (1), puis d'apporter quelques précisions quant aux conditions d'accès à cette activité nouvelle (2)

754ADER (H) – DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* », Dalloz Action, 14ème édition 2013-2014, p. 148

755TANDEAU de MARSAC (S) « *Exercice de la fiducie par les avocats et assurance : Décret du 23 décembre 2009 relatif à l'exercice de la fiducie par les avocats* », Gaz. Pal 30 janvier 2010 n°30 p. 9.

756ADER (H) – DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* », Dalloz Action, 14ème édition 2013-2014, p. 149, « *Ouverture de la fiducie aux avocats : rien ne sert de courir...* », n°Lexbase N1577BNQ Avocats

757SAND (C) « *Dernières précisions concernant les conditions d'exercice de la qualité de fiduciaire par les avocats* », JCP G n°4, 25 janvier 2010 p76.

758De BELVAL (B) – JOLY (P-Y) « *Quelques observations sur l'avocat et la fiducie* », Rev. Lamy dr. aff. n° 47, 1er mars 2010, p. 90

1 – Définition de l'avocat mandataire sportif

188. « *La casquette d'agent sportif se marie-t-elle avec la robe de l'avocat* »⁷⁵⁹ ? Jusqu'à la loi n° 2010-626 du 9 juin 2010, il était impossible pour un avocat d'être mandataire sportif. Cette loi modifiée et améliorée par celle n° 2011-331 du 28 mars 2011, dite de modernisation des professions judiciaires ou juridiques, a posé les principes directeurs permettant à l'avocat d'exercer en tant que tel, et est venue ajouter à la loi du 31 décembre 1971 un article 6 ter, renvoyant à l'article L222-7 du Code du Sport⁷⁶⁰. Celui ci donne une définition assez précise de l'activité de l'avocat mandataire sportif, et permet au professionnel de représenter en qualité de mandataire l'une des parties intéressées à la conclusion d'un contrat, relatif à l'exercice rémunéré d'une activité sportive ou d'entraînement, ou bien d'un contrat de travail ayant trait à l'exercice rémunéré d'une activité sportive ou d'entraînement. Finalement, la différence d'avec l'avocat mandataire tel que connu classiquement, réside dans le fait que le client est un sportif, un entraîneur ou même un club sportif. Cette pratique existait avant l'intervention du législateur : en effet le 17 mars 2009, le Conseil de l'Ordre de Paris l'autorisait.

189. La qualité d'agent sportif non professionnel du droit, existant à côté de l'avocat mandataire sportif, il convenait de marquer une différence d'une part de langage entre les deux, mais aussi et surtout de compétence entre ces protagonistes. Tout d'abord l'avocat doit dorénavant être qualifié de mandataire et non d'agent sportif, conformément aux exigences du Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris, modifiant l'article 6.2.0.3 du RIBP. Par ailleurs, l'avocat est habilité à conseiller son client et le représenter en justice, en plus de toutes les missions et attributions dévolues à l'agent sportif, ses compétences sont donc bien plus larges. Mais surtout, il n'a nul besoin d'obtenir de licence de certification pour mettre en rapport les différentes parties – les joueurs, entraîneurs, club-. La licence suppose en effet que le professionnel soit soumis à la discipline des fédérations sportives, or il est impossible pour l'avocat de renoncer à dépendre de la discipline de son Ordre, notamment s'agissant de la déontologie et des honoraires qu'il perçoit. Car contrairement à l'agent sportif, il perçoit bien des honoraires et non une commission.

759MARMAYOU(J-M) « *L'avocat peut-il être agent sportif ?* », D. 2007 p 746 n°1

760Article L 222-7 du Code du Sport « *L'activité consistant à mettre en rapport, contre rémunération, les parties intéressées à la conclusion d'un contrat soit relatif à l'exercice rémunéré d'une activité sportive ou d'entraînement, soit qui prévoit la conclusion d'un contrat de travail ayant pour objet l'exercice rémunéré d'une activité sportive ou d'entraînement ne peut être exercée que par une personne physique détentrice d'une licence d'agent sportif.* »

2 – Les conditions d'accès à cette activité

190. Pour exercer en tant que mandataire sportif, l'avocat doit se soumettre à quelques exigences. Impératifs premiers, l'avocat doit être habilité à exercer et ne souffrir d'aucune interdiction professionnelle d'exercer. En outre, il doit préalablement informer son Bâtonnier de son souhait d'exercer comme mandataire sportif. Son nom figurera alors sur un registre compilant le nom des avocats ayant cette qualité. Le professionnel reste tenu aux principes essentiels de sa profession et ne doit pas œuvrer en cas de conflits d'intérêt. Dépendant d'une rémunération sur la base des honoraires, il ne peut facturer pour un montant excédant 10% du montant du contrat. Par ailleurs, l'intermédiation que suppose le contrat sportif, est assimilée à une activité de courtage, soit une activité commerciale interdite à l'avocat, selon le terme des incompatibilités avec la profession, édictées. Cette activité demeure donc a priori celle des seuls agents sportifs, à en croire les textes⁷⁶¹. La profession a réagi ajustant les dispositions de la loi avec sa déontologie. Il est donc autorisé à l'avocat d'agir comme intermédiaire uniquement si cette activité est accessoire à la représentation le conseil ou l'assistance. Le caractère accessoire fait disparaître la qualification commerciale et qui lui confère une nature civile, en adéquation avec la déontologie de la profession. S'il respecte toutes les conditions énoncées, l'avocat peut librement exercer comme mandataire sportif. La loi encadrant strictement l'activité de l'avocat mandataire sportif, celui ci demeure tenu au secret professionnel. En cas de violation de ses obligations, l'article L.222-20 du Code du sport prévoit une sanction d'ordre pénal⁷⁶². Il appartient à la fédération délégataire compétente de constater les manquements du professionnel et d'en faire part au Bâtonnier, conformément à l'article L222-19-1.

761 Article L 222-7 code de sport « *L'activité consistant à mettre en rapport, contre rémunération, les parties intéressées à la conclusion d'un contrat soit relatif à l'exercice rémunéré d'une activité sportive ou d'entraînement, soit qui prévoit la conclusion d'un contrat de travail ayant pour objet l'exercice rémunéré d'une activité sportive ou d'entraînement ne peut être exercée que par une personne physique détentrice d'une licence d'agent sportif* »

762 Article L.222-20 du Code du sport « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait d'exercer l'activité définie à l'article L 222-7 du code du sport* »

CONCLUSION TITRE I

Il n'est pas toujours aisé de déterminer avec justesse, la nature réelle et profonde des obligations dont l'avocat est débiteur au quotidien dans le cadre de ses missions. D'autant que son activité a évolué, l'avocat en plus d'exercer une profession libérale est sous le prisme des pratiques anticoncurrentielles, car il est considéré comme un prestataire de services intellectuels et une entreprise. Ses prestations consistent en une réelle activité économique sur le marché au sens du droit français⁷⁶³, et européen⁷⁶⁴ du droit de la concurrence. La jurisprudence peut néanmoins fournir un catalogue conséquent et appréciable de ce que sont ces obligations, afin que chacun, professionnel comme justiciable, puisse être en mesure d'évaluer pour l'un la portée de ses agissements, pour l'autre ce qu'il est en droit d'attendre. En effet, ça n'est que par le biais du pouvoir prétorien que les obligations du professionnel pour certaines contenues dans les textes professionnels, sont concrètement illustrées.

191. Il peut paraître insolite d'affirmer qu'un technicien du droit, déjà soumis à une déontologie stricte et un Ordre professionnel, doive s'en remettre à la jurisprudence afin d'appréhender ce qui s'inscrit dans l'ordre de ses obligations. Pourtant, les cas de responsabilité se multiplient de façon fulgurante, y compris pour des fautes a priori irréprochables à un professionnel digne de ce nom. Les exemples précités l'illustrent. Que penser d'un avocat qui accepte un dossier et brillera davantage par son absence, que cela soit à l'audience ou pis encore dans l'élaboration même dudit dossier, que par son savoir-faire et son professionnalisme ? L'utilité telle que présentée ici de la jurisprudence, n'est pas de railler les avocats en soulignant leurs erreurs ou fautes grossières commises. Puisque le nombre de procès pour faute s'accroît, les décisions rendues ne doivent s'adresser aux seules parties intéressées par le litige. Elles peuvent bien plus, en faisant office de guide au quotidien, autant à l'usage des nouveaux venus que pour les plus expérimentés.

192. L'humilité indispensable à ce métier, nécessite des remises en question régulières qui ne sont nullement signe d'incompétence, bien au contraire. Le devoir de conseil longtemps

⁷⁶³C. cons. décision n° 01-D-35 6 juillet 2001 Ordre des avocats de Bordeaux - Il en est ainsi pour la fixation de barèmes d'honoraires, même indicatifs, constituant une entente telle que prohibée désormais par L 420-1 du code de commerce.

⁷⁶⁴CJCE WOUTERS : « *L'Ordre professionnel peut être considéré comme une association d'entreprises lorsque les réglementations arrêtées par l'Ordre professionnel sont imputables exclusivement à celui-ci et constituent l'expression de la volonté des représentants d'une profession tendant à obtenir de ses membres qu'ils adoptent un comportement déterminé dans le cadre de leur activité économique* » point 68 et 64 de l'arrêt

auréolé semble perdre du terrain au profit de l'obligation de compétence. En résumé pour ne pas engager sa responsabilité, l'avocat doit être compétent. C'est un concept qui résume l'ensemble des obligations de l'avocat. Or pour être le plus compétent possible, la spécialisation pourrait constituer un moyen de protection, tout en garantissant au justiciable le concours d'un professionnel chevronné. La spécialisation est consacrée par les textes, les articles 12-1 de la loi 31 décembre 1971 et 86 et suivants du décret du 27 novembre 1991 y font référence. La spécialisation s'acquiert par une pratique professionnelle d'une durée de quatre ans, validée par un examen de connaissance et attestée par un certificat délivré par le Conseil national des Barreaux, et ne peut concerner que deux domaines d'activité⁷⁶⁵. Cette pratique semble néanmoins peu répandue en France, par rapport à d'autres pays européens⁷⁶⁶. Tel est le constat opéré mais justifié de par la répartition inégale des avocats sur le territoire, qui doivent donc « *rester généralistes pour répondre au client sur leur secteur géographique* »⁷⁶⁷. Néanmoins, le contrecoup logique de la spécialisation est la sévérité des juges pour qui certaines diligences ne peuvent être oubliées. Ainsi, un avocat s'est vu refuser l'application de la garantie du fait de sa spécialisation en matière de saisie immobilière, il ne pouvait à ce titre ignorer l'obligation de consignation⁷⁶⁸. De même, l'avocat spécialisé en droit commercial est soumis à une obligation de surveillance dans le cadre d'une mission de recouvrement de créance, supposant la lecture assidue du BODACC⁷⁶⁹. Conclure à une responsabilité aggravée serait prématuré car dans les deux cas soumis, les erreurs étaient manifestes et auraient pu être reprochées à des avocats non spécialisés.

Le principe étant que lorsqu'un avocat accepte une mission, il connaît d'avance les diligences qui lui incomberont. Si au titre de la compétence le professionnel estime qu'il ne pourra pas remplir au mieux sa mission, la prudence l'oblige à renoncer au dossier. Or la prudence est une qualité qui s'inscrit parfaitement dans le devoir de compétence. Aucun professionnel ne saurait être imprudent.

765Loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JO du 29 mars 2011

766MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* », LexisNexis, 11ème édition 2013, p. 126

767JENSEN (D) « *Cabinet d'avocats : Création et stratégie, organisation et gestion* », Dalloz référence, 2013-2014 p. 71

768Civ 2ème 24 mai 2006 n°03-21.024, RGDA 2006, p. 632, observations . KULLMANN (J)

769CA Grenoble 3 mai 2000, Gaz. Pal. 2001, J, p. 85, observations DU RUSQUEC (E)

TITRE II

L'EXERCICE DE LA RESPONSABILITE CIVILE DE L'AVOCAT

L'étude de l'exercice de la responsabilité civile de l'avocat amène au constat de l'existence d'une assurance professionnelle obligatoire (chapitre 1). Par la suite sera envisagée l'action en responsabilité contre l'avocat (chapitre 2)

CHAPITRE I - L'ASSURANCE PROFESSIONNELLE DE L'AVOCAT

193. L'instauration des garanties financières a eu lieu au cas par cas, profession par profession. Les obligations d'assurance ont évolué en flèche ces trente dernières années, surtout dans le cadre des activités de maniement de fonds tels que les notaires, agents courtiers, ou les avocats. Concernant ces derniers, c'est lors de leur fusion avec les professions d'avoué de première instance⁷⁷⁰, que l'obligation d'assurance s'est imposée ; l'étendue des activités ayant conduit inéluctablement à une aggravation des risques. Précédemment, l'article 48 du décret du 10 avril 1954⁷⁷¹, s'il ne prévoyait aucune obligation générale d'assurance, imposait à l'avocat susceptible d'effectuer des maniements de fonds de justifier d'une assurance couvrant sa responsabilité. La profession avait donc déjà bien conscience qu'une activité évoluant autour de sommes d'argent importantes était délicate, « *anxiogène* »⁷⁷², donc nécessitant des mesures de garantie particulière. Puis le conseil de l'Ordre du Barreau de Paris, en sa séance du 16 novembre 1965, a introduit des dispositions relatives à une assurance collective, mais ce principe ne s'est pas étendu à tous les Barreaux. Les obligations actuelles sont précisées à l'article 27 de la loi du 31 décembre 1971 et commandent une assurance au profit de qui il appartiendra contractée par le Barreau, ou d'une garantie affectée au remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus. Du fait de la libre circulation des capitaux, ces exigences ont été reprises par le Code de déontologie des avocats européens, même si les garanties minimales ne sont pas totalement identiques. A noter que certains pays comme l'Espagne, la Grèce ou encore Italie ne sont pas tenus de contracter une assurance de responsabilité professionnelle

En droit interne, il existe une réelle obligation de souscrire à une assurance pour qui souhaite exercer comme avocat (section 1). Celle ci aura vocation à jouer en cas de mise en œuvre de la responsabilité civile de l'avocat (section 2)

⁷⁷⁰Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

⁷⁷¹Décret n°54-406 du 10 avril 1954 RAP POUR L'APPLICATION DE LA LOI 54390 DU 08-04-1954 SUR LA PROFESSION D'AVOCAT ET LA DISCIPLINE DU BARREAU, JORF du 11 avril 1954 page 3494

⁷⁷²MARRIGUES (J-C) « *Le statut juridique des CARPA* » Thèse Toulouse décembre 2014, p 8

Section I- L'OBLIGATION LEGALE DE SOUSCRIRE A UNE ASSURANCE

194. L'article 27 de la loi du 31 décembre 1971 modifié par la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, l'article 205 du décret du 27 novembre 1991 et le RIN⁷⁷³, imposent aux avocats de s'assurer en raison des négligences et fautes qu'ils pourraient commettre dans l'exercice de leurs fonctions⁷⁷⁴. Cette obligation est également imposée à tous ceux qui sont autorisés à donner des consultations juridiques ou à rédiger des actes sous-seing privés pour autrui, de manière habituelle et rémunérée⁷⁷⁵. Ces dispositions sont motivées par le souci de protéger les intérêts économiques des clients comme des tiers, qui n'ont donc pas à craindre un professionnel débiteur insolvable. De même, les avocats doivent justifier d'une assurance au profit de qui il appartiendra, contractée par le Barreau, ou d'une garantie affectée au remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus. Les modalités d'exercice du professionnel ne pose pas de difficultés particulières, ainsi, l'avocat membre d'une structure au sein d'une société d'avocats est garanti par l'assurance de la société. L'avocat collaborateur ou salarié d'un autre avocat dépend de l'assurance de ce dernier. A noter toutefois que le collaborateur lorsqu'il exerce aussi pour son propre compte, devra souscrire une garantie pour cet exercice, selon l'article 206 du décret du 27 novembre 1991. La particularité de ces garanties est qu'elles sont imposées au titre de l'ordre public. De ce fait, l'avocat qui ne s'y conforme pas risque des sanctions, notamment son omission du Barreau, et ce en conformité des

773 Article 21.3.9 et 21.3.9.2 RIN « *L'avocat doit assurer sa responsabilité professionnelle dans une mesure raisonnable eu égard à la nature et à l'importance des risques encourus, si cela est impossible, l'avocat doit informer le client de la situation et de ses conséquences* »

774 Article 27 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifié par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 : « *Il doit être justifié, soit par le Barreau, soit collectivement ou personnellement par les avocats, soit à la fois par le Barreau et par les avocats, d'une assurance garantissant la responsabilité civile professionnelle de chaque avocat membre du Barreau, en raison des négligences et fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions. Il doit également être justifié d'une assurance au profit de qui il appartiendra, contractée par le Barreau ou d'une garantie affectée au remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus. Le Bâtonnier informe le procureur général des garanties constituées. Les responsabilités inhérentes à l'activité de fiduciaire et aux activités visées au deuxième alinéa de l'art. 6 et à l'art. 6 bis sont supportées exclusivement par les avocats qui les exercent ; elles doivent faire l'objet d'assurances spéciales qui sont contractées à titre individuel ou collectif, dans les conditions fixées par la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance* »

775 Article 55 1er alinéa de la loi du 31 décembre 1971 précitée : « *Toute personne autorisée par le présent chapitre à donner des consultations juridiques ou à rédiger des actes sous seing privé, pour autrui, de manière habituelle et rémunérée, doit être couverte par une assurance souscrite personnellement ou collectivement et garantissant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle qu'elle peut encourir au titre des activités* ».

dispositions prévues par l'article 104⁷⁷⁶. L'assurance poursuit deux buts : indemniser la victime tout en préservant le patrimoine du responsable.

Si l'avocat doit souscrire à une responsabilité civile professionnelle (§1) il doit également justifier d'une garantie de représentation des fonds (§2)

Paragraphe I - Les caractéristiques du contrat de responsabilité civile professionnelle

195. L'assurance visée ici, dite responsabilité civile professionnelle, est d'un type particulier. C'est selon VINCENT⁷⁷⁷, celle qui peut être imputée à un prestataire de services ou un professionnel tenu envers son client à une obligation de moyen. A ce jour selon l'article 23 du décret de 2009⁷⁷⁸, la limite de garantie ne doit pas être inférieure à 1 500 000 euros, contre 315 000 auparavant. De plus, les contrats ne peuvent prévoir de franchise supérieure à 10% des indemnités dues dans la limite de 3 050 euros à la charge de l'assuré. Franchise par ailleurs, non opposable aux victimes, conformément à l'article 205 du décret du 27 novembre 1991.

Les obligations d'assurance de l'avocat parce qu'elles sont d'ordre public et gérées par le Barreau donnent lieu à un contrat imposé (A) celui ci couvre une pluralité d'activités (B)

A- Un contrat imposé

Le Barreau peut imposer une assurance collective (1) celle ci profitant à l'avocat sous certaines conditions (2)

⁷⁷⁶Article 104 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat « *Doit être omis du Tableau l'avocat qui se trouve dans un des cas d'exclusion ou d'incompatibilité prévus par la loi ou qui ne satisfait pas aux obligations de garantie et d'assurance prévues par l'article 27 de la loi 31 décembre 1971* »

⁷⁷⁷VINCENT (F) « *Assurances responsabilités professionnelles* » Juris-Classeur Civil Annexes « Assurances » Fasc. 82 n°1

⁷⁷⁸Article 3,1° du décret n°2009-1627 du 23 décembre 2009

1 - Le rôle du Barreau

196. L'article 205 du décret du 27 novembre 1991 modifié en 2009, énonce que le contrat doit être souscrit « *auprès d'une entreprise d'assurances régie par le Code des assurances* ». Cette adhésion doit être faite selon les termes de ce même article soit collectivement ou personnellement par les avocats, soit à la fois par le Barreau et par les avocats. Le principe est donc celui de la liberté de souscrire auprès d'un organisme agréé⁷⁷⁹, une assurance, quelle soit sous forme individuelle ou collective. Dans la mesure où le texte ne fait qu'imposer un choix optionnel, - assurance individuelle, assurance collective, ou double assurance des conséquences des négligences et fautes professionnelles - le principe de liberté évoqué n'est pas bafoué. Cependant en dépit de ce principe, et en vertu de l'article 18 de la loi du 31 décembre 1971, il appartient au conseil de l'Ordre de mettre en œuvre « *le régime de la garantie* », de sorte que le contrat de garantie apparaît plus comme étant un contrat imposé. C'est ainsi que sans excéder ses pouvoirs, le Conseil de l'Ordre « *peut décider que l'obligation d'assurance de la responsabilité civile professionnelle devra être satisfaite par une assurance collective à laquelle chaque avocat membre du Barreau sera tenu d'adhérer et fixer le montant de la garantie à un taux supérieur au minimum réglementaire* »⁷⁸⁰. De même, l'Ordre d'un Barreau peut sans excéder ses pouvoirs, décider de souscrire une assurance collective « *perte de collaboration* » financée par l'Ordre au titre des œuvres sociales. Cette mesure de solidarité ne porte pas atteinte au principe d'égalité, dès lors qu'elle est justifiée par les conditions particulières d'exercice de la profession d'avocat qu'impose le statut de collaborateur et qu'elle n'est pas disproportionnée au regard des objectifs poursuivis⁷⁸¹.

197. L'adhésion à l'assurance de groupe est la règle, et est perçue comme constituant la meilleure protection pour chaque avocat, puisque celui-ci est garanti du seul fait de son appartenance au Barreau ; ce qui profite par ricochet au justiciable. Le contrôle opéré par les autorités ordinales et l'uniformisation de la garantie, sont vécues comme des avantages non négligeables, même s'il a dû être précisé que le pouvoir de décision du Conseil de l'Ordre ne constitue aucunement une pratique anti concurrentielle⁷⁸² au sens du Code de commerce. La pratique d'adhésion obligatoire au contrat collectif d'assurance a donc été validée par l'Autorité de la concurrence⁷⁸³. Ceci vaut, sauf à imposer « *l'assurance collective de la*

779Civ 1ere 9 octobre 2001 n°99-17.684

780Civ 1ere 5 octobre 1999, n°96-11.857, Bull. Civ. I n°255; JCP G 1999, II, n°10197

781Civ 1ere 17 juin 2015, n° 14-17536

782Civ 1ere 14 novembre 2001 n°99-12.735

783Conseil de la concurrence 16 janvier 2003 n° 03-D-03 D 2003 IR 600 obs NDLR

responsabilité civile d'exploitation, des objets et vêtements déposés dans les vestiaires de l'Ordre, ainsi que les dommages résultant de catastrophes naturelles qui ne résultent pas de l'application directe et nécessaire de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 ». Dans ce cadre en effet, ce ne sont pas les risques découlant de l'exercice de la profession qui sont concernés, ni a fortiori les intérêts du justiciable, les professionnels restent donc libre de choisir leur assurance. Par ailleurs, lorsqu'un Barreau décide de souscrire un contrat collectif, le Conseil de l'Ordre a le droit de répartir le cout de l'assurance sur l'ensemble des membres peu importe le mode d'exercice de ceux ci, et ce tant que les principes d'équité et d'égalité sont respectés lors de la répartition⁷⁸⁴. A ce titre, un avocat a posé une réclamation selon laquelle la cotisation était sans cause puisque l'avocat salarié n'engage que la responsabilité de son employeur, lui-même assuré. Il considérait au surplus qu'une charge supplémentaire établissait une discrimination au détriment des avocats employeurs par rapport aux avocats qui recourent à une collaboration libérale, dispensés de toutes cotisations pour leurs collaborateurs. En effet, le conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Narbonne auquel appartient le professionnel, avait décidé que les avocats exerçant à titre libéral acquitteraient par an une cotisation de 981 € par avocat et qu'une demi-cotisation, soit 491 €, serait payée par avocat salarié et mise à la charge de l'employeur. La Cour d'appel a approuvé la position du Conseil de l'Ordre, précisant « *qu'une analyse au cas par cas est impossible. On ne peut vérifier si l'avocat salarié a une clientèle personnelle. Dans ces conditions les principes d'équité et d'égalité entre avocats ne sont pas rompus* »⁷⁸⁵. Ce faisant, en ayant recours à l'argument selon lequel un contrôle des différents types d'activités potentiels d'un l'avocat est impossible, la Cour permet indirectement l'instaurations d'inégalités. Car à lire la décision à contrario, il est possible d'en déduire que si un contrôle était effectué, les modalités de paiement seraient différentes. Le principe instauré souffre donc d'exceptions factuelles.

2 - Les conditions de souscription

198. L'avocat bénéficie de la garantie d'assurance de responsabilité civile professionnelle quel que soit son mode d'exercice, et peu importe sa qualité, tant qu'il justifie être inscrit au Tableau de l'Ordre d'un Barreau. C'est ce qui lui confère la qualité d'assuré, condition indispensable pour souscrire à cette assurance, la définition de l'avocat assuré étant plutôt

784Civ 1ere 7 novembre 2000 n°97-22.401 Bull civ I n°276
785CA Aix en Provence 1ere chambre B 26 juin 2014 n°2014/16

extensive⁷⁸⁶. La responsabilité civile professionnelle de l'avocat membre d'une société d'avocats ou collaborateur ou salarié d'un autre avocat, est également garantie, du fait de l'article 206 du décret du 27 novembre 1991 qui prévoit que les salariés et les collaborateurs sont couverts par l'assurance souscrite par l'avocat qui les emploie ou par la société s'ils exercent dans une telle structure. Selon l'article L. 121-2 du Code des assurances, la responsabilité du collaborateur ou du salarié est couverte quelles que soient la nature et la gravité des fautes commises. Néanmoins, le collaborateur doit justifier d'une assurance personnelle auprès de l'assureur de son Barreau d'inscription dans la mesure où il a une activité qui lui est propre⁷⁸⁷. Les avocats aux conseils, les SCP, les avocats honoraires ou toute personne désignée ou mandatée par le bâtonnier ou le conseil de l'Ordre pour accomplir une mission particulière sont également assurés. De même, en application de la directive 98/5/CE du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 1998,⁷⁸⁸ les avocats ressortissants membres de la Communauté Européenne ou de la Confédération Suisse inscrits dans un Barreau français, sont assurés par le Barreau souscripteur pour leurs activités exercées en France. Les garanties du contrat collectif bénéficient aussi à l'Ordre des avocats, le Bâtonnier, le Conseil de l'Ordre, les membres du Conseil régional de discipline, ainsi que tous les services, les structures et les associations organisés ou créés par l'Ordre, telles les caisses de règlement pécuniaire des avocats ou les écoles des avocats, dans la mesure où la responsabilité de l'Ordre des avocats peut être retenue dans le cadre de sa mission de contrôle des membres du Barreau.

199. Après la condition tenant à la qualité de la personne assurée, vient celle inhérente au paiement des primes d'assurance : l'avocat a l'obligation de s'acquitter des cotisations du contrat collectif. A défaut, la haute juridiction a décidé qu'il serait sanctionné par son omission du Tableau⁷⁸⁹. Selon l'article 205 du décret du 27 novembre 1991, « *les contrats d'assurance ne doivent pas comporter une limite de garantie inférieure à 1 500 000 euros par année pour un même assuré. Ils ne doivent pas prévoir de franchise à la charge de l'assuré supérieure à 10 % des indemnités dues, dans la limite de 3 050 euros. La franchise n'est pas opposable aux victimes* ». AVRIL souligne toutefois que dans la pratique, le minimum requis par la loi est sensiblement dépassé, afin de « *procurer des garanties significatives* ». En effet

786BIGOT (R) - ROGER (P) « *L'assurance des professionnels du droit* », RGDA, 1er juillet 2010, n°2010-03, p. 904

787MARTIN (R) - D. LANDRY, « *Avocats : Obligations et prérogatives* », JurisClasseur Civil Annexes, Fasc. 30, 25 avril 2011 n°87

788Article 3 de la loi n°2004-130 du 11 février 2004 et article 9 du décret n°2004 -1123 du 14 octobre 2004

789Civ 1ere 29 octobre 2002, n°99-14.837, RCA 2003 comm. 55

, les juges n'ont pas hésité à condamner sur plus de 15 millions⁷⁹⁰ et 18 millions de francs⁷⁹¹ (soit plus de 2 millions en euros) dans les années 2000. Pour illustration, depuis janvier 2014 le montant des primes pour les cent quatre Barreaux ayant souscrit auprès de la SCB (société courtage des Barreaux) s'élève à 1080 euros TTC par an, et de 540 euros TTC par an pour les avocats salariés non associés ou /et ayant moins de tris années d'exercice professionnel, pour une garantie de base de 3 800 000 euros par sinistre⁷⁹². Historiquement, le paiement des primes était négligeable, puis elles ont « *augmenté sournoisement et régulièrement* »⁷⁹³, au rythme du développement du contentieux.

200. En outre, il est possible de souscrire à une garantie complémentaire qui jouera après épuisement de la garantie RCP (responsabilité civile professionnelle) de base, souscrite par le Barreau. Soit l'avocat souscrit à titre individuel, auquel cas la garantie bénéficie à lui seul, quel que soit son mode d'exercice, ou bien la souscription est faite par la structure d'exercice en commun ayant la personnalité morale, tous les associés de la structure adhérant au contrat⁷⁹⁴. Le montant de la garantie par année d'assurance auprès de la SCB se chiffre à minima à 765 000 euros à raison d'une adhésion au cours du premier trimestre de 248 euros puis 124 euros au cours du second. L'option maximale proposant un montant de garantie annuelle à hauteur de 15 000 000 euros à raison d'une adhésion au cours du premier trimestre de 1971 euros pour le premier semestre et suivant⁷⁹⁵.

B - Les activités couvertes par le contrat

Les activités garanties par le contrat d'assurance peuvent être vues comme étant de deux natures : les activités habituelles qui dépendront d'une garantie générale (1) puis celle de l'avocat fiduciaire, sera plus spécifique (2)

790 Paris 1^{ere} ch 29 mars 1999 Sté cie financière de crédit et sté crédit logement in AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » 2015-2016 n°41.52

791 Paris 25^e ch D 21 avril 2000 in AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » précité

792 AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » Dalloz 2015-2016 n°41.52

793 AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » Dalloz 2015-2016 n°41.59

794 <http://www.scb-assurances.com/fr/comment-mieux-garantir-rc/garanties-complementaires-toutes-activites>

795 AVRIL (Y) « précité n°41.53-2

1 - La garantie générale

201. Le champ même de la garantie est déterminé par les règles déontologiques, car toutes les activités professionnelles exercées par l'avocat sont garanties, sauf ce que la déontologie lui interdit de faire⁷⁹⁶. En d'autres termes, les activités professionnelles autres que celles autorisées par les textes régissant la profession ne sont pas couvertes par la responsabilité civile professionnelle. Ainsi, l'avocat qui se livre à une activité d'intermédiaire dans une vente immobilière dans l'exercice de ses activités professionnelles n'est pas garanti par son assurance de responsabilité civile professionnelle⁷⁹⁷, de même pour l'activité commerciale d'intermédiaire financier⁷⁹⁸. Ne seront pas davantage couvertes les activités d'expert comptable⁷⁹⁹, de courtage⁸⁰⁰, et de tout autre activité incompatible avec celles d'un avocat⁸⁰¹. Il en est de même pour les agissements contraires aux textes de loi ou aux règlements, comme la participation à des activités illicites⁸⁰². La faute intentionnelle est classiquement exclu du jeu de la garantie au titre de l'article L113-1 al 2 C.ass⁸⁰³. En définitive, « *la garantie est due si parmi les fautes commises, et indépendamment d'une entremise prohibée entre les parties, certaines se rattachent à des activités permises à l'avocat* »⁸⁰⁴. La garantie est donc qualifiée de générale en ce qu'elle couvre les activités communément exercées par le professionnel, voilà pourquoi la garantie ne jouera que si l'avocat a agi en tant que tel et non à titre personnel, donc non professionnel. Si l'acte litigieux a été réalisé en dehors des activités professionnelles de l'avocat, alors l'assurance de responsabilité civile ne pourra être appliquée⁸⁰⁵.

796 Article 111 du décret du 27 novembre 1991 « *La profession d'avocat est incompatible : Avec toutes les activités de caractère commercial, qu'elles soient exercées directement ou par personne interposée ; avec les fonctions d'associé dans une société en nom collectif, d'associé commandité dans les sociétés en commandite simple et par actions, de gérant dans une société à responsabilité limitée, de président du conseil d'administration, membre du directoire ou directeur général d'une société anonyme, de gérant d'une société civile à moins que celles-ci n'aient, sous le contrôle du conseil de l'ordre qui peut demander tous renseignements nécessaires, pour objet la gestion d'intérêts familiaux ou professionnels* »

797 Civ 1ere 19 janvier 1994 n°92-10.492 NPT D 1995 somm 166

798 Civ 1ere 22 février 2012 n°11-10.202 NP

799 TGI Rennes 10 avril 2000 RG n°98/04056

800 CA Toulouse 1ere ch 24 juillet 2003 Gaz Pal 2003 3792

801 Civ 1ere 15 mars 2005, n°03-17.835 JurisData n°2005-027575 ; Bull. civ. I n°129 ; JCP G 2005, IV, 1960 : cas d'un avocat ayant servi d'intermédiaire pour un prêt que le débiteur n'a pas remboursé

802 CA Toulouse 1ere ch 13 mars 2006 RG 05/02598

803 Article L113-1 al 2 C.ass « *Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* »

804 Civ 1ere 5 février 2001, n°89-13.528, Bull. Civ. I n°46

805 Civ 1ere 19 janvier 1994 n°92-1°492 NPT D 1995 somm 166

202. L'avocat mandataire en transaction est également concerné par les activités couvertes par la loi de 1971, en dépit du caractère particulier de cette mission. Il faudra toutefois que l'Ordre auquel il appartient l'ait validé. L'exclusion du texte de garantie générale, concerne une activité bien plus spécifique, qui requiert une assurance ciblée et qui n'entre donc dans le champ d'action de la responsabilité civile professionnelle lambda. Tel est le cas de la fiducie.

2 - La garantie spécifique de l'avocat fiduciaire

203. L'article 27 de la loi du 31 décembre 1971, de même que l'article 205 du décret du 27 novembre 1991 prévoient que l'avocat fiduciaire doit contracter une assurance spécifique. En effet, *« les responsabilités inhérentes à l'activité de fiduciaire et aux activités visées au deuxième alinéa de l'article 6 et à l'article 6 bis sont supportées exclusivement par les avocats qui les exercent ; elles doivent faire l'objet d'assurances spéciales qui sont contractées à titre individuel ou collectif, dans les conditions fixées par la loi du 13 juillet 1930 relative aux contrats d'assurances »*. Cette assurance souscrite au profit de qui il appartiendra, garantit la restitution des biens, droits ou suretés concernés, et ne doit pas comporter une limite de garantie inférieure à 1 500 000€ par année pour un même assuré. La fiducie n'est pas concernée par le contrat collectif souscrit par le Barreau, tel qu'énoncé précédemment, l'avocat fiduciaire doit contracter personnellement une assurance, tels sont les termes de l'article 205 du décret du 27 novembre 1991, modifié par le décret du 23 décembre 2009. Cette assurance est d'ailleurs détachée de toute autre garantie couvrant les autres activités de l'avocat. C'est bien une garantie spécifique.

204. Avant la réforme permettant à l'avocat l'accès à l'activité de fiducie et la reconnaissance de celle-ci par le droit français, cette activité n'était pas couverte par le jeu de la responsabilité civile professionnelle générale⁸⁰⁶. Le constat serait similaire aujourd'hui si l'avocat fiduciaire ne souscrivait pas à une assurance spéciale, la fiducie exigeant une couverture à part comme précisé. L'avocat fiduciaire doit donc justifier d'une souscription à cette assurance spéciale auprès de l'Ordre. De plus, l'article 123 du décret du 27 novembre 1991 lui impose une certaine transparence, exigée tout au long de son activité fiduciaire, afin d'assurer notamment le contrôle du respect en matière d'assurance. Ainsi, avant d'accomplir tout acte relatif à cette activité, le professionnel doit informer par écrit son Conseil de l'Ordre,

806Civ 1ere 15 juin 2004 n°01-17.807

en joignant à sa déclaration une attestation de souscription des assurances spéciales spécifiant le montant de la couverture accordée et sa période de validité⁸⁰⁷.

205. Le souci de transparence est tel que les fonds, valeurs ou effets reçus pour le compte du client ne peuvent transiter par la CARPA. C'est l'article 8 de l'ordonnance du 30 janvier 2009 qui exclut cette affectation, modifiant l'article 53⁸⁰⁸ selon lequel par principe, l'avocat a l'obligation de déposer sur un compte CARPA les fonds, valeurs ou effets qu'il reçoit pour le compte de son client. En dépit d'une demande du CNB proposant la création d'un compte spécial pour les avocats fiduciaires au sein de la CARPA⁸⁰⁹, les autorités ont maintenu leur refus, arguant que le mécanisme de la fiducie opérerait un transfert de patrimoine non compatible avec les règles de fonctionnement de la CARPA, qui se base sur le mandat. Comme si cette activité pourtant aujourd'hui permise, relevait encore d'une pratique «*incompatible avec la profession*»⁸¹⁰ eu égard à son caractère commercial prédominant ; nécessitant un traitement en marge.

206. Par ailleurs, l'article 231 du décret de 1991 prévoit que l'avocat fiduciaire doit tenir une comptabilité distincte propre à cette activité, et ouvrir un compte spécialement affecté à chacune des fiducies concernées. L'article 6.2.1.5 du RIN, qui se borne à reprendre ces dispositions, n'est guère plus précis quant aux modalités selon lesquelles cette comptabilité doit être tenue. Toutes les opérations sont retracées dans des documents comptables destinés notamment, à constater les versements de fonds et remises d'effets. Il est tenu de présenter sa comptabilité au Bâtonnier⁸¹¹ en cas de demande de ce dernier, qui informe le procureur général, au moins une fois l'an, du résultat de ces vérifications⁸¹². De même selon l'article

807Extraits article 123 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, modifié par le décret n°2011-1319 du 18 octobre 2011 - art. 2 « *L'avocat qui souhaite exercer en qualité de fiduciaire en informe par écrit, avant d'accomplir tout acte relatif à cette activité, le Conseil de l'Ordre dont il relève* ».

808Article 53 8° de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques « *Les conditions d'application de l'article 27 et, notamment, les conditions des garanties, les modalités du contrôle et les conditions dans lesquelles les avocats reçoivent des fonds, effets ou valeurs pour le compte de leurs clients, les déposent, sauf lorsqu'ils agissent en qualité de fiduciaire, dans une caisse créée obligatoirement à cette fin par chaque Barreau ou en commun par plusieurs Barreaux et en effectuent le règlement* »

809AYNES (L) - DUPICHOT (Ph) « *Septembre 2008-janvier 2009 : une ordonnance peut en cacher une autre* », Dr. et Patr. n° 180, avril 2009, p. 122.

810Civ 1ere 15 juin 2004, n° 01-17.807

811Article 232 du décret de 1991 « *L'avocat est tenu de présenter sa comptabilité à toute demande du bâtonnier. Il est tenu de présenter tous extraits nécessaires de sa comptabilité lorsqu'il en est requis par le président du tribunal de grande instance ou le premier président de la cour d'appel, saisi d'une contestation en matière d'honoraires ou débours ou en matière de taxe* ».

812Article 235 du décret de 1991 « *Le bâtonnier informe le procureur général, au moins une fois l'an, du résultat de ces vérifications* »

235-3⁸¹³, l'assureur doit pouvoir obtenir la communication par l'avocat fiduciaire, sur simple demande, de la comptabilité et le cas échéant du rapport du commissaire aux comptes afférent aux opérations de la fiducie.

Paragraphe II- La garantie de représentation des fonds et la garantie financière.

207. L'avocat a pour obligation d'offrir une garantie de représentation des fonds, conformément aux dispositions législatives et réglementaires. Dans le cadre de son activité, les fonds qu'il reçoit que ce soit de son client ou d'un adversaire, ne lui appartiennent pas, il n'a à cet égard que la qualité de mandataire, il doit donc les déposer sur un compte bancaire spécial, réglementé et géré par les Caisses de Règlement Pécuniaire des Avocats (CARPA). C'est en 1954 que la possibilité de s'assurer pour la représentation des fonds apparaît, elle était alors soumise à autorisation du règlement intérieur⁸¹⁴. L'avocat devait justifier d'une assurance couvrant sa responsabilité puis ouvrir un compte spécialement dédié à ses opérations professionnelles. C'est la généralisation des maniements de fonds qui a conduit d'une part à la création de la CARPA, puis surtout à celle de l'obligation d'assurance pour les fonds confiés à l'avocat. Actuellement, selon les dispositions du décret de 1991 modifié le 18 octobre 2011 « *les obligations de garantie financière prévues au présent chapitre incombent aux sociétés civiles professionnelles et aux sociétés d'exercice libéral d'avocats, aux avocats exerçant la profession à titre individuel ou dans le cadre d'une association ou d'une société en participation ainsi qu'aux avocats exerçant la profession en qualité de collaborateur dans la mesure où ils exercent en même temps la profession pour leur propre compte* »⁸¹⁵. Conformément au souhait du législateur, le Conseil de l'Ordre est tenu de vérifier⁸¹⁶ la constitution de ces garanties financières, et informer le procureur général des garanties constituées⁸¹⁷.

813 Article 235-3 du décret de 1991, modifié le 18 octobre 2011 « *L'assureur auprès duquel est souscrite l'assurance prévue à l'article 209-1 et le garant auprès duquel sont souscrites les garanties financières prévues à l'article 210-1 ont communication, sur simple demande, par l'avocat fiduciaire, de la comptabilité et, le cas échéant, du rapport du commissaire aux comptes afférent aux opérations de la fiducie* »

814 Article 48 du décret du 10 avril 1954 « *le règlement intérieur (de l'Ordre) peut autoriser les avocats, lorsqu'ils représentent légalement les parties sans l'intervention d'un avoué, à procéder aux seuls règlements pécuniaires directement liés à la procédure dont ils ont la charge* » modifié par le décret n° 56-1232 du 30 novembre 1956

815 Article 210 du Code du travail ;

816 Article 17 9° de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 « *De vérifier la tenue de la comptabilité des avocats, personnes physiques ou morales, et la constitution des garanties imposées par l'article 27 et par les décrets visés à l'article 53* »

817 Article 27 al 3 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 « *Le bâtonnier informe le procureur général des garanties constituées* »

Il existe deux types d'assurance, celle de représentation de fonds (A) dite assurance de qui il appartiendra souscrite par le Barreau, et la garantie financière prise à titre individuelle (B)

A - La police de représentation de fonds

Il convient de s'attarder sur les caractéristiques de cette assurance particulière (1), qui se cumule avec la responsabilité civile professionnelle (2)

1 - Les caractéristiques de la police de représentation de fonds

208. L'assurance de représentation des fonds est une stipulation pour autrui, aussi appelé assurance au profit de qui il appartiendra qui emprunte au mécanisme général du droit des obligations. Pour CABRILLAC, « *l'assurance pour compte est un contrat souscrit par une personne en son nom propre, mais pour le compte d'un tiers généralement indéterminé qui ne participe pas au contrat et n'y est pas représenté* »⁸¹⁸. Son objet est défini à l'article 207 du décret du 27 novembre 1991, « *elle garantit, au profit de qui il appartiendra, le remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus à l'occasion de l'exercice de leur activité professionnelle par les avocats membres du barreau souscripteur* ». Le Barreau a la possibilité de contracter une assurance au profit de qui il appartiendra auprès d'une entreprise d'assurance régie par le Code des assurances. Celle-ci a pour rôle de garantir au profit de qui il appartiendra, le remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus par les avocats à l'occasion de l'exercice de leur activité professionnelle⁸¹⁹. A ce titre, ces fonds ne peuvent avoir pour origine qu'un acte juridique ou judiciaire. De même, les fonds, effets, ou valeurs, que l'avocat détient en qualité de dépositaire aux fins d'accomplir des formalités sont concernés par cette assurance. A noter que le professionnel ne peut recevoir des fonds, effets ou valeurs pour un montant excédant celui de la garantie accordée par l'assureur. L'assurance de représentation de fonds joue en cas d'insolvabilité de l'avocat, sur justification d'une créance certaine, liquide et exigible⁸²⁰. Par insolvabilité il faut entendre un détournement, soit

818CABRILLAC (S) « *Les garanties financières professionnelles* » Thèse Montpellier 2000 n°514 in AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » Dalloz 2015-2016 p 194

819Article 207 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 « *L'assurance prévue au deuxième alinéa de l'article 27 de la loi du 31 décembre 1971 précitée est contractée par le barreau auprès d'une entreprise d'assurances régie par le code des assurances.Elle garantit, au profit de qui il appartiendra, le remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus à l'occasion de l'exercice de leur activité professionnelle par les avocats membres du barreau souscripteur* »

820Article 208 du décret cité « *La garantie d'assurance prévue à l'article 207 s'applique en cas d'insolvabilité de l'avocat membre du barreau souscripteur du contrat, sur la seule justification que la créance soit cer-*

un usage abusif effectué au profit de l'avocat, des fonds qui lui auront été remis, et ce au préjudice du client. Cette insolvabilité se confirme suite à une sommation de payer ou de restituer, suivie d'un refus ou demeurée sans effet, pendant un délai d'un mois à compter de sa signification. L'auteur de la sommation et l'avocat doivent aviser sans délai le Bâtonnier de celle-ci, conformément à l'article 208 du décret du 27 novembre 1991. Cependant, « *le client, victime des détournements commis par son avocat, est dispensé de cette sommation si, par une appréciation souveraine des éléments soumis à son examen, le juge retient que l'assureur avait admis que la réalisation du sinistre était tenue pour acquise* »⁸²¹.

209. L'application de la garantie est bien évidemment exclue concernant les opérations étrangères aux activités professionnelles de l'avocat, comme ce qui se rattache aux activités d'administrateur judiciaire, de liquidateur, d'administrateur de société ou membre du conseil de surveillance d'une société commerciale ainsi que toute réclamation consécutive à toute intervention ou tout acte s'analysant comme une opération de prêt, ou encore pour les remises de fonds à des fins spéculatives mobilières ou immobilières, ou dans le cadre de l'activité de dirigeant de fait ou de droit d'une personne morale. De même la police d'assurance ne fonctionnera pas en cas de situation illégales⁸²². Cette assurance en cas de non représentation de fonds se cumule avec la responsabilité civile professionnelle déjà évoquée, dans la mesure où leur objet et les parties concernées diffèrent.

2 - Le cumul avec la responsabilité civile professionnelle

210. Par dérogation aux dispositions de l'article 209 du décret du 27 novembre 1991, l'avocat membre d'un Barreau qui a contracté l'assurance prévue à l'article 207 peut recevoir des fonds, effets ou valeurs pour un montant excédant le montant maximum de la garantie accordée par l'assureur, s'il justifie, à concurrence des sommes excédentaires, d'une garantie financière. Le cumul des deux responsabilités évoquées est parfaitement compréhensible étant donné leurs différences. En effet, ne gérant pas les mêmes « incidents », elles s'emploient donc à réparer différents préjudices. M. AVRIL fait d'ailleurs remarquer que pour simplifier les choses, la responsabilité civile professionnelle pourrait se présenter sous

taine, liquide et exigible. Pour l'assureur, l'insolvabilité de l'avocat résulte d'une sommation de payer ou de restituer suivie de refus ou demeurée sans effet pendant un délai d'un mois à compter de sa signification. L'auteur de la sommation et l'avocat avisent sans délai le bâtonnier de la sommation »

821Civ 1ere 27 mai 1998, n°96-19.200, Bull. Civ. I, n°183

822Civ 1ere 12 octobre 2004, n°01-14.175, Lamyline

forme de clause, à l'intérieur du contrat de la police d'assurance elle même⁸²³. Mais si tel n'est pas le cas, c'est que les distinctions existantes entre ces deux types d'assurance sont telles qu'il convient de les faire exister l'une à coté de l'autre voire en complément de l'autre. Elles peuvent donc se cumuler mais pas se confondre.

211. La police de représentation de fonds est générale car prise par le Barreau, quand l'assurance de responsabilité civile est pour sa part prise à titre individuel. Dans ce dernier cas, les personnes assurées comme précisé plus haut sont l'avocat, ainsi que toutes les instances professionnelles du Barreau et les structures ou associations organisées ou créées par l'Ordre. Dans le cadre de l'assurance de représentation de fonds, c'est l'assuré personne lésée par l'avocat qui profitera de la garantie, c'est donc au titre des agissements de ce dernier que cette assurance jouera. Par ailleurs, la victime est soumise à une prescription biennale au titre de l'article L114-1 du Code des assurances. Celle-ci court dès que la sommation de payer a été faite à l'avocat séquestre⁸²⁴. Il faut donc que l'insolvabilité soit constatée pour que la garantie soit mobilisée. La brièveté de ce délai doit être soulignée, elle est d'ailleurs considérée comme nuisible aux victimes, alors que par principe le droit des assurances leur est réputé favorable⁸²⁵. En comparaison, s'agissant de la responsabilité civile professionnelle, celle-ci sera mise en mouvement uniquement si les personnes sous autorité du professionnel détournent les fonds. Il en sera de même si l'avocat remet au mauvais bénéficiaire les fonds reçus. Cette action étant une faute, due à une erreur ou une négligence et non de l'insolvabilité prévue par les textes relatifs à l'assurance de qui il appartiendra. En cas de cumul, chaque garant devra en être informé, de même que le Bâtonnier. L'Ordre dans lequel interviendra chaque garant au besoin doit être précisé, ainsi que le montant auquel ils seront tenus. Cette complémentarité constitue bien une garantie supplémentaire pour les concernés.

B - La garantie financière

Dans le cas où l'avocat, fait partie d'un Barreau n'ayant pas souscrit à l'assurance au profit de qui il appartiendra, il devra par conséquent justifier d'une garantie financière prise individuellement (1) avec ses caractéristiques particulières (2)

823AVRIL (Y) « *La responsabilité de l'avocat* » Dalloz 2008 précité p 166

824Civ 2^e 6 octobre 2011 n^o 10 – 24240

825ROBINEAU (M) « *Contribution à l'étude du système responsabilité* » Edition Defrénois 2006 p 107

1 - Une souscription individuelle

212. Cette entreprise est individuelle contrairement à l'assurance de représentation de fonds. Elle est assez peu utilisée, les avocats lui préférant le système moins complexe d'assurance au profit de qui il appartiendra. Néanmoins, cette garantie existe, et s'effectue sous forme d'une caution, convention écrite, prise auprès d'une banque, d'un établissement de crédit, d'une entreprise d'assurance ou d'une société de caution mutuelle, habilités à donner caution. Cette garantie profite aux avocats qui n'appartiendraient pas à un Barreau garantissant les managements de fonds selon l'article 210 du décret du 27 novembre 1991, nous l'avons évoqué, et qui doivent le cas échéant organiser leur propre garantie financière et en justifier. A ce titre, ils disposent d'une attestation délivrée par la banque ou l'établissement financier.

213. Conformément à l'article 210 du décret du 27 novembre 1991, les obligations de garantie financière incombent aux sociétés civiles professionnelles et aux sociétés d'exercice libéral d'avocats, aux avocats exerçant la profession à titre individuel ou dans le cadre d'une association ou d'une société en participation ainsi qu'aux avocats exerçant la profession en qualité de collaborateur dans la mesure où ils exercent en même temps la profession pour leur propre compte. La convention de garantie, conformément à l'article 211 du décret de 1991 *« fixe le montant de la garantie accordée, les conditions de rémunération, les modalités de contrôle comptable ainsi que les contre-garanties éventuellement exigées par le garant »*. Ce montant doit être au moins égal au montant maximal des fonds que le professionnel pense détenir. Au delà, l'avocat ne pourra plus recevoir de fonds, effets et valeurs. Le garant, par l'intermédiaire du Bâtonnier, peut vérifier et consulter les documents comptables et le relevé des comptes servant à la réception des fonds. Cette possibilité de contrôle n'est pas possible lorsque l'avocat exerce en tant que fiduciaire.

2 - Les caractéristiques de la garantie

214. Conformément aux dispositions de l'article 219 du décret de 1991, la garantie financière s'étend à toute créance ayant pour origine un versement de fonds ou une remise d'effets ou de valeurs effectué à l'occasion des actes ou des opérations dans le cadre de l'activité professionnelle de l'avocat. Elle s'applique pour des créances certaines, liquides et

exigibles, et lorsque la personne garantie est défaillante, sans que le garant puisse opposer au créancier le bénéfice de discussion. Pour le garant, la défaillance de l'avocat garanti résulte d'une sommation de payer ou de restituer, suivie de refus ou demeurée sans effet pendant un délai d'un mois, à compter de la signification de la sommation faite à celui-ci. L'avocat garanti avise sans délai le Bâtonnier de cette sommation. Si le garant conteste les conditions d'ouverture du droit au paiement ou le montant de la créance, le créancier peut assigner directement le garant devant la juridiction compétente. La garantie n'est pas définitive, mais peut être prorogée après autorisation du Bâtonnier. Elle cesse suite à l'expiration du contrat conclu, de sa dénonciation par les parties, du fait du décès du garanti, ou encore pour les personnes morales, dès la fin de la liquidation de la société. En cas de cessation de garantie, le garant doit informer par courrier recommandé avec accusé de réception le Bâtonnier, qui en avise les auteurs des versements ou de remises, ou les destinataires éventuels de ces versements ; ainsi que l'établissement où est ouvert le compte. Les effets de la garantie se poursuivent à l'égard des tiers jusqu'à l'expiration d'un délai de trois jours qui suivent l'avis de cessation adressé au Bâtonnier⁸²⁶. Les créances antérieures à la cessation restent couvertes.

826 Article 224 du décret du 27 novembre 1991 « *La garantie continue de produire ses effets à l'égard des tiers jusqu'à l'expiration d'un délai de trois jours suivant l'avis de cessation de garantie donné par le garant au bâtonnier dans les conditions prévues à l'article 223* »

Section II - LA MISE EN ŒUVRE DE L'ASSURANCE

Dans le cadre de la mise en œuvre de l'assurance, la réforme de 2003 a permis un apport non négligeable en terme de finition (§1). Si l'avocat est assuré, il ne l'est pas *ad libitum*, il existe des limites à la garantie souscrite (§2)

Paragraphe I - L'apport de la loi de 2003

La loi de 2003 a permis que soit proposé aux professionnels une définition du sinistre (A) chose non évidente jusqu'alors. Elle a également déterminé précisément le mode de déclenchement de la garantie à l'encontre de l'avocat (B)

A- La définition du sinistre

215. Selon l'article L124-1-1 du Code des assurances « *constitue un sinistre tout dommage ou ensemble de dommages causés à des tiers, engageant la responsabilité de l'assuré, résultant d'un fait dommageable et ayant donné lieu à une ou plusieurs réclamations. Le fait dommageable est celui qui constitue la cause génératrice du dommage. Un ensemble de faits dommageables ayant la même cause technique est assimilé à un fait dommageable unique* ». C'est la loi de « *sécurité financière* »⁸²⁷, qui en 2003 a donné lieu à cette définition. Auparavant, le sinistre n'était pas une notion clairement arrêtée, il se caractérisait par la réalisation de l'évènement prévu par la police d'assurance entraînant par la suite la mise en jeu de la garantie.

216. De la définition légale, il ressort des dispositions trois éléments juridiques constituant le sinistre⁸²⁸, à savoir : le fait dommageable, ou un ensemble qui sera assimilé à un fait unique ; le dommage et la réclamation. La notion de sinistre se distingue de celle de la réalisation du risque, c'est-à-dire du fait ou de l'évènement dommageable prévu et garanti au contrat. Le sinistre est un fait juridique, dont la preuve peut être rapportée par tout moyen, par conséquent, l'assureur ne peut imposer de modalités particulières de preuves. Selon l'article 9 du NCPC, c'est à l'assuré qui revendique la garantie dudit sinistre, d'en rapporter la preuve.

827Loi n°2003-706 du 1er août 2003 dite de sécurité financière

828« *Lamy Assurance* », édition 2015, n°1399, F. VINCENT (F) « *Assurances terrestres - Activités diverses - Assurances responsabilités professionnelles : généralités* », JurisClasseur Civil Annexes, Fasc. 82, 25 avril 2005 n°46

Par la suite, l'assuré devra déclarer le sinistre, en donnant « *avis à l'assureur, dès qu'il en a eu connaissance et au plus tard dans le délai fixé par le contrat, de tout sinistre de nature à entraîner la garantie de l'assureur. Ce délai ne peut être inférieur à cinq jours ouvrés* », conformément à l'article L.113-2 4° du Code des assurances. S'agissant des actions engagées à l'encontre des avocats aux Conseils, le sinistre « *est constitué par le dépôt par le réclamant d'une requête devant le Conseil de l'Ordre qui doit déclarer le sinistre à l'assureur dans les plus brefs délais* »

B - Le mode de déclenchement des garanties

217. C'est suite au constat du sinistre et sa déclaration, que les garanties pourront jouer. Avant la loi du 1er août 2003, les garanties étaient prévues sur la base réclamation, couvrant ainsi les sinistres définis à l'article L124-1 du Code des assurances⁸²⁹, à la condition que le fait générateur du dommage et la réclamation du tiers lésé soient intervenus entre la date de souscription et la date de résiliation ou d'expiration, éventuellement prolongée d'une période subséquente⁸³⁰. Seulement, en application de cette logique, des victimes n'étaient pas indemnisées à partir du moment où leur réclamation était effectuée postérieurement à la résiliation de la police. La jurisprudence s'est prononcée déclarant « *réputée non écrite la stipulation de la police, selon laquelle le dommage est garanti si la réclamation de la victime a été formulée au cours de la période de validité du contrat, abouti à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance à raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite dépourvu de cause au profit du seul assureur, qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie* »⁸³¹. Le critère unique d'application de la garantie dans le temps était donc le fait dommageable, peu importe qu'il soit intervenu durant ou après la période de validité de la garantie. S'imposait donc la garantie sur la base du déclenchement par le fait générateur. Il existe en effet deux modes de déclenchement des garanties au choix des parties, à savoir soit le fait dommageable, soit la réclamation, celle-ci étant la demande de réparation du dommage faite par la victime.

218. Le fait dommageable comme critère d'application de l'assurance amenait à se pencher sur le passé pour identifier l'assureur du risque lors de la survenance de l'événement

829 Article L124-1 du Code des assurances « *la réclamation amiable ou judiciaire faite à l'assuré par le tiers lésé* »

830 DELAVALLADE (Y) « *Les conséquences des articles L124-1-1 et L124-5 du Code des assurances sur l'assurance RC professionnelle des avocats* » Gaz. Pal. 2003 p. 28

831 Civ 1^{ère} 19 décembre 1990 Bull. civ. I n°303. RGAT 1991 155 conclusion CHARBONNIER note BIGOT (J)

dommageable. Ce dernier ayant pu voir sa police résiliée depuis plusieurs années, donc n'avoir plus perçu de primes, alors que sa garantie allait devoir être réactivée⁸³². La clause type limitant la garantie dans le temps étant entachée d'illégalité, la clause base réclamation ou « claims made » fut prohibée,⁸³³ puis néanmoins réintroduite suite aux déboires afférents à la garantie responsabilité civile obligatoire des professionnels de la santé. En ce qui concerne l'avocat, c'est le mode basé sur la réclamation qui a été retenu. Selon les chiffres du SCB, relatifs à l'assurance de non représentation des fonds, le nombre de réclamations est passé en moyenne de 9 par an pour la période allant de 1998 à 2002 pour un montant moyen de 455 860, 20 euros, contre 14,6 réclamations de 2006 à 2014, pour un montant moyen de 12 842 897,78 euros. Si les réclamations ont un peu moins que doublées en seize ans, la moyenne des sommes mises en jeu ont été multipliées par environ 28⁸³⁴. Cette forte évolution n'a néanmoins pas provoqué l'augmentation des primes d'assurance dues par l'avocat.

219. La garantie ne peut jouer que si le fait dommageable est antérieur à la date de résiliation ou d'expiration du contrat, et ce quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre⁸³⁵. En revanche, l'assuré ne sera pas couvert s'il est établi que ce dernier avait connaissance du fait dommageable à la date de souscription de la garantie⁸³⁶. En effet, dans ce cas, l'aléa, élément essentiel du contrat d'assurance disparaît, puisque le dommage est avéré, certain et non plus potentiellement existant, dès lors le contrat est nul. De plus, il est prévu qu'après l'expiration ou la résiliation de la garantie d'un contrat en base réclamation, s'ouvre une période subséquente de dix ans au minimum pendant laquelle l'assureur prend en charge les sinistres donnant lieu à réclamation qui sont imputables à l'activité de l'assuré, antérieure à la cessation d'effet de la garantie, lorsqu'il n'y a pas d'assureur successeur à celui dont la garantie a expiré. Par principe, l'article L. 124-5 al 5 du Code des assurances prévoit que « *le délai subséquent des garanties déclenchées par la réclamation ne peut être inférieur à cinq ans* », mais les avocats bénéficient compte tenu de leur activité, d'un délai de dix ans⁸³⁷.

832GROUDEL (H) « *Qui dit la vérité ? A propos de l'étendue de la garantie dans le temps* » - VINEY (G) « *La clause dite « de réclamation de la victime » en assurance de responsabilité* » JCP 1994 G, I, n°3778

833Civ 1^{re} 19 décembre 1990 RGAT 1991

834SCB, chiffres issus de l'Assemblée générale de l'UNCA du 19 juin 2015, inédit.

835L124-5 du code des assurances « *La garantie déclenchée par le fait dommageable couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres, dès lors que le fait dommageable survient entre la prise d'effet initiale de la garantie et sa date de résiliation ou d'expiration, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre* »

836« *Lamy Assurance* » précité édition 2015, n°1396, VINCENT (F) « *Assurances terrestres - Activités diverses - Assurances responsabilités professionnelles : généralités* », JurisClasseur Civil Annexes, Fasc. 82, 25 avril 2005, n°42

837LEFEBVRE (F) « *Professions libérales* », Mémento Pratique, 2013-2014, p. 1360

220. Par ailleurs, en cas de pluralité d'assureur, la solution consiste à faire intervenir celui compétent du fait du contrat en vigueur lors de la réclamation. Il lui appartiendra de gérer le dossier tant que l'assureur tenu à garantie n'aura pas été identifié. Si un autre assureur est saisi en premier, il doit informer l'assureur du contrat en vigueur. Il existe ceci dit une convention⁸³⁸ prévoyant une procédure d'arbitrage en cas de conflit pour désigner l'assureur. Il appartient dans ce cas à la commission d'arbitrage de déterminer l'assureur en charge du sinistre, et ce dans les deux mois de sa saisine

⁸³⁸Convention de gestion des sinistres établie par la Fédération française des sociétés d'assurance le 17 décembre 2003

Paragraphe II - Les limites de la garantie

L'assurance illimitée n'existe pas, tout ne pouvant être garanti. Il existe en effet des hypothèses où la garantie ne trouvera lieu à s'appliquer. De façon générale, l'avocat est couvert dans le monde entier, encore que les activités exercées au sein d'un établissement permanent ou d'un bureau secondaire situé sur le territoire du Canada ou des Etats-Unis d'Amérique soient exclues. Il existe d'autres limites quant à l'application de cette garantie. Un seuil atteint empêchant son usage du fait soit de la déchéance de l'assurance (A), ou d'autres cas particuliers (B)

A - La déchéance

Comprendre en quoi la déchéance constitue une limite à l'effectivité de la garantie, nécessite que la notion soit explicitée (1) avant que ne soient précisés ses effets (2)

1 - La définition de la déchéance

221. En dépit de l'absence d'une définition légale, le terme de déchéance est pourtant « *lourd d'une certaine connotation dépréciative* »⁸³⁹. Plus précisément, c'est la doctrine qui permet d'en saisir mieux le sens. Selon KULLMANN⁸⁴⁰, elle n'est autre que la privation pour son titulaire d'un droit, du fait de son comportement, et ce à titre de sanction. Concrètement, du fait d'un manquement à ses obligations contractuelles, l'assuré ne pourra voir le dommage subi indemnisé. Cette lourde pénalité implique donc la survenance d'un sinistre ainsi qu'une attitude jugée répréhensible de la part de l'assuré qui sera déchu de son droit à être indemnisé.

222. Le Code des assurances s'emploie à énoncer des clauses de déchéance, celles interdites de par la loi, du fait « *de la généralité, de l'imprécision de la clause, soit eu égard à la protection de l'assuré quant à un éventuel retard dans la déclaration du sinistre aux autorités ou dans la production de pièces* »⁸⁴¹. Les clauses admises, elles, échappent à toute

839GROUDEL (H) « *Responsabilité et assurance* » Etudes offertes Litec Lexis nexis 2006 p 249

840KULLMANN (J) LAMY Assurances 2009

841Article L113-1 du Code des assurances: « *Sont nulles : 1° Toutes clauses générales frappant de déchéance l'assuré en cas de violation des lois ou des règlements, à moins que cette violation ne constitue un crime ou un délit intentionnel ; 2° Toutes clauses frappant de déchéance l'assuré à raison de simple retard apporté par lui à la déclaration du sinistre aux autorités ou à des productions de pièces, sans préjudice du droit pour l'assureur de réclamer une indemnité proportionnée au dommage que ce retard lui a causé* »

révision judiciaire, et son à ce titre intangibles. La déchéance lorsqu'elle est souhaitée, est opposée par l'assureur à l'assuré, et concernant l'avocat, la déclaration tardive du sinistre est une des premières causes. Le professionnel est en effet soumis à un délai « *ne pouvant être inférieur à cinq jours ouvrés pour déclarer le sinistre, dès qu'il en a connaissance* »⁸⁴². Dans ce cas pour que la garantie soit exclue, la déclaration tardive doit nécessairement induire un préjudice à l'assureur⁸⁴³. Désormais⁸⁴⁴, en plus de devoir prouver ce préjudice⁸⁴⁵ - les juges du fond n'ayant pas à rechercher les éléments non invoqués par l'assureur qui prouveraient le préjudice, mais uniquement de l'apprécier⁸⁴⁶ - , il ne peut l'opposer à l'avocat en cas de cas fortuit ou de force majeure.

223. Rapporter la preuve d'un dommage, paraît une tâche ardue. En 2006 LEDUC⁸⁴⁷ précisait que sur 59 décisions répertoriées, 37 écartaient la déchéance. Le constat est que l'exigence d'un préjudice qui plus est prouvé, réduit les cas d'application et l'opposabilité de déchéance pour déclaration tardive du sinistre. Par ailleurs, le préjudice ici est à entendre comme la perte d'une chance pour l'assureur, celle permettant de supprimer voire réduire l'obligation de régler le sinistre. En effet, s'il parvient à prouver que la tardiveté a empêché que soient prises des mesures ayant une influence sur la prise en charge du sinistre⁸⁴⁸, alors la perte de chance est avérée. La jurisprudence a permis de préciser quelles étaient les preuves particulières attendues, pour que de façon plus globale, le préjudice soit à son tour dit prouvé. Ainsi, l'assureur doit préciser les mesures qu'il aurait prises en cas de déclaration non tardive⁸⁴⁹, établir que les mesures envisagées ne pouvaient plus être utiles après la déclaration tardive⁸⁵⁰, et démontrer que l'application immédiate desdites mesures aurait eu une incidence

842 Article L 113-2 4e du code des assurances « *L'assuré doit, par lettre recommandée, déclarer ces circonstances à l'assureur dans un délai de quinze jours à partir du moment où il en a eu connaissance ;...4° De donner avis à l'assureur, dès qu'il en a eu connaissance et au plus tard dans le délai fixé par le contrat, de tout sinistre de nature à entraîner la garantie de l'assureur. Ce délai ne peut être inférieur à cinq jours ouvrés* »

843 Article L 113-2 du code des assurances « *Lorsqu'elle est prévue par une clause du contrat, la déchéance pour déclaration tardive au regard des délais prévus au 3° et au 4° ci-dessus ne peut être opposée à l'assuré que si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice. Elle ne peut également être opposée dans tous les cas où le retard est dû à un cas fortuit ou de force majeure.* »

844 Depuis la réforme du 31 décembre 1989, et sous influence de la Commission des clauses abusives durant cette même période, le sinistre est à établir par l'assureur, jusqu'alors la déchéance était acquise sans besoin d'en faire démonstration : Civ 1ere 21 juin 1988 RGAT 1988 558 note KULLMAN

845 Civ 1ere 7 janvier 1997 n° 94-21.869 bull civ I n° 2 - Conformément à l'article 1315 al.2 du Code Civil, c'est à l'assureur qui se prétend libéré d'une partie de son obligation de garantie de rapporter la preuve de la faute de l'assuré.

846 Civ 1ere 11 février 2003 n° 99 -16045

847 LEDUC in GROUDEL (H) « *Responsabilité civile et assurance* » études offertes Litec Lexis nexis 2006p 256

848 CA Montpellier 25 juin 1998 juris-data 1998-11260

849 CA Douai 15 avril 2004 juris-data 2004- 257856

850 CA Paris 19 novembre 2004 juris-data 2004-255992

sur le règlement du sinistre⁸⁵¹. D'un autre côté pour l'avocat, le délai de cinq jours auquel il est soumis reste fort court, même s'il a été revu à la hausse lors de la réforme du texte opéré en 1989, auparavant il était de deux jours. La vigilance de l'avocat est toujours de mise. A noter que « *le simple retard apporté par l'assuré à la transmission des pièces n'entraîne pas déchéance de la garantie, mais seulement, s'il y a lieu, la possibilité pour l'assureur de réclamer une indemnité proportionnelle au dommage que ce retard lui a causé* »⁸⁵². Dans la pratique aucune décision n'a révélé l'opposition par l'assureur de la déchéance du fait de la déclaration tardive de l'avocat⁸⁵³. En effet, les contrats d'assurance responsabilité civile prévoient que l'assureur renonce à invoquer la déchéance pour déclaration tardive des sinistres, à moins que la réclamation revête la forme d'une assignation

2 - Les effets et l'inopposabilité de la déchéance

224. Si l'assuré peut se voir déchu de ses droits, les tiers, du fait de la relativité des contrats sont en principe préservés. Le contrat de garantie de l'avocat demeure donc valable, seul le sinistre et a fortiori l'assuré sont concernés par la sanction. Les dispositions sont très claires à ce sujet puisque l'article R.124-1 du Code des Assurances précise que « *Les polices d'assurance garantissant des risques de responsabilité civile doivent prévoir qu'en ce qui concerne cette garantie aucune déchéance motivée par un manquement de l'assuré à ses obligations commis postérieurement au sinistre ne sera opposable aux personnes lésées ou à leurs ayants droits. Elles ne doivent contenir aucune clause interdisant à l'assuré de mettre en cause son assureur ni de l'appeler en garantie à l'occasion d'un règlement de sinistre.* ».

225. Bien que l'assureur puisse se prévaloir d'une déchéance de garantie à l'encontre de son assuré, il devra indemniser le tiers lésé à l'encontre duquel la déchéance de l'assuré est inopposable. Ainsi, la cour d'appel de Paris a condamné un assureur à indemniser un justiciable, victime de plusieurs détournements de fonds commis par son avocat. Le client, malgré son inattention, n'avait commis aucune faute concourant à son préjudice permettant à l'assureur de décliner sa garantie⁸⁵⁴. Le tiers lésé recevra donc l'intégralité des sommes dues par l'assureur dans les limites de sa garantie. En revanche, après indemnisation de ce dernier, l'assureur pourra exercer un recours contre son assuré. Le principe à retenir est que tant que la

851CA Rouen 29 juin 2004 juris-data 2004- 260877

852Civ 1ere 20 mars 1984, Bull. civ. I n°104 ; RGAT 1984, 408, note BIGOT (J)

853AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* », Dalloz 3ème édition 2015 p. 207

854CA Paris 11 mars 2015 n° 13/04208

disparition de l'aléa n'est pas prouvée le jeu de la garantie et donc de l'indemnisation de la victime est valide.

226. Les sanctions de déchéance n'ont aucun caractère automatique, et doivent être expressément prévue par le contrat. En tout état de cause, la déchéance appelle à des formalités bien précises car « *les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparent.* ». Les juges du fait de ces prescriptions ont fait échec à une déchéance, arguant que « *la Cour d'appel, qui n'a relevé l'existence d'aucune clause de déchéance résultant de la tardiveté de la déclaration de sinistre, n'a pas donné de base légale à sa décision* »⁸⁵⁵. La sanction de déchéance est réputée adaptée à l'objectif de responsabilisation. Non seulement elle a pour effet d'inciter l'assuré à exécuter au mieux ses obligations, mais elle a également l'avantage de préserver les droits de la victime⁸⁵⁶, qui peut exercer directement l'action contre l'assureur⁸⁵⁷

B - Les cas d'exclusion de garantie

La garantie peut également être écartée pour une raison bien plus simple : la commission d'une faute intentionnelle ou dolosive (1) d'autres cas privent encore l'avocat de son assurance (2)

1- La faute intentionnelle ou dolosive de l'avocat

227. En application de l'article L113-1 alinéa 2 du Code des assurances, « *l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive* ». Il en résulte donc une non assurance, du fait de l'exclusion de la faute intentionnelle dans la logique d'indemnisation. En effet ce type de comportement a pour effet de retirer l'aléa au contrat d'assurance, élément oh combien prépondérant. La notion de faute intentionnelle a évolué, elle consistait dans les premiers temps en application de la théorie du « risque bravé », en toute faute lourde. Ainsi un notaire pour « *avoir manqué à ses obligations contractuelles et accepté l'éventualité d'un préjudice a commis une faute intentionnelle* »⁸⁵⁸. Un arrêt de

855Civ. 9 mai 1994 n°92-12990, Bull. civ. I n°168 p.124

856ROBINEAU (M) « *Contribution à l'étude du système responsabilité* » LGDJ 2006 p 174

857Civ 1ere 2 avril 1974 Bull civ I n° 5 RGAT 1975 p 76

858Civ 1ere 10 février 1972, n°70-13.531, Bull. civ. I, n° 45, D. 1972, p. 709, obs. AUBERT (J-L) Y. AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* », Dalloz, 2ème édition, 2015-2016 p. 190.

principe a mis fin à cette logique en précisant que désormais la faute intentionnelle « *implique la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu et non pas seulement d'en créer le risque* »⁸⁵⁹. Les juges du fond recherchent et caractérisent la faute de manière autonome, peu importe la commission d'une infraction pénale⁸⁶⁰ ; par l'intermédiaire de deux éléments⁸⁶¹ : la faute intentionnelle suppose d'une part que l'assuré a voulu l'action ou l'omission génératrice du dommage mais encore le dommage lui-même⁸⁶², et ce tel qu'il s'est réalisé⁸⁶³. Les juges ont très précisément qualifié la faute comme intentionnelle sur ce dernier critère et ce à plusieurs reprises : « *par ces constatations et énonciations qui implique que maître Y avait l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision* »⁸⁶⁴. S'agissant de la volonté de provoquer le dommage, la jurisprudence a établi quelques exemples dont le fait pour un avocat « *de laisser prescrire l'action de son client par oubli, voire par négligence, mais aussi... de le tromper sciemment par ses déclarations mensongères lui laissant croire que la procédure est en cours, a l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu. En application de l'article L.133-1 du Code des assurances il convient dès lors de le débouter de sa demande tendant à voir condamner son assureur à le garantir des condamnations prononcées contre lui* »⁸⁶⁵. Les juges du fond ont le pouvoir souverain d'appréciation quant au caractère intentionnel de la faute⁸⁶⁶, ceci dans les limites de la définition apportée par la Cour de cassation⁸⁶⁷. En pratique, il existe dans ces hypothèses peu de décision se fondant sur le comportement intentionnel de l'avocat pour exclure la garantie

228. Autre exemple consacré plus courant: la violation du secret professionnel. Celle ci est systématiquement assimilée a une faute intentionnelle, dans la mesure où l'avocat livre délibérément des informations, ce qu'il sait contraire à ses obligations déontologiques. Il a donc connaissance du caractère illicite, dolosif de son comportement, ce qui constitue bel et bien une faute intentionnelle. Ainsi, un avocat dont la responsabilité civile est recherchée par un ancien client ne peut, pour se défendre, produire un certificat médical concernant l'état de santé de ce dernier⁸⁶⁸.

859Civ. 2ème 18 mars 2004, n°03-11.573, Bull. civ. II, n°130, D. 2005, p. 1317 observations GROUDEL (H)

860Civ 1ère 6 avril 2004, n°01-03.493, RGDA, 2004, p. 370, observations KULLMAN (J)

861GROUDEL (H) RCA, 2005, comm. 370

862Civ 1ère 28 avril 1993, RGAT 1994, 234, note REMY

863Civ 2° 23 septembre 2004, Bull. civ. II, n°410

864Civ 2° 24 mai 2006, n°03-21.024

865Civ 2e 1er juillet 2010 n°09-14884 D. 3 février 2011 n°5 note AVRIL

866Civ 1° 4 juillet 2000 JCP 2000 I 303 n° 7 KULLMANN

867Civ 2° 18 mars 2004 et 6 avril 2004 RGDA 2004 p 370 note KULLMANN

868Civ 1ère 28 juin 2012 n° 11-14-486

229. Par ailleurs, selon l'article L. 112-6 du Code des assureurs « *l'assureur peut opposer au porteur de la police ou au tiers qui en invoque le bénéfice les exceptions opposables au souscripteur originaire* ». Ce principe est d'ordre public, il a pour conséquence d'opposer à la victime les causes d'exclusion de garantie. Les juges l'ont rappelé récemment : « *une Cour d'appel, qui estime qu'un assureur ne peut opposer une clause d'exclusion contenue dans une police responsabilité civile d'un avocat alors qu'elle était applicable à l'espèce et opposable au client, a violé l'article L. 112-6 du Code des assurances* »⁸⁶⁹. Il est constant que l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré⁸⁷⁰, encore faut-il qu'il en rapporte la preuve⁸⁷¹.

2 - Les autres cas d'exclusion de garantie

230. Lorsque le dommage porte sur une contestation relative aux honoraires, l'assureur n'est pas tenu à garantie. Très souvent cette exclusion est inscrite dans les contrats d'assurance. L'article 174 du décret du 27 novembre 1991 prévoyant une procédure spéciale en matière de contestation d'honoraires, cette procédure « *ne s'applique qu'aux contestations relatives au montant et au recouvrement des honoraires des avocats, ce dont il résulte que le Bâtonnier, et, sur recours, le premier président n'ont pas le pouvoir de connaître, même à titre incident, de la responsabilité de l'avocat à l'égard de son client résultant d'un manquement à son devoir d'information sur les conditions de sa rémunération* »⁸⁷². Cette jurisprudence est d'application constante⁸⁷³. L'arrêt cité n'est qu'un exemple parmi d'autre, il permet d'illustrer la différence entre un litige ayant trait à la contestation d'honoraire fondée sur l'article précisé ci dessus, et la responsabilité résultant d'un manquement au devoir d'information de l'avocat sur les conditions de sa rémunération. Au delà d'une différence c'est surtout le caractère individuel de chacun de ces deux points qui est rappelé par les juges permettant l'exclusion de la contestation d'honoraires du domaine de responsabilité civile traité. L'étanchéité des deux contentieux est rappelée régulièrement par la Haute juridiction⁸⁷⁴. Il existe un autre cas de figure proche, exclu du champ d'application de la responsabilité civile : il s'agit de la responsabilité pécuniaire de l'avocat encore appelée l'obligation du croire. Cette responsabilité n'est pas couverte par l'assurance obligatoire de responsabilité civile

869Civ 2eme 30avril 2014, n13-16.557, RGDA, 1er juin 2014, n°6, p. 355, observations. MAYAUX (L)

870CA Pau 1ère Ch. 24 mars 2009, RG n°07/00547

871Civ 1ere 15 janvier 1991, Resp. civ. et assur. 1991, comm. 153

872Cass. 24 octobre 2013, n° 12-27.841

873Civ 1ere 29 février 2000 n°97-17.487, D. 2000 IR p.80 – Civ 2eme 8 mars 2006 n°03-17.471 Lamyline

874Civ 2eme 11 juin 2015 n° 13-27987 précité

puisqu'il s'agit d'une responsabilité sans faute⁸⁷⁵, dans ce cas toute condamnation sera supportée personnellement par l'avocat.

231. Par ailleurs, pour que la victime soit indemnisée elle doit entrer dans le cadre des conditions de souscription du contrat d'assurance. Les conditions tenant à la qualité d'assuré, qui n'est autre que l'avocat ont été évoquées. La personne pour qui la police est indirectement souscrite, soit le tiers lésé, est également soumise à une condition spécifique. En effet, celui qui subit le dommage doit avoir la qualité de tiers au regard des dispositions du contrat d'assurance. Or certaines personnes ne peuvent être considérées comme tel. L'assuré bien évidemment est exclu. De même, le conjoint de l'avocat, ses ascendants, ses descendants, mais également ses associés dans l'exercice de leur activité professionnelle commune, ses collaborateurs et préposés, les représentants légaux de l'assuré personne morale, lorsqu'il s'agit d'une structure d'exercice de groupe, ainsi que leur conjoint, ascendants et descendants, sont évincés. A défaut de qualité de tiers, le concerné ne pourra être indemnisé.

232. Enfin, la demande doit se faire dans les délais prescrits. L'assureur est en droit de refuser sa garantie en invoquant la prescription de l'action de l'assuré. En effet, selon l'article L. 114-1 du Code des assurances « *toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance* ». La prescription est donc biennale et court à compter du constat de la défaillance de l'avocat.

875Civ 14 novembre 2013 n° 12-28763

CHAPITRE II- L'ACTION EN RESPONSABILITE CONTRE L'AVOCAT

233. Très souvent, le souhait d'agir contre un avocat a pour origine une déception. Mais, le client ne peut tenir pour responsable son conseil quand une décision de justice rendue ne lui convient pas. D'ailleurs, pour HEBRAUD, l'action en justice contre l'avocat est un « *mode indirect de liaison du contentieux* »⁸⁷⁶. L'action est ouverte à condition : la faute ou la négligence de l'avocat doit avoir entraîné l'impossibilité définitive pour la victime de faire valoir ses droits. Elle doit également avoir épuisé toutes les voies de recours, sans quoi il est inconcevable de prétendre au caractère irrattrapable du préjudice. En effet, « *le préjudice n'est pas certain tant que le créancier ne démontre pas avoir épuisé les voies de droit dont il disposait pour obtenir le remboursement de la dette et qui préexistaient à la faute commise par le professionnel* »⁸⁷⁷, plus précisément les voies de droit originaire. L'action en responsabilité engagée contre l'avocat ne peut être mise en oeuvre qu'autant qu'il a été statué sur la demande principale et que les voies de recours ont été purgées⁸⁷⁸. De plus, le justiciable lésé ne doit pas s'enrichir par une action intentée contre son avocat. Il n'obtiendra réparation que si le préjudice est réel. L'indemnisation ne devant résulter qu'à une remise à niveau et non à un quelconque gain au surplus, au bénéfice du justiciable. Par ailleurs, la responsabilité de l'avocat n'a pas un caractère subsidiaire. Ce qui signifie que celui-ci ne pourrait s'exonérer de sa responsabilité au motif que la victime peut obtenir réparation de son préjudice auprès d'un tiers. La mise en oeuvre de la responsabilité professionnelle de l'avocat n'est pas « *subordonnée à une poursuite contre d'autres débiteurs* »⁸⁷⁹. De même « *le dommage subi par une personne par l'effet de la faute d'un professionnel, alors même que la victime disposerait, contre un tiers, d'une action consécutive à la situation dommageable née de cette faute et propre à assurer la réparation du préjudice* »⁸⁸⁰, il en ressort que l'avocat « *est non un garant mais un responsable à part entière* »⁸⁸¹.

L'action en responsabilité civile contre l'avocat peut revêtir deux formes (S1), elle pourra aboutir de plusieurs manières selon le cas de figure choisi (S2)

876HEBRAUD RTD civ 1963 607 in AVRIL « *La responsabilité des avocats* » Dalloz 2008 p 65

877Brière (C) « *La certitude du préjudice dans la responsabilité des professionnels du droit* », Resp. et ass. Juillet 2004, n° 7 étude n° 17 in yvesavrill.com

878Civ 1ere 16 janvier 2013, n° 11-24250

879Civ 1ere 5 février 1991, Bull. civ. 1991, I, n°46

880Civ 1ere 6 avril 2004 n°01-14434

881TGI Toulon 2 avril 2009, RG n°05/00951

Section I- LES DIFFERENTS MODES D'ACTION CONTRE L'AVOCAT

La victime des agissements d'un avocat demandera souvent la réparation du dommage qu'elle estime avoir subi, et pour ce faire, mettra en cause sa responsabilité. Cette démarche se matérialise par une réclamation, ou le justiciable lésé exprime clairement l'intention de faire valoir ses droits. C'est cette réclamation qui constitue aux yeux des assureurs le sinistre, il est donc évoqué indifféremment les termes de réclamation ou déclaration de sinistre. L'action peut s'exercer sous forme de réclamation amiable ou judiciaire (§1), dans le second cas, la procédure est soumise à des règles de compétence particulières (§2)

Paragraphe I- La réclamation amiable et la déclaration de sinistres devant les tribunaux.

Sera évoquée en premier lieu la réclamation amiable (A) puis, la déclaration du sinistre effectuée par devant la justice (B)

A - La réclamation amiable

La réclamation amiable passe par l'intermédiaire du Bâtonnier et des commissions ad hoc (1) ainsi que des sociétés de courtages de Barreau (2)

1 - Le rôle du Bâtonnier et des commissions ad hoc

234. Si le Bâtonnier, conformément aux dispositions de l'article 21 al 2 de la loi du 31 décembre 1971 est investi d'une mission d'instruction des réclamations ; d'autant que selon l'article 163 du décret du 27 novembre « *tout avocat qui fait l'objet d'une action judiciaire en dommages et intérêts en raison de son activité professionnelle doit en informer sans délai le Bâtonnier* », force est de constater qu'il délègue très souvent cette activité à la commission ad hoc de son Barreau. Son rôle est donc de principe en la matière, ce qui est aisément compréhensible étant donné le nombre de missions dévolues au Bâtonnier. Cette commission ad hoc est composée de membres du Conseil de l'Ordre et d'avocats qui le souhaitent, et est instituée comme son nom l'indique en vue de répondre ponctuellement aux réclamations. En effet, le rôle de cette commission est d'instruire les réclamations qui lui sont adressées, elle procède donc à une appréciation du bien fondé des demandes et du sinistre qui lui est

présenté. Si ces demandes sont retenues, la commission saisit soit l'assureur qui indemnise grâce aux cotisations versées du fait du contrat de police d'assurance, ou bien la Société de courtage des Barreaux, si celle-ci assure le Barreau de l'avocat concerné. En cas de rejet de ses demandes, le plaignant est informé.

2 - La Société de courtage des Barreaux et la commission sinistres

235. La Société de courtage des Barreaux ou SCB, premier courtier français pour l'assurance de responsabilité civile professionnelle des Barreaux de province, a été créée le 21 septembre 2001, lors d'une assemblée générale rassemblant la Conférence des Bâtonniers et cinquante trois Barreaux. Son existence est due à la volonté d'une part de regrouper les Barreaux au sein d'une entité unique, mais également de disposer d'un outil permettant une certaine indépendance de la profession vis-à-vis des problèmes d'assurances. Ainsi, faisant concurrence aux assureurs « classiques », la prime moyenne en matière d'assurance de non représentation des fonds est passée de 230 euros à moins de 80 euros, par avocat en 2005⁸⁸², et désormais, en plus de gérer les contrats responsabilité civile professionnelle, la SCB prend en charge les assurances de non représentation de fonds. Fondamentalement, son but est de préserver l'image de la profession en évitant la banalisation des contentieux judiciaires en responsabilité civile professionnelle, et de permettre à l'assureur qui doit ses garanties d'être en mesure de prendre position rapidement et efficacement avec en mains un dossier complet et un avis circonstancié.

236. Dans le cas où la SCB serait saisie suite à l'enquête de la commission ad hoc, c'est plus précisément la commission sinistres de la SCB composée de juristes consultants, d'avocats spécialisés, de professeurs d'université et d'anciens magistrats qui prend le dossier en main. Ces professionnels sont indépendants et rendent un avis le plus objectivement possible. Cet impératif de neutralité passe par l'examen de la réclamation que le plaignant doit adresser et des pièces qu'il jugera utiles. De la même façon, les correspondances échangées entre l'avocat et son client ainsi que son dossier sont examinés, sans que la confidentialité ne puisse être opposée, ou reprochée par ailleurs⁸⁸³, et ce en dépit des dispositions de l'article 66 -

882«BRAUNSCHWEIG (J-M) – DEMAISON(J) : Direction scientifique « *Profession avocat- Le guide* » Edition Lamy 2011 précité p 33

883Article 2-1 al. 3 du RIN : «*Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel* ». Article 4 du décret du 12 juillet 2005 : « *Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou*

5 de la loi du 31 décembre 1971⁸⁸⁴. L'avocat mis en cause est entendu par la commission, il fait état du mandat dont il était investi, de la procédure, afin que la réalité des manquements reprochés puisse ou non être révélée. Par la suite, l'avis de rejet est transmis à l'auteur de la réclamation ou à son avocat. Celui estimant que la responsabilité de l'avocat peut être discutée est communiqué à l'assureur du Barreau concerné, une offre transactionnelle peut alors être proposée au réclamant ou à son avocat qui décide alors de la suite à y donner, il recourt parfois à la procédure judiciaire que la commission l'ait ou non contacté.

B - La déclaration de sinistres devant les tribunaux

La réclamation judiciaire sous entend que le client s'estimant lésé va saisir la justice que l'avocat ait été assigné, ou non, il existe à ce titre une conduite à tenir pour ce dernier (1) notamment s'il veut assigner en responsabilité un confrère (2)

1 - La conduite à tenir lors d'un sinistre

237. L'article 163 du décret du 27 novembre 1991 commande que l'avocat doit informer sans délai le Bâtonnier dès réception d'une assignation. Une copie du dossier litigieux doit lui être transmise, ainsi qu'à la SCB. A coté de cette première démarche, et conformément à l'article L113-2 al 4 du Code des assurances l'assuré doit « *donner avis à l'assureur, dès qu'il en a connaissance, et au plus tard dans le délai fixé au contrat, de tout sinistre de nature à entraîner la garantie de l'assureur. Ce délai ne peut être inférieur à cinq jours ouvrés* ». La SCB une fois saisie des faits permet l'identification de l'assureur en garantie, celui la même qui dispose de la direction du procès et donc du choix de l'avocat qui interviendra en défense. L'assuré ne peut se voir imposer un avocat, il a la liberté de le choisir, et aucune clause du contrat ne doit porter atteinte à ce libre choix. Ce principe a d'ailleurs été rappelé par la CJUE⁸⁸⁵. Néanmoins, la possibilité pour l'assureur d'insérer des clauses avec franchises ou limitation de plafond de remboursement a un impact sur le choix dans la désignation du défenseur. Cette pratique a pourtant été jugée conforme par les juges, estimant qu'il n'y a pas

de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel ».

884Article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 déc. 1971 : « *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* »

885CJUE 26 mai 2011 aff C-293/10 Stark Gaz pal 29-30 juillet 2011 p 35 note CERVEAU

fondamentalement atteinte à la liberté de l'assuré de choisir son avocat⁸⁸⁶. L'étape de déclaration de sinistre auprès de l'assureur est importante, en 2008 M. AVRIL énonçait dans son ouvrage⁸⁸⁷ qu'un avocat déclare en moyenne un sinistre tous les vingt ans, cela ne correspond pas forcément à un faible nombre d'incidents, en effet certains professionnels omettent sciemment ou non de collaborer avec leur assureur. Beaucoup d'entre eux ignorent le nom de leur compagnie d'assurance et le montant de la garantie souscrite. Or, la déclaration tardive d'un sinistre est sanctionnée par la déchéance. Les conséquences financières en découlant peuvent être supportables pour de grandes structures ou cabinets prestigieux, mais cela s'avère beaucoup moins exact pour un professionnel exerçant individuellement, ou dont l'activité est plus modeste.

238. Pour sensibiliser les avocats et mettre à leur disposition des recommandations en terme de conduite à tenir en cas de sinistre, certains documents tels que le *Bulletin du Barreau de Paris* ou *Maitres* diffusent jurisprudence et commentaires des décisions rendues, analyse et mises en garde. Il est également recommandé aux professionnels de ne pas reconnaître leur responsabilité, que ce soit lors du sinistre, ou avant l'intervention de l'assureur, cet « aveu » ayant très souvent pour effet de se retourner contre eux. L'avocat une fois mis en cause par son client doit s'en référer aux autorités compétentes évoquées, et se garder de correspondre avec le justiciable à ce sujet, même s'il pense de cette manière apaiser une situation de conflit. Toutefois, si l'assuré ne respectait pas ces indications, la reconnaissance de responsabilité n'est pas opposable à l'assureur⁸⁸⁸, elle a même été source de déchéance. Par conséquent, si ce dernier arrive à se dégager, l'avocat supportera seul les indemnités fixées par le juge⁸⁸⁹.

2 - La recherche en responsabilité d'un confrère

239. Si le professionnel mis en cause souhaite rechercher la responsabilité d'un confrère et l'assigne en ce sens, estimant que sa propre responsabilité peut être partagée voire tempérée, le Bâtonnier doit en être informé, et ce en vertu de son pouvoir disciplinaire et de conciliation. Ce dernier à son tour devra informer le Bâtonnier de l'avocat mis en cause s'il n'appartient pas au même Barreau. Certains RIN prévoient une action conciliatrice des bâtonniers, comme

886Civ 1ere 15 juillet 1999 n° 97-10 725 Bull civ 233 D 2000 somm 343 obs BONNARD

887AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » dalloz 200 ! précité p 187

888Article L 124-2 du code des assurances « *L'assureur peut stipuler qu'aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction, intervenues en dehors de lui, ne lui sont opposables. L'aveu de la matérialité d'un fait ne peut être assimilé à la reconnaissance d'une responsabilité.* »

889Civ 2eme 10 mars 1977 RTD civ 1977 p 502 obs DURRY

c'est le cas pour le Barreau de Paris⁸⁹⁰. En outre, il appartient au Bâtonnier de veiller sur d'éventuels manquements déontologiques notamment en application des articles 9-3 al1 du RIN et 19 al1 du décret du 12 juillet 2005 selon lesquels : « *Sauf accord préalable du Bâtonnier, l'avocat qui accepte de succéder à un confrère ne peut défendre les intérêts du client contre son prédécesseur* ». La délicatesse, la confraternité et la courtoisie s'opposent par principe à ce genre de pratique, mais aucune règle n'interdit véritablement à un avocat de plaider contre l'un de ses confrères, de sorte que seule l'autorité qu'incarne le Bâtonnier peut y remédier. S'il n' y a jamais eu de client en commun entre les deux avocats, l'autorisation du Bâtonnier n'est pas requise, une simple communication préalable en vue de l'informer suffit⁸⁹¹.

En plus de ces prescriptions, l'action civile intentée contre l'avocat est soumise à des règles de compétence.

Paragraphe II - Les règles de compétence

Les règles de compétence sont de deux nature, elles concernent le lieu (A) comme le temps (B)

A - Les règles de compétence territoriale

Il existe des règles de principe (1) et d'autres plus spécifiques (2) en matière de territorialité.

1 - Les règles de principe

240. L'article 26 de la loi du 31 décembre 1971 dispose que « *les instances en responsabilité civile contre les avocats suivent les règles ordinaires de procédure* ». Ainsi, pour déterminer la compétence matérielle de la juridiction apte à connaître d'une action en responsabilité civile à l'encontre d'un avocat, il suffit de se reporter aux règles de droit

⁸⁹⁰Article 74-1 titre 6 règlement intérieur du Barreau de Paris : « *Tout acte judiciaire, extra judiciaire ou lettre en tenant lieu, établi par un avocat ou sur ses instructions et dirigé contre un avocat ainsi que contre tout membre du corps judiciaire, un magistrat, un membre du gouvernement, un officier ministériel, un auxiliaire de justice, un expert judiciaire ou les mettant en cause et ce, quelle que soit la forme juridique sous laquelle ces derniers exercent, doit être préalablement communiqué au Bâtonnier pour son information sur d'éventuels manquements déontologiques et permettre, le cas échéant, une tentative de conciliation ou de modération d'expression. L'avis du Bâtonnier ou son invitation à la conciliation ne constitue ni une autorisation, ni une décision, ni une approbation, mais une recommandation que l'avocat est en droit d'écarter, sauf à répondre de tout manquement aux principes essentiels* »

⁸⁹¹CNB comm RU avis n°2004-072 3 mai 2004

commun⁸⁹². Par conséquent, « *le tribunal de commerce n'est pas compétent pour connaître des litiges relatifs aux droits et prérogatives de la profession d'avocat* »⁸⁹³. La juridiction compétente pour juger de l'action en responsabilité d'un avocat est donc la juridiction civile. L'évaluation du montant de la demande permet de déterminer la compétence du juge de proximité, du tribunal d'instance ou du tribunal de grande instance, de sorte que l'avocat est considéré comme un justiciable ordinaire et aucune particularité ne lui est reconnue par le droit processuel.

241. Plus précisément, l'article 42 CPC al. 1 prévoit que le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel demeure le défendeur à l'action en responsabilité civile. S'agissant de l'avocat⁸⁹⁴ c'est le lieu de sa résidence professionnelle qui permettra de déterminer le tribunal de grande instance compétent auprès duquel il exerce l'activité de postulant ; en matière délictuelle, le tiers peut agir devant la juridiction du lieu du fait dommageable. En cas de pluralité de défendeur, le demandeur peut saisir, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux.

Il existe néanmoins des exceptions à l'application des règles classiques telles qu'exposées.

2 – Les règles spécifiques

242. Il existe une spécificité dans la mesure où la Cour de cassation et le Conseil d'Etat disposent d'un pouvoir de pleine juridiction pour statuer sur l'action en responsabilité civile dirigée contre un avocat aux conseils⁸⁹⁵. N'étant pas liées par l'avis du Conseil de l'Ordre, et ne le suivant pas toujours⁸⁹⁶, les juridictions suprêmes statuent en premier et dernier ressort comme de véritables juges du fond dans le cadre d'un débat contradictoire. Pour la Cour de cassation, cette procédure spécifique ne méconnaît pas les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme, en dépit de l'absence de recours contre les décisions rendues en la matière, le double degré de juridiction ne figurant pas au nombre des droits garantis par la Convention⁸⁹⁷.

892SLIM (H) « *Les responsabilités professionnelles, les professionnels de la justice* » in LAMY Droit de la responsabilité, n°432-70

893CA Paris 29 octobre 1997, D. aff. 1998

894Article 5 al 2 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971

895Cass. Avis 25 sept. 2000, n°02020011, Bull. civ. avis, n°8 ; Resp. civ. et assur. 2001 chr.n°3 GROUDEL (H) n°17

896Civ 1ere 9 novembre 1999, n°98-17.369 Resp. civ. et assur. Juin 2002, Hors série comm. n°92

897Cass. Avis 25 septembre 2000, n°02020011

243. Par ailleurs, l'exception de l'article 47 du Code de procédure civile est celle du bénéfice d'extranéité. Elle permet que « *lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige qui relève de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe* »⁸⁹⁸. L'alinéa 2 du même article ajoute que « *le défendeur ou toutes les parties en cause d'appel peuvent également demander le renvoi devant une juridiction choisie dans les mêmes conditions* ». L'avocat fait partie des auxiliaires de justice visés par le texte. Pour que ce texte lui soit appliqué, il doit être en exercice au moment où l'exception de procédure est soulevée⁸⁹⁹.

244. De plus il doit en même temps qu'il demande l'application de ce texte faire état de toutes les autres exceptions possibles, conformément à l'article 74 du CPP exigeant que toutes les exceptions soient soulevées simultanément. Si cette disposition n'est pas respectée, le professionnel ne pourra plus se targuer d'une exception en nullité postérieurement à sa première demande, surtout si cette nouvelle prétention est un subterfuge pour différer la résolution du litige⁹⁰⁰. En l'espèce, un avocat gérant d'une société commerciale, avait été assigné par celle-ci en réparation du préjudice résultant des fautes qu'il avait commises dans l'exécution de ce mandat. L'assignation avait été délivrée devant le Tribunal de commerce de Paris. Au visa de l'article 47 du CP, l'avocat avait soulevé l'incompétence de cette juridiction au profit d'un autre tribunal de commerce et la compétence de celui de Pontoise avait été retenue. Devant cette juridiction l'avocat soulevait une nouvelle exception d'incompétence au profit du Conseil de prud'hommes. La Cour de Versailles, approuvée par la Cour de cassation, a rejeté la demande de l'avocat. A partir du moment où celui-ci n'avait pas contesté initialement la compétence du tribunal de commerce, il ne pouvait ultérieurement soulever l'incompétence. L'article 74 du CPC exige en effet que toutes les exceptions soient soulevées en même temps. Le bénéfice d'extranéité est une simple faculté et le juge ne peut l'appliquer d'office⁹⁰¹. Cependant, il ne peut rejeter une demande de renvoi fondée sur l'article 47 du Code de procédure civile dès lors que les conditions d'application sont remplies⁹⁰². Les avocats aux conseils n'étant pas des auxiliaires de justice au sens de l'article 47 du Code de procédure civile, ils ne se voient pas appliquer ce bénéfice d'extranéité. En revanche, le Bâtonnier, en sa qualité de représentant légal de l'Ordre et d'auxiliaire de justice, peut

898Civ 2 29 janvier 1992 n°90-17 911 Bull civ II n°36 D 1994 somm 133

899Civ 3ème 18 janvier 1995 n°93-10.052, Bull. civ. III n°20

900Civ 2ème 26 juin 2014 n° 13-20396

901CA Nîmes 14 février 1979, D. 1980, IR, p.108

902Civ 2ème 6 janvier 2012, n° 10-27998

bénéficiaire de ce privilège de juridiction⁹⁰³

B - Les règles de compétence de temps

245. « *De toutes les institutions de droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social* »⁹⁰⁴; tels étaient les propos du juriste Bigot de PREMANEU un des rédacteurs du Code civil. En effet, à défaut de prescription, nombreuses dettes pourraient être dues plusieurs fois. La prescription poursuit donc un but légitime, celui de la sécurité juridique notamment des particuliers, et fait partie des points de règles de compétence de temps qui régissent l'action exercée contre l'avocat. Il existe deux sortes de prescription : la prescription extinctive, selon l'article 2219 C.civ, mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps ; puis la prescription acquisitive qui n'intéresse pas le droit des obligations.

La réforme opérée en 2008 souhaitait un droit de la prescription plus simple et moins éparpillé. Pour ce faire, il fut procédé à une modification du délai de prescription (1) en matière civile. L'action se prescrivant à partir d'un point de départ précis (2)

1 - L'apport de la loi de 2008

246. La loi n° 89-906 du 19 décembre 1989 prévoyait par le biais de l'article 2277-1 du Code civil que « *l'action dirigée contre les personnes légalement habilitées à représenter ou assister les parties en justice à raison de la responsabilité qu'elles encourent de ce fait se prescrit par 10 ans à compter de la fin de leur mission* ». Cette prescription aboutissait à qualifier la nature de la responsabilité civile de l'avocat comme délictuelle⁹⁰⁵. L'avocat rédacteur d'actes consultant ou exerçant au titre de ses activités juridiques était pour sa part soumis à la prescription trentenaire du fait de l'article 2262 C.civ⁹⁰⁶.

903Civ 2ème 18 octobre 2012, n°11-22.374

904FENET (P-A) « *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* » Tome quinzième Paris 1827 p 573

905Civ 1ère 5 mai 2004, n° 01-15.925, Juris-Data n° 2004-023489 ; Bull. civ. 2004, I, n° 126 ; JCP G 2004, IV, 2290

906Article 2262 C.civ présent totalement modifié « *Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi* »

247. Ce double régime de prescription était loin d'être idéal, car morcelant inutilement les activités de l'avocat et scindant davantage les activités juridiques et judiciaires. Plusieurs auteurs ont réfléchi aux modifications souhaitables⁹⁰⁷. Entendant ces critiques, la commission des lois du Sénat a constitué une mission d'information « *pour un droit de la prescription moderne et cohérent* »⁹⁰⁸, aboutissant à une réforme de la prescription en matière civile grâce à la loi du 17 juin 2008.

248. La loi a simplifié le régime des prescriptions concernant les professionnels du droit, qu'il s'agisse des actions effectuées par eux (ce cas ne sera pas étudié ici) ou contre eux. La particularité cependant est que, bien que les délais aient été globalement unifiés et diminués, certaines exceptions demeurent. Ainsi le régime diffère selon que l'activité concernée soit de nature juridique ou judiciaire. Dans le premier cas, sous entendu un litige afférent à la mission de conseil, de rédaction d'acte, et ce en dehors de toute procédure, les actions engagées contre le professionnel sont soumises à la prescription de droit commun soit cinq ans, et se fonde sur l'article 2224 du Code civil. Avant la loi de 2008, l'action pouvait se prescrire en trente ans, sur la base de l'article 2262, ou dix ans, sur la base de l'article 2270-1, selon le fondement retenu par les juges. Récemment, les juges ont rappelé « *qu'une action en responsabilité dirigée contre une SELARL d'avocats au titre de son activité de conseil et de rédaction d'acte, même lorsqu'elle est exercée sous la forme d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée, relève de la prescription contractuelle de droit commun, soit depuis l'entrée en vigueur de la loi nouvelle de 2008, d'une prescription quinquennale de l'article 2224 du Code civil* »⁹⁰⁹.

249. A coté, l'article 2225 consacre une prescription d'un délai de cinq ans également, pour les activités d'assistance et de représentation en justice, et ce peu importe la faute commise. Avant la réforme, il y avait lieu de distinguer : la prescription était de cinq ans en cas de méconnaissance de l'obligation de conservation des pièces en vertu de l'article 2276 du Code civil, puis elle était rallongée à dix ans en cas de manquement dans le cadre de la mission de

907BENABENT (A) « *Le chaos du droit de la prescription* » in Mélanges dédiés à BOYER (L) Toulouse 1996, p.123 et s. ; BENABENT (A) « *Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive* » Dalloz 2007 p.1800 ; FAUVARQUE-COSSON (B) « *Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive* » RDC n°3, juill. 2004 p.801 ; LASSERRE-KIESOW (V) « *La prescription, les lois et la faux du temps* » JCP N n°198 7 mai 2004, p. 1225 in ANCEL (F) « *La loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile* » Gaz Pal. 11 et 12 juillet 2008, doct. p.2

908« *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent* » Les rapports du Sénat, n°338

909Civ 1ere 9 avril 2015 n° 14-13323

représentation, sur la base de l'article 2277-1 du même Code.

Désormais en plus d'unifier le délai de prescription, la réforme permet une lecture plus aisée des dispositions grâce à un texte unique. Si désormais, la prescription de l'action en responsabilité à l'encontre d'un avocat est fixée à cinq ans, et ce quelle que soit son activité. Ce qui concerne le point de départ de celle-ci n'est en revanche pas si simple, dans la mesure où il diffère selon les cas envisagés.

2- Le point de départ du délai de prescription

250. Comme sous l'égide de l'ancienne loi, il convient de différencier selon la nature de l'activité remise en cause, en cela la réforme apparaît peu aboutie, puisqu'elle n'a solutionné qu'un seul problème sur deux. Si la loi prévoit que les parties peuvent contractuellement aménager la prescription⁹¹⁰, ceci est interdit dans les contrats conclus entre un professionnel et un particulier, et ce dans le but évident de ne pas déséquilibrer le contrat au bénéfice du professionnel avisé. Il faut donc se fier aux textes de la loi de 2008.

251. S'agissant des activités juridiques, l'article 2224 du Code civil prévoit que « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». La généralité si ce n'est l'imprécision de ce contenu amène irrémédiablement à s'interroger sur ce en quoi consiste « *la connaissance des faits donnant naissance à un droit* », expression d'ailleurs reléguée par l'article 2232 nouveau Code.civ. al.1⁹¹¹. Il appartiendra à la jurisprudence d'éclairer ce point.

252. Concernant cette fois-ci les activités judiciaires de l'avocat, l'article 2225 du Code civil dispose que « *L'action en responsabilité dirigée contre les personnes ayant représenté ou assisté les parties en justice, y compris à raison de la perte ou de la destruction des pièces qui leur ont été confiées, se prescrit par cinq ans à compter de la fin de leur mission* ». C'est donc le moment de la fin de la mission qui sert de base et permet de faire courir la prescription. Celle-ci doit donc être précisément matérialisée, sans quoi le client peut faire valoir la méconnaissance de son droit comme cause d'impossibilité d'agir. Monsieur AVRIL sur ces considérations énonce que « *de façon préventive, on ne saurait trop attirer l'attention des*

910 Article 2254 al. 1 C.civ. : « *La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans* »

911 Article 2232 nouveau, C.civ al. 1 : « *Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit* »

*avocats sur l'utilité de formaliser la fin de la mission, par exemple en écrivant au client, en lui restituant les pièces du dossier avec une lettre circonstanciée »*⁹¹².

253. Cette notification se fera idéalement sous forme de recommandé ou de remise contre reçu⁹¹³. A défaut de révocation du mandat, la fin de la mission est définie à l'article 420 du CPC comme étant l'exécution du jugement. Sur cette base la jurisprudence devrait donc rester la même à celle applicable à l'ancien article 2277-1 du Code civil. Ainsi, l'appel met fin au mandat constitué en première instance, de même que l'arrêt définitif des activités de l'avocat⁹¹⁴. Quoi qu'il en soit, pour les activités judiciaires, le point de départ du délai de prescription en matière de responsabilité d'un avocat est la date de la fin de sa mission et non pas celle du jour où le dommage s'est révélé⁹¹⁵. A partir du moment où la CA, au vu des éléments qui lui sont soumis, fixe la fin de la mission, le délai de cinq ans commence à courir

254. Par ailleurs, lorsque le litige est né sous l'application de loi ancienne, mais que l'action en responsabilité est engagée après ou dès application de la loi nouvelle, le point de prescription commence à courir au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Dès lors, *« en considérant que l'action dirigée contre le cabinet d'avocats Juristes et Conseils associés, en raison de la rédaction des contrats d'apport de titres des 8 janvier et 30 octobre 1996 et des conseils donnés à l'occasion de la rédaction de ces actes, est irrecevable comme prescrite, après avoir fixé le point de départ du délai de prescription au 31 mai 1999 et constaté que les époux X... ont assigné la société Juristes et Conseils associés le 2 février 2011, la Cour d'appel a violé l'article 2224 du Code civil »*⁹¹⁶. En l'espèce, les juges du fond avaient pris pour point de départ du délai de prescription les actes litigieux rédigés par l'avocat rédacteur d'acte. La Cour de cassation exerce sa censure, apportant une précision indispensable dans le cas de situations mêlant loi ancienne et dispositions nouvelles. Le client bénéficie d'un avantage non négligeable puisque le délai de prescription est retardé dans le temps, ce qui lui permet d'engager la responsabilité du professionnel visé.

912Civ 2^e 16 novembre 2006 n° 05 -19.064

913CNB comm RU avis n°2010-027 17 mai 2010

914Civ 1^{ere} 30 janvier 2007 n° 05-10.707

915Civ 1^{ere} 14 novembre 2012 n° 11-24396

916Civ 1^{ere} 9 avril 2015 n° 14-13323 précité

Section II- L'ABOUTISSEMENT DE L'ACTION EN RESPONSABILITE CIVILE.

Qui est responsable de la mort d'ICARE ? Minos qui l'a enfermé dans le labyrinthe, Dédale qui confectionna les ailes, est-ce le soleil qui a fait fondre ses ailes ou Icare qui avait trop présumé de ses capacités ? L'action en responsabilité ne présume pas irrémédiablement de la condamnation de l'avocat, celui ci peut être exonéré ou partager ses torts (§1). Il peut aussi être condamné, ce qui donnera lieu au règlement des sinistres (§2)

Paragraphe I - Exonération et partage de responsabilité.

Seront étudiés ici quelques cas d'exonération voire de limite de responsabilité (A) ainsi que l'hypothèse du partage de responsabilité (B)

A- Les cas d'exonération et de limitation de responsabilité.

255. L'avocat peut être totalement exonéré (1) voire partiellement condamné en application de clause limitative de responsabilité (2)

1 – Le cas d'exonération totale.

256. C'est comme indiqué préalablement, dans le cas où un élément constitutif du régime de responsabilité civile viendrait à manquer, que le professionnel pourra être exonéré. Encore faut-il bien sur, que le client ait mandaté l'avocat pour qu'il œuvre dans son intérêt, et selon les cas de manière précise⁹¹⁷. En absence de l'existence d'instructions confortant celle d'une relation entre le professionnel et le justiciable, l'action en responsabilité sera en toute logique écartée⁹¹⁸. L'avocat peut donc ne pas voir sa responsabilité engagée en dépit d'une faute si aucun préjudice ou lien de causalité, ou les deux, ne sont établis et prouvés. Par ailleurs, le justiciable ne doit pas être motivé par la seule déception de la perte du procès, de sorte que si la motivation de l'action réside « *dans une déception et non dans la juste réparation d'une*

917 Aix en Provence 1ere ch B 14 mars 2013 RG n°13/169 : dans certains cas, le mandat doit être exprès, le RIN à titre préventif impose en son article 8 al 2 l'existence d'un mandat spécial compte tenu de la mission demandée. En l'espèce, faute de justification valable, le justiciable ne présentant à ce titre qu'une lettre ambiguë, la responsabilité de l'avocat fut écartée

918 Nouméa 25 mars 2010 RG n°09/00188

faute commise par le conseil »⁹¹⁹, la responsabilité ne sera pas retenue. C'est plus communément l'absence de preuve d'une faute qui donnera lieu à exonération : « *le plaignant sera débouté de ses demandes dans la mesure où il ne rapporte la preuve d'aucune faute* »⁹²⁰, car le régime de responsabilité civile de l'avocat est une responsabilité pour faute, dont la preuve incombe au demandeur, puisque il lui appartient de « *rapporter la démonstration de ce que le conseil n'a pas mis en œuvre tous les moyens disponibles de son art pour effectuer sa prestation et aboutir au résultat escompté* »⁹²¹.

257. Autres exemples, concernant l'absence de faute de l'avocat : le fait de ne pas avoir révélé à un client une information qu'il connaissait déjà⁹²². Quoique logique, cette solution a du être précisée par les juges. Le demandeur ayant fait valoir le principe selon lequel les compétences personnelles du client ne dispensent pas le professionnel de son devoir de conseil, pour que soit constaté le défaut d'information quant à l'incessibilité de contrats, et ce même si le client en avait connaissance. La Cour de cassation considère également que toute information n'est pas à dire, surtout celle qui risquerait d'inspirer un abus de droit⁹²³. De même, l'avocat n'est pas tenu de vérifier les informations fournies par son client s'il n'est pas établi qu'il disposait d'informations de nature à les mettre en doute, ni d'attirer son attention sur les conséquences d'une fausse information, en effet « *l'obligation de loyauté et de sincérité s'impose en matière contractuelle et nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé à une partie ce principe de bonne foi élémentaire ou les conséquences de sa transgression* »⁹²⁴. Le principe est que la mauvaise foi du client exonère l'avocat de toute responsabilité⁹²⁵, tout comme le manque de loyauté et de sincérité⁹²⁶. Ce raisonnement n'est pas spécifique à l'avocat, les juges l'ont appliqué à l'identique pour un banquier⁹²⁷, à l'appui de la bonne foi attendue en matière contractuelle, tant de la part du professionnel que du client. Dans le même ordre le client qui refuse de fournir les informations nécessaires à son avocat, ne peut valablement engager sa responsabilité⁹²⁸. Le devoir de conseil de l'avocat trouve ses limites dans les cas de figure exposés.

919TGI Paris 7 septembre 1994, JurisData, no04735, AVRIL (Y) Gaz. Pal 12 décembre 2002, n°346, p. 6

920CA Grenoble 27 janvier 2009 RG n°06/03305

921CA Paris, 17 mai 2002, JurisData n°191065, « *Lamy Droit Civil – Droit de la responsabilité* », novembre 2011, n°432.24

922Com 24 septembre 2003, n° 99-19.692 Lamyline

923Civ 1ere 23 novembre 2004, n°03-15.090

924Civ 1ere 30 octobre 2007, n°05-16.789, BRDA 24/07, Inf. 14; Resp. Civ. et Assur. 2008, Comm. 33 – Civ 1^{er} 31 octobre 2012, n° 11-15529

925Civ 1ere 16 juin 1992, n°89-17.305, Bull. Civ. I, n°185 - Civ 1ere 31 octobre 2012, n° 11-15529 Gaz du Palais, 9 décembre 2012 p15

926Civ 1ere 31 octobre 2012 n°11-15.529 Bull civ I n°222

927Civ 1ere 23 février 2005, n° 02-11274.

928Civ 1ere 13 mars 2008, n°06-16.069

La Cour est très claire sur ce point.

258. Par extension la faute de la victime donc du client, pourrait constituer une cause d'exonération. Et c'est le cas, puisqu'elle fait obstacle à son indemnisation au nom d'un concept original, celui de responsabilité envers soi-même⁹²⁹. La responsabilité d'autrui ne saurait être engagée lorsqu'elle résulte d'une faute qui ne provient pas d'autrui mais de soi-même. En effet, il existe un principe selon lequel la faute de la victime, de façon générale, exonère l'auteur du dommage⁹³⁰. Ceci s'est d'ailleurs vérifié dans le contentieux de la responsabilité de l'avocat⁹³¹. Par conséquent, il est admis que la faute du client puisse être la cause unique et exclusive de son propre dommage, conformément à l'adage « *fraus omnia curruipit* » selon lequel la fraude corrompt tout⁹³². Néanmoins, constater la faute du justiciable ne peut avoir pour contrecoup de faire disparaître celle du professionnel, « *la faute de la victime n'a pas pour fonction de détruire l'apparence de responsabilité retenue contre le défendeur, parce que les conditions de sa responsabilité sont réunies* »⁹³³. La faute de la victime ne doit pas pouvoir mettre systématiquement un terme au processus d'attribution de la dette de responsabilité ; tout au plus elle ne doit être qu'une cause d'indignité, d'autant que la véritable bénéficiaire des causes d'exonération reste l'assurance, comme le précise ROBINEAU. La « faute » du client, une simple négligence de sa part ne suffit pas à exonérer l'avocat, sauf s'il a parfaitement et normalement accompli ses diligences⁹³⁴. Ainsi, l'avocat n'encourt aucune responsabilité si le client a laissé sans réponse une lettre de l'avocat lui conseillant de se constituer partie civile⁹³⁵. De même, la responsabilité d'un avocat ne peut être écartée au motif que le client n'avait pas communiqué à son conseil des pièces demandées par un juge, le devoir de collaboration du client ne suffit pas à exonérer l'avocat de son devoir de conseil⁹³⁶.

259. En revanche, celui qui a adressé copie du jugement à son client sans lui fournir aucune information sur la possibilité de faire appel, manque à son devoir de conseil et ne peut invoquer la négligence du client qui aurait dû prendre contact avec lui pour envisager les

929JOSSERAND (L) « *La responsabilité envers soi-même* » D 1934 p73

930BLOCH (L) « *L'exonération en droit de la responsabilité civile* » Thèse 2003 Bordeaux IV

931Civ.1ere 16 juin 1992 n° 89-17305 : Bull. civ. I n° 185

932ROLAND (H) « *Lexique juridique des expressions latines* », Litec, 6ème édition 2014, V. p. 120

933ROBINEAU (M) « *Contribution à l'étude du système responsabilité* » LGDJ 2006 p 95

934Ass. plén 13 avril 2007, n°06-19.533, JurisData n°2007-038491, JCP 2007, act. 211

935Civ.1ere5 mai 2004, n°02-12.825, « *Lamy Droit Civil – Droit de la responsabilité* », novembre 2011 n°432.35

936Civ.1ere 15 mai 2015 F-D, n° 14-17.096

suites de la procédure⁹³⁷. De même, il ne peut être reproché à la victime de la faute de n'avoir rien fait pour limiter son propre préjudice. Cette solution récente a été rendue concernant un notaire, mais est parfaitement transposable à l'avocat⁹³⁸, « *la responsabilité de l'avocat ayant rejoint celle des notaires* »⁹³⁹. Les juges ont eu à apprécier la responsabilité d'un notaire qui, par faute, n'avait pas permis à ses clients d'obtenir une défiscalisation. Après rectification de l'erreur, les contribuables auraient pu choisir un autre système de défiscalisation diminuant leur préjudice, mais le professionnel ne pouvait arguer de ce non choix pour écarter toute responsabilité. En tout état de cause, dans la pratique « *la jurisprudence admet difficilement que l'avocat se défende en invoquant une erreur du client* »⁹⁴⁰, témoignage d'une grande rigueur à l'égard du professionnel.

260. Par ailleurs, l'avocat peut aussi être exonéré de toute responsabilité s'il a chargé un autre auxiliaire de justice d'accomplir un acte de procédure, comme par exemple un huissier de justice⁹⁴¹ et que ce dernier n'a pas été diligent. Cela signifie que recourir à un autre professionnel plus compétent, pour un acte juridique en particulier, permet un décharge au profit de l'avocat qui délègue une tâche et ce faisant sa part de responsabilité, pour ce qui relève dudit acte et des effets qu'il produira. Cette décharge est d'autant plus légitime dans la mesure où l'avocat cède sa place à un confrère qu'il juge plus habile pour accomplir un acte ou une procédure donnée. Une telle attitude ne peut être blâmée, cela irait a contrario de l'obligation de diligence prescrite à l'avocat.

261. Enfin, la question de la force majeure ne peut être éludée, dans la mesure où elle constitue une cause directe d'exonération de responsabilité, contrairement au fait d'un tiers ou de la victime, entraînant la disparition du lien causal entre la faute et le dommage⁹⁴². Classiquement, la force majeure est constituée de l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité. Cependant, depuis une décision rendue par l'assemblée plénière⁹⁴³, le critère d'extériorité semble avoir été mis de côté. D'après cette nouvelle définition, les faits ne devaient pas être insurmontables tout comme ils ne devaient pas pouvoir être évités. Par ailleurs, au titre de l'imprévisibilité, l'anticipation de la réalisation de l'événement ne devait

937Civ 1ère 13 novembre 1997 n°95-14.141 Bull civ I n°303 D 1997 IR 259

938Civ1ère 2 juillet 2014, n° 13-17599

939AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » Dalloz 3ème édition 2015-2016 p. 67

940ADER (H) - DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* », Dalloz Action, 14ème édition 2013-2014, p. 893

941Civ 1ère 6 juin 2000 Juris-Data n°2000-002344, JCP G 2001, I, 284, obs MARTIN (R)

942Le TOURNEAU (Ph) « *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation* », Dalloz Action, 10ème édition 2014-2015 p. 737

943Ass. plén. 14 avril 2006, n°04-18.902, n°02-11. 168

pas être possible, ni même les modalités de sa survenance

262. En matière de preuve, il appartiendra au défendeur de rapporter les preuves. Les juges apprécieront souverainement et « *in abstracto* », en recherchant si « *un individu moyen placé dans les mêmes circonstances aurait pu normalement résister à l'événement* »⁹⁴⁴. Sont donc examinés la présence des composantes de la force majeure : l'imprévisibilité lors de la formation du contrat ou encore lors de la survenance du fait dommageable en matière délictuelle ; l'irrésistibilité au moment de la réalisation de la faute. A noter cependant que la jurisprudence admet peu le cas de force majeure. Ainsi un avocat n'ayant pu se présenter à une audience pour plaider du fait de fortes chutes de neige et mis en cause par son client ne fut pas exonéré⁹⁴⁵. Le dommage évoqué par l'avocat pouvant être jugé malgré tout prévisible⁹⁴⁶. En revanche, il a été jugé qu'un avocat n'ayant pu plaider du fait de retards imputables à la SNCF pouvait être indemnisé, du fait du préjudice moral subi, au manque à gagner et à la perte de crédibilité vis-à-vis du client⁹⁴⁷.

263. S'agissant des incidents informatiques, et des *Dysfonctionnement dans le dispositif d'émission, de transmission ou de réception*⁹⁴⁸, le Code de procédure civile évoque « la cause étrangère » et non de force majeure, en matière de communication électronique. L'article 748-7 du CPC proroge le délai de communication électronique d'un jour, ainsi la cause étrangère doit être apparue le dernier jour du délai. Pour la procédure d'appel, l'article 930-1 du CPC remplace le formalisme électronique par une communication papier peu important le moment de l'apparition de la cause étrangère. Ainsi les juges ont estimé que bien que prouvant la causé étrangère dans le cadre d'une procédure d'appel, l'avocat était tenu de respecter les délais de conclusions et d'effectuer une communication par écrit⁹⁴⁹. De même, une panne provenant de l'équipement informatique du cabinet ne sera pas constitutive d'une cause étrangère, l'avocat devant se prémunir contre les risques normaux susceptibles d'affecter cette communication électronique⁹⁵⁰. Pour ainsi dire, le dysfonctionnement ne doit pas être à l'origine de l'avocat pour qu'il soit exonéré, la preuve pourra être constituée par tout

944LE TOURNEAU précité « *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation* » Dalloz action 2012-2013, 9eme éditionp. 740

945CA Toulouse 13 octobre 2008, JurisData n°2008-373852

946Civ 1ère 26 septembre 2012, n°11-13177, Bull. civ. I, n°185

947CA Paris, 22 septembre 2010, n°08/14438, D. 2011, p. 12, observations GALLMEISTER (I)

948Circulaire CIV/16/10 du directeur des affaires civiles et du sceau du 31 janvier 2011, note du Ministère de la Justice et des Libertés du 25 août 2011 in www.textes-justice.gouv.fr

949CA Pau 14 novembre 2012, n°12/00521, Gaz. Pal. 7-8 décembre 2012, n°3 observations. AMRANI-MEKKI (S)

950De LEIRIS (E) « *Communication électronique* », Répertoire de procédure civile, juin 2014, n°54

moyen, notamment en un écrit⁹⁵¹ attestant de l'incident et émanant du service responsable, comme par exemple le service de la juridiction⁹⁵².

2 - Les clauses limitatives de responsabilité.

264. En matière de responsabilité, certaines clauses l'aggravent, d'autres plus communément l'allègent. Ces dernières, si elles ont mauvaise réputation, ne sont pas choquantes dans la mesure ou au nom de la liberté contractuelle, les parties sont autorisées à aménager le contrat et ce qui est relatif à son exécution, sous réserve bien sûr de clauses abusives⁹⁵³, comme cela a encore été rappelé récemment⁹⁵⁴. Pour autant leur légitimité reste délicate lorsqu'un seul des contractants est un professionnel, car « s'exonérer de responsabilité emporte violation de sa responsabilité personnelle »⁹⁵⁵. Si ces clauses existent et sont admises, encore faut il déterminer leur portée. En tout état de cause, une décharge générale de responsabilité ou totale est exclue, car elle aurait pour effet de priver de tout sérieux l'engagement initial. Cette prohibition s'explique par le caractère d'ordre public de la responsabilité. De plus, l'expression « décharge de responsabilité » est impropre dans la mesure où la responsabilité est l'essence même des professions libérales, et il n'est pas possible de s'en décharger⁹⁵⁶. Pour autant, il n'est pas interdit au professionnel d'aménager sa responsabilité. Ce sont donc les clauses allégeantes qui intéressent l'avocat qui ne se hasarderait pas à alourdir davantage sa condition.

265. Quand certaines clauses concernent les obligations du contrat, d'autres modifient l'ampleur des réparations (limitant voire excluant toutes réparations, ces dernières étant peu

951 En application de l'article 202 du CPC l'attestation est un mode de preuve : « L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés...L'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit lui annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature »

952 De LEIRIS (E) « Communication électronique » Répertoire de procédure civile, juin 2014, n°54 précité

953 La clause abusive est celle figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non professionnel ou consommateur qui a pour objet ou effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat. Lexique des termes juridiques Dalloz ed 2001 p 102. Selon la loi du 4 août 2008 modifiant le code de la consommation et le décret du 18 mars 2009 pris pour son application, un décret en Conseil d'Etat détermine les « une liste de clauses présumées abusives, et une autre liste de clauses regardées comme irréfragablement comme abusives ». Les clauses supprimant ou réduisant le droit à réparation du non professionnel en cas de manquement par le professionnel à l'une de ses obligations sont interdites.

954 CJUE 15 janvier 2015 affaire C537/13 : La Cour de justice de l'Union européenne juge que la directive européenne relative aux clauses abusives est applicable aux contrats relatifs à des services juridiques, conclus entre un avocat et un client personne physique

955 BIOY (X) sous sa direction « Constitution et Responsabilité » Collection Monchrestien 2009 p 240

956 KUHJ J-P « Quelques réflexions sur la jurisprudence récente en matière de responsabilité professionnelle des notaires » in « La responsabilité des auxiliaires » de justice Thèse MARTINEAU précitée p 198

usitées en France). Ainsi, le professionnel peut limiter ou déterminer l'étendue de son obligation⁹⁵⁷, ces clauses ne seront pas forcément nulles. Il en découle dans ce cas précis l'impossibilité pour l'avocat d'être tenu responsable au delà de ce qui aura été prescrit conventionnellement. La non responsabilité, conséquence de la clause, n'est donc pas abusive puisque d'une part non initiée automatiquement dans le contrat, mais aussi car consentie en amont par le client qui devra avoir la qualité de professionnel. Il est en effet nécessaire qu'il soit apte à comprendre les conséquences d'une telle clause. Le statut de professionnel fait présumer une égalité dans la relation contractuelle. Cette hypothèse bien qu'acceptable reste théorique, en effet si la qualité du cocontractant est l'élément permettant d'introduire une clause de non responsabilité, force est de constater que le principe essentiel demeure celui selon lequel l'avocat n'est pas déchargé de ses obligations professionnelles du seul fait des compétences ou de l'expérience de son client⁹⁵⁸. Cette solution a été arrêtée dans la fin des années 90, et aucune autre n'est venue valablement la remettre en cause, de sorte que ce principe est désormais de jurisprudence constante⁹⁵⁹. La contrepartie logique est que les juges font preuve d'une grande sévérité en ce qui concerne les connaissances de l'avocat. De manière générale, ce qui est prohibé est que l'avocat ne peut s'exonérer de la responsabilité qu'il encourt pour n'avoir pas exercé une obligation ; c'est tout l'enjeu de la distinction entre les clauses délimitant l'obligation de celles qui sont relatives à la responsabilité. En clair, aucune obligation fondamentale au contrat ne doit être exclue⁹⁶⁰ comme s'exonérer de son obligation de conseil par exemple⁹⁶¹, ceci conformément à l'esprit de l'arrêt FORECIA selon lequel: « *est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* » En effet, comme évoqué, le professionnel ne peut se libérer ou se faire libérer par le client de cette obligation de conseil, par une ou plusieurs clauses qui seraient le cas échéant des clauses léonines, ou encore de non obligation, or ce type de clause est nul, nullité reconnue d'ordre public. De même, l'avocat rédacteur d'acte, ne peut exclure sa responsabilité par une clause. Limiter l'étendue d'une obligation cela est envisageable, mais la faire totalement disparaître n'est pas acceptée. En résumé, le principe à retenir de la pratique selon ADER et DAMIEN, est que la clause de non responsabilité insérée par un avocat⁹⁶² dans une convention et acceptée par le client, n'est pas

957Civ 1ere 10 juillet 1996, Bull civ I n°318 ; D. 1997 somm 173 obs DELEBECQUE - Cass. Ch. Mixte 22 avril 2005, n°03-14112, Bull. 2005, mixte n°4 p.10

958Civ 1ere 7 juillet 1998 n°96-14.192 Bull civ I n°238 RCA 1998 comm 346

959Civ 1ere 28 juin 2012, n° 11-18.968

960Com 22 octobre 1996 Chronopost n°68-14.063

961Civ 1ere 22 novembre 1978 Bull civ I n°358 D. 1979 IR 350 obs LARROUMET ; JCP G 1979 II 19319 note VINEY - Com 29 juin 2010 n° 09-11841

962Civ 1ere 9 mai 1996 n°94-14.022 Bull civ I n°191 D 1996 IR 169 in « *Les règles de la profession d'avocat* » ADER-DAMIEN p 894

de nature à l'exonérer de ses fautes car il lui appartient de par ses fonctions d'assurer les diligences qui pèsent sur lui⁹⁶³.

266. En guise d'alternative, BEHAR-TOUCHAIS propose de faire signer au client une reconnaissance de conseil donné qui n'est pas une décharge de responsabilité mais « *un acte à finalité probatoire* »⁹⁶⁴. Ce document a pour but de faire reconnaître officiellement par le client qu'il a été clairement averti et conseillé par le professionnel. Attestant qu'il a été parfaitement informé, le client signe en toute connaissance de cause le document, « *et donne acte, de ce que l'homme de l'art lui a donné telle information* »⁹⁶⁵. Ce type de formalité est couramment utilisé par les notaires, le document devant être rédigé en termes précis complets, mais simples pour qu'il soit intelligible pour le client auquel il est destiné. Il paraît néanmoins maladroit d'utiliser ce type d'avis qui peut faire naître un sentiment de défiance chez le client vis à vis du professionnel, quand c'est la confiance qui doit définir les relations entre le justiciable et l'avocat. Voilà pourquoi cette pratique d'avis donné est admise, mais non obligatoire⁹⁶⁶, car « *elle n'est pas toujours possible ni même opportune* »⁹⁶⁷. Elle est en outre compatible avec l'obligation pour l'auxiliaire de justice, de rapporter la preuve de la bonne exécution de son devoir de conseil. Elle ne constitue pas pour autant des supports permettant au professionnel de se soustraire à ses obligations ni même d'amoindrir des diligences auxquelles il est tenu. En revanche, elle peut conduire à écarter la responsabilité du professionnel, si en dépit du conseil reçu et pour lequel il a signé une reconnaissance, le client décide d'oeuvrer différemment⁹⁶⁸.

267. A côté de ces hypothèses de limitation de responsabilité, l'avocat peut également jouer sur l'action en responsabilité en limitant voire allongeant - bien moins probable- la prescription⁹⁶⁹, et ce toujours de manière conventionnelle. Il est important de souligner que

963Civ 2eme 15 juin 1994 n°92-18.048 Bull civ II n°155 D 1994 IR 183 in ADER-DAMIEN précité p 894

964BEHAR-TOUCHAIS « *Rapport français sur la responsabilité des professionnels du droit* » in « *La responsabilité, aspects nouveaux* » Travaux de l'association Henri Capitant, journées panaméennes tL 1999 n°14 p 525 p 197 in Thèse MARTINEAU précitée p 198

965LE TOURNEAU (Ph) juriscasseur « *Fasc. 40 : CONTRATS ET OBLIGATIONS. – Classification des obligations. – Autres distinctions des obligations de moyens et des obligations de résultat* » Lexis Nexis 22 Septembre 2014

966civ 1ere 29 mai 1984 D 1985 p 281note BOUVIER (F)

967DAGOT (M) « *NOTAIRES. - Responsabilité civile. Devoir de conseil. Manquement. Charge de la preuve. Vente avec réserve d'usufruit. Réintégration dans la succession de l'usufruitier (C.G.I., art. 751)* [Éd. N, 88, II, p. 189] » La Semaine Juridique Édition Générale n° 33, 14 Septembre 1988, II 21057, Lexis nexis, sous CA Versailles, 1re Ch., 1re sect., 2 juin 1987

968Civ 1ere, 26 nov. 2014, n° 13-26.833, F-D JurisData : 2014-030766

969Article 2254 civ issu de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile : « *La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans. Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi..* »

ces possibilités s'offrent dans le cas où l'avocat œuvre pour un client professionnel. Le régime applicable au profane reste protecteur pour faire face au déséquilibre contractuel qui n'est plus à prouver. Assurément, un non professionnel ne serait pas à même de négocier de telles clauses. Ainsi, l'article L137-1 du Code de la consommation prohibe les aménagements dans les contrats conclus entre un professionnel et un particulier afférents au délai de prescription. Ce qui revient à affirmer qu'il existe au profit de l'avocat dans sa relation avec le client profane, non pas des clauses de non responsabilité qui ont pour effet « *d'éliminer certaines causes de responsabilité au profit du débiteur* »⁹⁷⁰, mais plutôt des clauses limitatives de responsabilité qui « *se bornent à réduire le poids de la responsabilité encourue par le débiteur* »⁹⁷¹.

268. Outre les interdictions relatives à la qualité du contractant, la loi prévoit que les aménagements ne peuvent pas concerner « *les actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, aux actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts* ». De plus, l'avocat ne peut se prévaloir de ces clauses conventionnellement établies contre un tiers pour échapper à sa responsabilité⁹⁷². Autrement dit, en dehors des contractants, les clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité ne trouveront pas lieu de s'appliquer. La déontologie européenne ne fait pas d'impasse sur le sujet, puisqu'en vertu de l'article 21.2.8. annexe du RIN, il est reconnu le droit pour l'avocat de limiter sa responsabilité : « *dans la mesure où le droit de l'Etat membre d'origine et le droit de l'Etat membre d'accueil l'autorisent, l'avocat peut limiter sa responsabilité à l'égard du client conformément aux règles professionnelles auxquelles il est soumis* ». En s'emparant de la délicate question des clauses, tel qu'énoncé, les textes professionnels offrent une légitimité supplémentaire aux clauses limitatives de responsabilité. Au delà, existent les articles 6 et 1133 C.civ⁹⁷³ qui cadrent l'exercice du professionnel, puisque l'avocat qui conseillerait et rédigerait en méconnaissance de ces textes engage « *sa responsabilité délictuelle dans le sens pleinement pénal du terme* »⁹⁷⁴. L'avocat devant, quoi qu'il en soit, toujours agir avec compétence prudence diligence et dévouement⁹⁷⁵,

970 FLOUR- AUBERT-SAVAUX « *Les obligations ; le rapport d'obligation* » Sirey 2009 p197 n° 224

971 FLOUR- AUBERT-SAVAUX « *Les obligations ; le rapport d'obligation* » Sirey 2009 précité

972 Civ 2° 15 juin 1994 D 94 IR183

973 Article 6 civ : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » – article 1133 civ « *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* »

974 LANDRY (D) « *La limitation de la responsabilité est elle réalisable ?* » 30 avril 1999 Congrès de la fédération des barreaux d'Europe

et refuser de participer à la rédaction d'un acte manifestement illicite ou frauduleux⁹⁷⁶.

B - Le partage de responsabilité

Le partage de responsabilité renvoie à l'idée de pluralité d'auteurs, l'avocat condamné, le sera aux cotés de ceux dont l'action est également fautive (1). Ce partage peut également intervenir dans le cadre particulier de l'avocat associé (2)

1 – Le partage de responsabilité en cas de pluralité d'auteurs

269. Il existe un principe « *dominus litis* » selon lequel le maître du dossier demeure responsable vis à vis de son client. Néanmoins, comment appliquer ce concept lorsque plusieurs acteurs ont oeuvré pour le justiciable ? Pour les juges, l'avocat qui confère un dossier à un confrère ne doit pas pour autant s'en désintéresser⁹⁷⁷ : « *la faute d'un auxiliaire de justice ne saurait dispenser un autre professionnel du droit de ses obligations envers son mandant* ». La « *sous traitance* »⁹⁷⁸ opérée ne pouvant faire échapper l'exécutant initial de sa responsabilité, il reste donc le maître du procès et doit en répondre. Cette solution est favorable à la protection du client. Elle exprime d'autant plus la responsabilité de l'avocat à l'égard du justiciable qui le sollicite, du choix qu'il fera du sous traitant. L'avocat est ainsi débiteur d'une obligation générale de surveillance.

270. Selon l'article 375-2 et 480-1CPP, si la faute est commune, les intervenants coauteurs d'un même dommage sont condamnés in solidum : « *chaque responsable d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité* ». Ceci partant de l'idée que chacun des coauteurs ayant concouru à causer le dommage, il est possible de lui imputer la totalité.

975 Article 1.3 du RIN « *Les principes essentiels de la profession guident le comportement de l'avocat en toutes circonstances. L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment. Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie* »

976 Article 7.2 RIN « *L'avocat rédacteur d'un acte juridique assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties. Il refuse de participer à la rédaction d'un acte ou d'une convention manifestement illicites ou frauduleux. Sauf s'il en est déchargé par les parties, il est tenu de procéder aux formalités légales ou réglementaires requises par l'acte qu'il rédige et de demander le versement préalable des fonds nécessaires. L'avocat seul rédacteur d'un acte veille à l'équilibre des intérêts des parties. Lorsqu'il a été saisi par une seule des parties, il informe l'autre partie de la possibilité qu'elle a d'être conseillée et de se faire assister par un autre avocat* »

977 Civ 1^{re} 15 janvier 2002, n°99-21.799, Bull. civ. I, n°15, JCP 2002, II, 10063, observation CROZE (H)

978 ADER (H) - DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* », Dalloz Action, 14^{eme} édition, 2013-2014, p. 894

Concernant l'obligation à la dette, chaque coauteur est obligé au tout envers la victime. Peu importe l'importance ou la gravité du rôle de chacun. En effet, par principe « *chacun des co-responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité sans qu'il y ait lieu de tenir compte d'un partage entre eux qui n'affecte que leurs rapports réciproques et non le caractère et l'étendue de leurs obligations à l'égard de la partie lésée* »⁹⁷⁹. Une fois la dette réglée à la victime, s'ouvre la phase de la contribution à la dette ayant pour objet de répartir la charge définitive de la dette entre les coauteurs. En effet, lorsqu'un des coauteurs, ayant été poursuivi pour le tout, a tout payé, il a un recours contre les autres, à hauteur de la part contributive de chacun à la charge définitive de la responsabilité. La fixation de la part contributive de chacun est gouvernée par deux règles. D'une part elle dépend du rôle plus ou moins causal qu'a eu le fait respectif de chacun dans la réalisation du dommage ; d'autre part, le recours est divisé, ce qui est important en cas d'insolvabilité d'un des coauteurs. Les juges du fond apprécient souverainement la répartition de la part de responsabilité que chacun doit supporter, et ce, en fonction de « *la gravité respective des fautes* »⁹⁸⁰. Cependant, la Cour de Cassation leur impose de se prononcer sur un partage de responsabilité entre coauteurs dans une condamnation in solidum, si ce partage est demandé : « *Vu l'article 1213 du Code civil, ensemble et principes régissant l'obligation in solidum ; Attendu qu' e n se déterminant ainsi, alors qu'ayant condamné in solidum les co-responsables de la portion du préjudice que la faute des uns avait causé et que la faute des autres avait empêché d'éviter, elle se devait, étant saisie des recours en garantie réciproques, de déterminer, dans leurs rapports entre eux, la contribution de chacun des co-auteurs dans la réparation du dommage, la Cour d'appel a violé les textes et principes sus-visés* »⁹⁸¹.

271. Le partage de responsabilité peut avoir lieu entre un avocat et un notaire : en vertu de la mission d'assistance dont est investi l'avocat, l'intervention d'un notaire ne le décharge pas de son obligation de conseil⁹⁸². L'expression « *dominus litis* » est transposable ici. Ainsi, il incombe à l'avocat, chargé d'assister son client à l'occasion de la conclusion d'un acte de vente, de veiller à l'accomplissement par le notaire des formalités nécessaires à l'efficacité de cet acte, et de s'assurer, notamment, de la radiation du privilège grevant le bien vendu⁹⁸³. Réciproquement, le notaire n'est pas dispensé de son devoir de conseil en raison des compétences personnelles de son client ou par le fait qu'il bénéficie de l'assistance d'un tiers,

979Soc 4 février 1983 Bull. civ. V n°598

980Civ 1ère 3 avril 1973, n°71-13.620, Gaz. Pal. 1973, II, J p.559

981Civ 1ère 29 novembre 2005 n°02-13.550, Bull. Civ. I n°451 ; RTD civ. 2006 p. 311 obs MESTRE (J) et FAGES (B)

982Civ 1ère 29 novembre 2005, n°02-13.550 précité

983Civ 1ère 22 juin 1999, n°96-22.358 Lamyline

y compris s'il s'agit d'un avocat⁹⁸⁴. Dès lors, les fautes conjuguées du notaire rédacteur de l'acte de cession, et de l'avocat rédacteur du cahier des charges, sont retenues et entraînent leur condamnation in solidum en cas d'inefficacité de l'opération immobilière projetée par les clients⁹⁸⁵. Saisis des recours en garantie réciproques de l'avocat et du notaire, condamnés in solidum, les juges du fond doivent déterminer, dans leurs rapports entre eux, la contribution de chacun des co-auteurs dans la réparation du dommage⁹⁸⁶. Cependant, il a été jugé que l'avocat ne saurait être condamné à garantir un notaire des condamnations prononcées à son encontre, si la faute de l'avocat a été provoquée par le comportement du notaire qui, en ne lui transmettant pas les documents nécessaires à la procédure de saisie immobilière et en conservant ceux relatifs à l'inscription hypothécaire et son renouvellement, lui avait laissé penser que la formalité de ce renouvellement ne lui incombait pas⁹⁸⁷. Dans un arrêt plus récent, la responsabilité de l'avocat fut tempérée, bien que cela ne constitue nullement un revirement de jurisprudence : la Cour a considéré que le créancier s'était préoccupé « *de l'existence et de la validité de sa garantie dès le mois d'août précédent et avait consulté un notaire sur ce point, faisant volontairement le choix de ne pas mandater l'avocat à ce sujet, ni pour le charger du renouvellement de l'inscription ni même pour obtenir des conseils* »⁹⁸⁸. Dans la mesure où l'avocat n'a pas accompli lui-même l'inscription hypothécaire, sa responsabilité est amoindrie. Le principe applicable demeure « *dans l'obligation de se surveiller mutuellement sans que l'on puisse s'abriter derrière le ministère obligatoire de l'autre* »⁹⁸⁹.

272. L'article 2 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice pose le principe de leur responsabilité professionnelle, sous réserve des cas dans lesquels « *l'acte a été préparé par un autre officier ministériel* ». Si les avocats n'ont pas la qualité d'officier public ministériel, « *on peut sans dommage transposer cette solution légale* »⁹⁹⁰. Le partage de responsabilité peut donc également avoir lieu entre un avocat et un huissier. La première Chambre civile de la Cour de cassation a décidé que « *le mandat donné par un avocat n'exonère pas de sa responsabilité l'huissier de justice qui accomplit seul sa*

984Civ 1ere 10 juillet 1995, n°93-13.672 et 93-16.894 ; Bull. civ. I n°312, Resp. civ. et assur. 1995 comm. n°331, Defrénois 1995 p.1413 note AUBERT (J-L)

985Civ. 12 décembre 1995, n°93-18.753 et 93-19.460 ; Bull. civ. I n°459 JCP G 1996 IV n°328 Resp. civ. et assur. 1996 comm. n°98

986Civ. 1ere 29 novembre 2005, n°02-13.550 Bull. Civ. I n°451

987Civ. 26 novembre 1991, n°90-14.875

988Civ 1ere 17 juin 2010, n°09-15.697, Bull. civ. I, n°135, Gaz. Pal 9 septembre 2010, n°252, p. 17, observations. ALBIGES (C) « *Lamy Droit Civil – Droit de la responsabilité* », novembre 2011, n°432.30.

989AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* », Dalloz, 3e édition, 2015-2016 p. 102.

990AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* », Dalloz, 3e édition, 2015-2016 p. 97

mission »⁹⁹¹. De même, il a été jugé qu'en qualité d'officier ministériel, l'huissier de justice engage sa responsabilité personnelle lorsque, fût-ce à la demande d'un avocat, son mandant, il procède à des recouvrements irréguliers auprès d'un tiers⁹⁹². La condamnation in solidum de l'avocat et de l'huissier de justice doit être retenue à chaque fois que leurs fautes conjuguées sont à l'origine du préjudice subi par le client ou un tiers. Tel est le cas lorsque l'avocat commet une faute en ne réclamant pas à l'huissier de justice le paiement des intérêts et des sommes dues et que ce dernier manque à son obligation de diligence en ne les incluant pas dans le montant des condamnations dont il était chargé d'assurer l'exécution⁹⁹³. Cependant, une décision a écarté la responsabilité de l'huissier de justice alors que ce dernier, mandaté par un avocat pour délivrer un commandement, l'avait changé de sa propre autorité, en mise en demeure ; impropre à interrompre une prescription, au motif que : « *l'avocat, mandataire en premier, conserve la direction du procès et a l'obligation de veiller aux intérêts de son client* ». Pourtant, dans un arrêt rendu au sujet du renouvellement d'une inscription hypothécaire, la Cour de cassation apporte une atténuation au principe selon lequel le concours d'autres professionnels du droit n'est pas de nature à exonérer l'avocat de sa responsabilité, puisque dans cette affaire elle écarte la responsabilité de l'avocat en décidant qu'en l'occurrence le mandat ad litem ne s'étendait pas à la vérification et au renouvellement des garanties, sur lesquels le client avait consulté un notaire⁹⁹⁴.

273. De même, le partage de responsabilité peut avoir lieu entre deux, voire plusieurs avocats, soit lorsque chacun a commis des fautes successives, soit encore lorsque l'un est dominus litis et l'autre postulant⁹⁹⁵. Ainsi, l'avocat doit contrôler les activités de son délégataire et répond, à l'égard de son client, de son mauvais choix⁹⁹⁶. Avant la suppression des avoués, la responsabilité exclusive de l'avocat était le plus souvent retenue, pour la simple raison que le client poursuivait directement son avocat. Ce dernier devant veiller au bon déroulement de la procédure, et donner à l'avoué les instructions nécessaires⁹⁹⁷. Le cas de responsabilité exclusive de l'avoué pouvait également être retenu dans le cadre de ses compétences propres. Ainsi, l'avocat n'a pas à s'immiscer dans ce qui relève de la

991Civ. 21 novembre 2002, n°00-20.953, Bull. Civ. II, n°269 ; JCP G 2003, IV, n°1066

992CA Paris 15 mars 2000, Resp. civ. et assurance Juin 2000, hors série, comm. n°255

993Civ 21 novembre 2002, n°00-20.953. Bull. Civ. II, n°269

994Civ 1re 17 juin 2010 n° 09-15.697

995Civ 9 décembre 1992, n°90-18.602

996SLIM (H) « *Les responsabilités professionnelles, les professionnels de la justice* » LAMY Droit de la responsabilité, précité n°432-53

997CROZE (H) « *Le partage de responsabilité entre les avocats et les autres auxiliaires de justice (avoués à la Cour, huissiers de justice)* », « *La responsabilité des gens de justice* », Justices 1997, n°5, p. 79

compétence exclusive de l'avoué, tel que l'enrôlement de l'appel⁹⁹⁸. Il en va de même pour ce qui concerne l'efficacité de la procédure d'appel⁹⁹⁹. S'agissant des avocats aux conseils, leur responsabilité ne relevant pas du droit commun, ils ne pourront faire l'objet d'une procédure devant la juridiction civile. Pour autant le maître du procès n'est pas déchargé de ses obligations. Il peut ainsi lui être reproché de ne pas avoir vérifié si le dossier envoyé à l'avocat aux conseils était arrivé à destination en temps utile pour former le pourvoi¹⁰⁰⁰. Enfin, dans le cadre de la postulation, les difficultés de distinction entre les défaillances relevant du mandat de représentation ou de la mission d'assistance en justice participent de l'absence d'un cloisonnement strict des fautes de chacun. C'est pourquoi, à l'instar de la jurisprudence relative aux anciens avoués, il s'instaure « *une superposition de responsabilités dans l'intérêt du client* »¹⁰⁰¹.

274. En revanche, il a été récemment considéré qu'un cabinet d'avocats est le séquestre du prix d'une cession de fonds de commerce, même s'il a cédé son activité à un juriste du cabinet qui n'a jamais intégré la profession d'avocat¹⁰⁰². En l'espèce un avocat du cabinet ayant délégué sa mission, établissait par ailleurs une attestation de travail comme suit « *dirigeant sous mon contrôle et ma responsabilité le cabinet d'avocat de Lyon de manière autonome il gère avec compétence toujours sous ma responsabilité et selon mandat de façon autonome l'ensemble des opérations* ». L'avocat demeurait donc responsable de la rédaction de l'acte qui lui avait été initialement confié, et en était parfaitement conscient au vu du contenu de son attestation. La responsabilité du cabinet fut donc pleinement engagée.

2 - Le partage de responsabilité avec l'avocat associé et le collaborateur

275. L'avocat peut exercer sa profession soit à titre individuel, soit au sein d'une association, soit au sein d'entités dotées de la personnalité morale, à l'exception des formes juridiques qui confèrent à leurs associés la qualité de commerçant¹⁰⁰³. Dans la majorité des cas, les avocats exercent sous la forme d'une SCP (société civile professionnelle), or le

998CA Amiens 5 avril 1993, JurisData n°041109

999Civ 1ere 24 juin 1997, n°95-10.629, Bull. civ. I, n°214, D. 1998, p. 198, obs. JOURDAIN (P)

1000TGI Paris, 30 juin 1992, JurisData n°045993

1001DEMEESTER (M - L) « *Avocat (responsabilité)* », Répertoire de droit civil, Dalloz, janvier 2009, n°84

1002CA Grenoble 24 février 2015 n° R.G. 09/00079

1003Extrait article 63, IV de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques réformant les conditions d'exercice des professions juridiques réglementées, dite loi Macron promulguée le 6 août 2015

principe est qu'en son sein, les associés sont tenus solidairement¹⁰⁰⁴. Cette solidarité ne s'arrête pas uniquement à la société sous cette forme. Pour fonder ceci, le pouvoir prétorien constate que la condition du professionnel se fonde dans le statut de l'associé, il est donc tenu solidairement des dettes sociales. A fortiori les dommages occasionnés par un, entraîne la solidarité de la société, en terme de créances de dommage. Et ce, même si l'acte en lui même relève d'une responsabilité propre. Le collectif n'absorbe l'acte professionnel qu'en ce que celui ci est indispensable à la réalisation de l'objet social, puisqu'il lui profite, il n'est donc pas incongru que la société soit tenue solidairement. La réparation sera assimilée à une dette sociale dans ce cas, et non plus à une dette personnelle. Tels sont les effets du collectif.

276. Ainsi, la Cour d'appel de Paris en 2009, malgré une décision antérieure infirmant ce type de solution, jugeait à nouveau que « *l'action en responsabilité engagée sur le fondement d'une prestation fournie par un avocat exerçant au sein d'une société doit être exercée exclusivement contre cette société et ne peut l'être contre l'avocat associé, dès lors que ce dernier exerce au nom de la personne morale et que tout exercice à titre individuel lui est interdit* ». Analyse rejetée par ailleurs s'agissant des sociétés anonymes de commissaires aux comptes, par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 23 mars 2010. Ça n'est donc pas en considération de l'activité de l'avocat qu'une telle décision fut rendue, mais plutôt du fait de la forme sociétale qui ne peut tout simplement pas conduire à l'élaboration d'un « *bouclier contre les actions tendant à mettre en jeu la responsabilité personnelle du fait de ses actes professionnels*. Jean-Jacques DAIGRE¹⁰⁰⁵, rappelle et conclut que le professionnel libéral, à défaut d'un texte législatif écartant expressément sa responsabilité personnelle, demeure par principe, responsables personnellement des actes professionnels qu'il accomplit, quel que soit le mode d'exercice.

277. La solution de fond retenue par la Cour de cassation est bien campée. Deux publications au bulletin confirment cette position. En plus d'identifier les personnes responsables : l'associé personne physique, et la société personne morale de laquelle il dépend, tenue solidairement ; la Cour a vocation à appliquer ce raisonnement en plus des SCP pour lesquelles elle s'est prononcée, à l'égard des SEL et toutes sociétés de professionnels libéraux. Le décret du 20 juillet 1992 relatif aux SCP d'avocats retient d'ailleurs les mêmes règles que celui relatif aux SEL d'avocats. Certes les actes d'une profession ne peuvent être effectivement

1004Civ 1ere 30 septembre 2010, n° 09-67298, D. 2010, Actu. 2289 - Civ 1ere 8 mars 2012, n° 11-14811, D. Actu 2012, 735

1005Civ 1^{re} 30 septembre 2010 précité revue des sociétés 2011. 101, note DAIGRE (J-J)

accomplis que par une personne physique, mais ceci est fait au nom et pour le compte d'une personne morale. Une différence toutefois à noter, est que dans les SEL ou les sociétés de capitaux de droit commun, la responsabilité des associés est limitée à leur apport. La jurisprudence est constante en la matière : en application de l'article 16, alinéas premier et deuxième, de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 modifiée, chaque associé répond, sur l'ensemble de son patrimoine, des actes professionnels qu'il accomplit et la société civile professionnelle est solidairement responsable avec lui des conséquences dommageables de ces actes. Il en résulte que l'action en responsabilité peut indifféremment être dirigée contre la société ou l'associé concerné, ou encore contre les deux¹⁰⁰⁶, et ce « *peu importe le caractère volontaire et pénalement répréhensible des agissement de l'associé* »¹⁰⁰⁷. En dehors des SCP, la loi ne prévoit pas de solidarité, pour autant rien n'interdit au juge de prononcer une condamnation *in solidum*.

278. Concernant le collaborateur, bien moins impliqué que l'associé dans la gestion du cabinet, le juge n'admet pas l'absence de responsabilité. Après tout le collaborateur est également diplômé, avocat, il a la qualité de professionnel, et en tant que tel doit répondre de ses agissements. Par conséquent, le collaborateur d'un cabinet d'avocats¹⁰⁰⁸ est exclu du bénéfice de l'immunité de responsabilité civile reconnue au préposé, au sens de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, tel que posée par la jurisprudence *Costedoad*¹⁰⁰⁹. Enfin, s'agissant de l'avocat salarié, statut peu représentatif de la profession¹⁰¹⁰, il ne répond pas personnellement de sa faute s'il agit dans les limites de sa mission. Le client devra donc agir contre son employeur. Ce dernier privé de tout recours subrogatoire, dispose néanmoins contre son salarié d'une action fondée sur une inexécution du contrat de travail en cas de faute lourde. Il devra établir l'intention de nuire et soumettre le contentieux à l'arbitrage du bâtonnier. Si aucune décision ne se prononce sur l'immunité civile de l'avocat salarié, les juges y ont eu

1006Civ 1^{re} 28 mars 2008, Bull. Joly 2008. 591 - Civ 1^{re} 30 septembre 2010, n° 09-67298, D. 2010, Actu. 2289 « *en application de l'article 16, alinéas premier et deuxième, de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 modifiée, chaque associé répond, sur l'ensemble de son patrimoine, des actes professionnels qu'il accomplit et la société civile professionnelle est solidairement responsable avec lui des conséquences dommageables de ces actes. Il en résulte que l'action en responsabilité peut indifféremment être dirigée contre la société ou l'associé concerné, ou encore contre les deux* » Civ 1^{re}, 15 décembre 2011, n° 10-24.550 - Civ 1^{re} 8 mars 2012

1007Civ 1^{re} 15 mars 2005 RJDA 2005 n° 836

1008 Civ 1^{re} 17 mars 2011 D 2011 1463

1009Arrêt du 25 février 2000 rendu par l'Assemblée plénière. Bulletin d'information n° 512 du 15/04/2000 in courdecassation.fr « *N'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par son commettant* »

1010Selon les statistiques produites pour décembre 2012, les avocats salariés représentent 5,4% in www.justice.-gouv.fr

recours pour le médecin salarié¹⁰¹¹. Cette solution pourrait donc être transposable à l'avocat.

Une fois la responsabilité du professionnel reconnue, la victime sera indemnisée par le biais du règlement de sinistre.

¹⁰¹¹Civ 1ère 9 novembre 2004, n°01-17.168, Bull. civ. I, n°262, D. 2005, p. 253, obs. CHABAS (F) JCP G 2005, I, n°132, n°8, obs.VINEY (G)

Paragraphe II- Le règlement des sinistres

Par règlement de sinistre, il faut entendre la façon choisie par la compagnie d'assurance pour répondre à la demande en paiement de dommages et intérêts dirigée contre l'avocat assuré, lorsque sa responsabilité est engagée. Cette indemnisation met fin au sinistre qui pourra être résolu par une transaction ce qui sous entend que la procédure est amiable (A) ou encore de façon litigieuse (B)

A - La procédure amiable

Ce type de procédure sous entend l'établissement d'une transaction dont il convient de préciser les caractéristiques (1) ainsi que les avantages et inconvénients qu'elle peut présenter (2).

1 - Les caractéristiques de la transaction ou protocole d'accord

279. La procédure amiable passe par une transaction, véritable mode contractuel de gestion des risques professionnels. Celle ci est définie à l'article 2044 C.civ comme étant « *un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit* ». Cet article n'a jamais été modifié depuis sa création et sa promulgation en 1804, c'est dire s'il reste d'actualité. MOLLAR COUTEAU souligne que le recours aux modes amiables de règlement des différends avant ou au cours du procès est largement promu par les pouvoirs publics mais aussi les professionnels de domaine du droit et de la négociation sous l'impulsion de récentes directives européennes¹⁰¹².

280. La transaction paraît adaptée à deux situations : celles où les chances sont totales d'obtenir gain de cause lors d'un procès, dans ce cas le montant de l'indemnisation sera important ; et le cas où les chances étant nulles ou quasi nulles, le seul souhait est de mettre fin à un contentieux pesant, en échange d'une indemnisation de principe. La transaction implique des concessions réciproques qui seront par la suite acceptées par les parties concernées, notamment par l'assureur. En effet, selon l'article L124-2 du Code des assurances, « *L'assureur peut stipuler qu'aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction, intervenues en dehors de lui, ne lui sont opposables. L'aveu de la matérialité d'un fait ne peut être assimilé à la reconnaissance d'une responsabilité* ». La transaction

1012MOLLAR - COURTEAU in www.village-justice.com Actualités juridiques, du 2 juin 2015 « *Médiation, conciliation et autres modes amiable : freins et limites* »

conclue seulement entre l'avocat et le plaignant n'est donc pas valable, par contre elle sera pourvue d'effet si entreprise par l'assureur et le plaignant.

281. Etant définie comme un mode alternatif de règlements des conflits, et même si la transaction peut s'établir en cours de procès ou encore après le prononcé de la décision par l'établissement d'une proposition transactionnelle, elle sera dans le cadre d'une procédure amiable le témoignage de la volonté de renoncer de passer par la voie litigieuse. Par conséquent il ne sera plus possible de contester le litige contre l'avocat devant un tribunal, ni contre son assureur que ce soit au titre de la garantie de l'avocat ou d'une éventuelle action directe contre l'assureur. De plus, la transaction a autorité de la chose jugée entre les parties selon l'article 2052 C.civ, elle doit donc être bien réfléchie. Sa concrétisation ou protocole d'accord nécessite quelques impératifs de forme, toutefois il n'existe pas de date précise ou « *moment opportun* » pour décider de recourir à la voie amiable. La raison commande de ne pas trop attendre, car plus le temps passe, plus il sera difficile voire impossible d'aboutir à un accord dans la mesure où le conflit se sera figé, empêchant toute discussion.

282. Dans le cadre des prescriptions obligatoires devront être identifiées en premier lieu les parties, soit le plaignant, l'avocat en cause et son assureur, puis, les faits faisant l'objet de la transaction, les réclamations de chaque partie en présence et ce qu'elles auront convenu entre elles devront être précisés. Enfin, devront figurer une clause résolutoire pour annuler ledit accord en cas d'inexécution, ainsi que les références aux articles 2044 et 2052 du Code civil rappelant le caractère transactionnel de la convention qui lui donnent son efficacité juridique. Pour que la transaction soit valide, aucune contrainte physique ou morale directe ou indirecte ne doit être exercée au cours du processus. La liberté de choix en matière amiable est fondamentale.

A noter que le Bâtonnier devra être informé du sinistre, tout comme de la manière dont celui-ci sera réglé. La transaction ne permet pas d'échapper à cette formalité.

2 - Les avantages et inconvénients de la transaction

283. Incontestablement, la solution de la transaction présente des intérêts tant pour le professionnel que les victimes à indemniser. Premier point non négligeable, ces dernières n'auront pas à subir la lenteur de la justice, de même, elles n'auront pas à faire de frais, ceux

nécessaires à un procès et s'ajoutant aux possibles honoraires déjà versés à l'avocat contesté. Les assureurs de leur côté estiment que la transaction revient bien moins chère qu'un procès, dans la mesure où le sinistre sera d'un coût de 30 à 40 % moins important. Par ailleurs, la compagnie d'assurance ayant indemnisé le sinistre peut exercer un recours en subrogation contre l'avocat qu'elle assure, que la subrogation soit conventionnelle ou légale¹⁰¹³. Les juges rappellent qu'une transaction ayant eu pour objet de dédommager un créancier de la perte subie par la faute de son avocat, l'assureur de ce dernier est légalement subrogé contre le débiteur¹⁰¹⁴, puisque peut bénéficier de la subrogation celui qui par son paiement et du fait de la subrogation a libéré celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette¹⁰¹⁵. Enfin, s'agissant de l'avocat, la transaction est sans nul doute le moyen le plus discret de régler un litige avec un client. C'est également une solution rapide et bien moins offensante que celle d'un procès ou publiquement, ses compétences sont remises en cause et ses fautes pointées du doigt, lui faisant au passage une belle publicité dont il se passerait sûrement bien.

284. Néanmoins, la transaction peut poser des difficultés dans la mesure où la franchise supportée par l'assureur, est inopposable à la victime, selon l'article 205 du décret du 27 novembre 1991. Il en ressort, que vis à vis de l'assureur, le complément de la somme plafonnée sera à la charge de l'avocat qui peut pourtant contester sa responsabilité ou s'opposer au paiement, et ainsi faire obstacle à la transaction. Cette inopposabilité fort salutaire est protectrice du justiciable lésé, qui ne saurait une seconde fois subir en plus de son dommage, les contre coups d'ordre financier du système d'assurance. Cependant, une décision semblant aller à contre courant des dispositions de l'article 205 du décret cité mérite d'être citée¹⁰¹⁶, les juges du fond ayant examiné la franchise contractuelle applicable à la police d'assurance, et le montant du plafond pratiqué. Le caractère inopposable de la franchise n'aurait pas du donner lieu à un tel calcul.

Il existe ceci dit des cas où la transaction ne pourra avoir de succès, le règlement du sinistre devra alors se faire par l'intermédiaire des tribunaux, c'est la procédure litigieuse.

1013 Article 1249 civ : « La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paye, est ou conventionnelle ou légale »

1014 Civ 1ère 25 mars 1997, Resp. civ. et assur. 1997 comm. n°242 note GROUDEL (H) ; JurisData n°1997-001439

1015 Civ 1ère 27 novembre 2013 n° 12-25399

1016 CA Rennes 1ère ch 9 mars 2004 n°149

B - La procédure litigieuse

Dans le cadre d'un procès, une fois la responsabilité reconnue, les sommes dues à titre d'indemnités pourront être versées, soit directement par l'assureur subrogé dans les droits de la victime (1) à moins que le sinistré n'exerce son droit d'action directe contre l'assureur (2)

1 - L'assureur subrogé

285. Une fois la décision de justice rendue et qu'aient été débattus les faits devant le juge, ceux là même attestant de la responsabilité de l'avocat, son assureur devra indemniser la ou les personnes lésées. Il existe un procédé appelé subrogation, selon lequel, il est possible de plein droit de permettre à une personne, elle-même tenue de la dette considérée, d'exercer un recours subrogatoire contre la personne sur laquelle doit peser la charge définitive de la dette¹⁰¹⁷. L'article L121-12 du Code des assurances prévoit la subrogation légale de l'assureur contre le tiers responsable, de sorte que « *l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur* ». Ainsi, l'assureur dispose suite au paiement des indemnités d'un droit de subrogation contre le débiteur. Cela équivaut à utiliser les droits de la personne à laquelle il a versé l'indemnité d'assurance pour demander au responsable du dommage de lui payer les dommages et intérêts. Il est donc demandé à la victime ayant reçu son indemnité de consentir la subrogation dans ses droits et actions sous forme de « *quittance subrogative* »¹⁰¹⁸. La subrogation étant par ailleurs totalement admise par la jurisprudence depuis la fin des années 80¹⁰¹⁹.

286. Ce mécanisme lui permet d'exercer un recours pour une somme équivalente à l'indemnité d'assurance qu'il a effectivement versée à son assuré. Cette somme n'étant autre que l'exécution de l'obligation à laquelle il a volontairement consenti en concluant le contrat d'assurance et en contrepartie de laquelle il a perçu une prime. Cette subrogation a lieu de plein droit, conformément à l'article 1251-3° C.civ¹⁰²⁰. Il existe également une subrogation

1017Civ 1ere 7 novembre 1995, n°93-16.148, « *Lamy Assurance* », édition 2015, n°102

1018« *Lamy Assurance* » précité édition 2015, n°1026

1019Civ 1ere, 23 février 1998, Bull. civ. I n°50, RCA, décembre 1998 chron. n°20, p. 302, observations GROU-TEL(H)

1020Article 1251-3°: *la subrogation a lieu de plein droit...au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter* ».

conventionnelle, selon l'article 1250 C.civ et suivant.¹⁰²¹ Ceci dit, étant donné les termes de l'article L 121-12 du Code des assurances¹⁰²², prévoir par contrat une subrogation paraît nullement indispensable pour que l'assureur puisse s'en prévaloir.

287. Pour autant, la subrogation ne sera possible que dans certaines conditions. En effet, celle-ci ne sera envisagée que si l'assureur de responsabilité a bien indemnisé la victime¹⁰²³ de son assuré d'une part, soit le professionnel avec qui il a contracté la police d'assurance, en vertu d'une obligation de garantie¹⁰²⁴. Et d'autre part, s'il a indemnisé alors qu'il pouvait opposer une exception à son propre assuré. L'action subrogatoire n'aboutit pas toujours, et l'assureur se voit valablement opposer l'autorité de la chose jugée¹⁰²⁵

2 - L'action directe contre l'assureur de responsabilité

288. L'action directe de la victime contre l'assureur est un droit qui fut consacré par la jurisprudence au début du XX^{ème} siècle¹⁰²⁶. Mais, ça n'est que depuis la loi du 17 décembre 2007 modifiant les dispositions de l'article L124-3 du Code des assurances, que le tiers lésé¹⁰²⁷ peut prétendre à l'action directe à l'encontre de l'assureur de responsabilité civile. Ce droit d'après les juges, trouve en vertu de la loi son fondement dans le droit à la réparation du préjudice causé par l'accident dont l'assuré est reconnu responsable¹⁰²⁸. Il est d'ordre public, et ne peut à ce titre faire l'objet de stipulations de contractuelles¹⁰²⁹

289. Cette action est soumise à conditions. En effet, pour agir, il est indispensable que la responsabilité de l'assuré à l'égard de la victime soit reconnue et le montant de

1021 Article L251 3^o civ: *la subrogation a lieu de plein droit « au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter »*. - Civ. 1^{re} 23 février 1998, Bull. civ. I, n^o50, RCA, décembre 1998, chron. n^o20, p. 302, observations GROUDEL (H)

1022 Article L121-12 du code des assurances : *« l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance, est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur »*

1023 Civ 3^{ème} 4 novembre 2010, n^o 209-70235

1024 Civ 2^{ème} 5 juillet 2006 n^o 05-11729

1025 Civ. 2^{ème}, 14 septembre 2006, n^o05-11.393 in AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* », Dalloz, 2^{ème} édition 2008 p. 190

1026 Civ 14 juin 1926, « *Lamy Assurance* », édition 2015, n^o1543

1027 Article L124-3 al. 1 : *« Le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable. L'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé, jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré »*

1028 Civ 28 mars 1939 DP 1939, I, p 68, note PICARD (M)

1029 « *Lamy Assurance* » précité n^o1550

l'indemnisation fixé¹⁰³⁰. Si les juges estimaient que l'action directe engagée par la victime contre l'assureur ne pouvait être accueillie que si la responsabilité de l'assuré était établie, celui-ci étant appelé en la cause, soit par l'assureur, soit par la victime¹⁰³¹ ; cette solution a changé peu de temps après au grand avantage de la victime, qui n'a plus mettre en cause l'assuré, pouvant ainsi directement engager une action à l'encontre de l'assureur¹⁰³². Récemment, les juges ont admis qu'«*il appartient à la Cour d'appel, lorsque la responsabilité de l'assuré n'a pas été établie, de statuer sur l'existence de la responsabilité de ce dernier à l'égard de la victime et sur le montant de la créance d'indemnisation de celle-ci* »¹⁰³³, ainsi même si l'avocat n'est pas présent à l'instance, il est possible de discuter de sa responsabilité, et ce en vertu du droit propre de la victime à l'indemnité d'assurance¹⁰³⁴.

290. Par ailleurs, les délais de prescription applicable en la matière, sont ceux de droit commun¹⁰³⁵, cette pratique est ancienne¹⁰³⁶. De fait, la prescription biennale prévue par l'article L. 114-1 du Code des assurances n'est pas applicable à la victime. De plus, il a été jugé que « *l'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité, qui trouve son fondement dans le droit de la victime à réparation de son préjudice, se prescrit par le même délai que son action contre le responsable et peut être exercée contre l'assureur au delà de ce délai, tant que celui-ci reste exposé au recours de son assuré* »¹⁰³⁷. L'autonomie du délai de prescription offert à la victime permet que celle-ci puisse agir quand bien même l'action serait par ailleurs prescrite, puisque « *cette action n'étant pas subordonnée à la mise en cause de l'assuré, l'interruption ou la suspension de la prescription de l'action en responsabilité dirigée contre l'assuré est sans effet sur l'action directe dirigée contre l'assureur* »¹⁰³⁸.

Cette possibilité d'agir en faveur du sinistré, est une solution d'autant plus recommandée s'il y a lieu de craindre l'insolvabilité de l'avocat. Ceci dit si les exceptions sont par principe inopposables à la victime, les exclusions contractuelles de garantie sont pour leur part opposables à la victime exerçant l'action directe, même dans le cas d'assurances obligatoires.

1030Civ 1ere 6 juillet 1999 n°98-12.526, Resp. civ. et assur. 1999, comm. n°342

1031Civ 1ere 6 juillet 1999, n°98-12.526, RCA 1999, comm. n°342 - Civ 1ere 29 février 2000, n°97-11.811, RGDA 2000, p.581, KULLMANN (J) - GROUDEL (H) « *L'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité : innovation et tradition* » Resp civ et assur 2000 chron n°12

1032Civ 1ere 7 novembre 2000, n°97-22582, Bull. civ. I n°274, p.177 – Civ 3 eme 15 mai 2002, n°00-18541, Bull. civ. III n°98 p.87 Resp. civ. et assur. 2002,comm. n°273, note GROUDEL (H)

1033Civ 2eme 30 avril 2014, n°13-16.004, « *Lamy Assurance* », édition 2015, n°1562

1034BRUN (P) « *Responsabilité civile extracontractuelle* » LexisNexis, 3ème édition 2014 p. 442

1035Civ 2eme 11 juin 2009 n°08-13.478, resp. civ. et assur. sept. 2009 jp.265 note GROUDEL (H)

1036Civ 28 mars 1939, Civ 2eme 11 juin 2009, n°08-13.478, « *Lamy Assurance* », édition 2015, n°1574

1037Civ 1ere 29 octobre 2002, n°99-19.742, RCA 2003, comm. 21, observations GROUDEL (H) – Civ 1ere 24 février 2004, n°01-14.491

1038Civ 2eme 7 février 2013, n°12-12.875, RCA n°4, avril 2013, comm. 129, observations GROUDEL (H)

C'est ce qu'il ressort d'une décision récente¹⁰³⁹

¹⁰³⁹Civ 2eme 30 avril 2014 n°13-16.557, RGDA 1er juin 2014, n°6, p. 355, observations MAYAUX (L)

CONCLUSION PARTIE I

291. Le métier d'avocat, conçu au départ comme un sacerdoce, il n'était point envisageable que le professionnel soit civilement redevable¹⁰⁴⁰. Mais une fois le mandat ad litem admis, l'avocat devint responsable à l'égard de son client. Désormais, les avocats ont tout à fait conscience de devoir rendre des comptes, notamment sur la base des principes qui gouvernent la profession, et qui les accompagnent peu importe la mission exercée. Ces principes dépassent les murs du sanctuaire de la profession, ils ont vocation à s'appliquer au delà. La responsabilité civile si elle est influencée par ces préceptes, n'en demeure pas moins une responsabilité civile de droit commun dotée d'aucun particularisme. Le législateur en 1971 précisait d'ailleurs que « *les instances en responsabilité contre les avocats doivent suivre les règles ordinaires de procédure* ».

292. Pourtant, en dehors de l'aspect procédural, il ne peut être nié une certaine singularité lors de l'étude de la responsabilité professionnelle de l'avocat. Cette spécificité tient à sa qualité double d'auxiliaire de justice et de profession libérale. C'est ce qui fait dire que la responsabilité civile de l'avocat échappe aux distinctions ordinaires soit la *summa divisio*. Ainsi la jurisprudence ne manque pas certaines fois, de se référer aux textes professionnels pour motiver ses décisions¹⁰⁴¹. Ce recours à la déontologie n'est cependant pas une pratique suffisamment généralisée et régulière pour permettre l'affirmation d'un véritable régime de responsabilité autonome. Ça n'est pas encore par l'intermédiaire de la responsabilité civile que la responsabilité de l'avocat se distingue le mieux. L'étude de la responsabilité civile souligne tout au plus ce particularisme qui toutefois concerne et s'applique à d'autres professions, juridiques ou non d'ailleurs. Il n'y a donc pas de singularité à part entière à l'instar de la responsabilité disciplinaire. Ceci pour des raisons historiques et pratiques. D'une part, le Code civil non conçu à l'époque pour le régime de responsabilité des professionnels et encore moins les avocats, il paraît évident qu'il n'y soit pleinement adapté Il est donc normal de relever des carences et que les juges cherchent à les palier en l'absence d'intervention du législateur. D'autre part, l'état actuel du droit positif se révèle suffisant pour régler le contentieux, notamment par le biais du mandat, article inchangé depuis 1804. A observer la procédure applicable, le constat est très simple : les règles ordinaires s'appliquent. Les difficultés

1040SUR (B) « *Histoire des avocats en France. Des origines à nos jours* » Dalloz 1998

1041Civ 1ere 30 octobre 2008 n°07-17.730 NP D 2009 995 note AVRIL

jaillissent plutôt lorsque la question relative à la responsabilité civile est explorée et analysée.

293. Dans la pratique, les juges semblent bien s'accommoder du droit en vigueur applicable, et si pour le compléter ils font parfois référence à la déontologie c'est que celle-ci n'est autre que l'expression de la « civilité » des avocats. Pour autant, le fait que la faute civile se caractérise indépendamment de la faute déontologique, conforte d'autant plus l'opportunité d'appliquer le droit commun. S'agissant du devoir de conseil, sa prétendue prééminence a apporté de la simplicité dans le désordre remarqué de la théorie générale de responsabilité civile, même si la conséquence directe a été l'inflation du contentieux du fait de l'engouement et de la facilité d'utilisation de cette notion. Néanmoins elle est insuffisante à elle seule pour fonder la responsabilité civile de l'avocat.

Le constat pour l'heure est celui d'une aggravation de la responsabilité civile de l'avocat : les manquements sont sévèrement appréciés, et l'indemnisation de la perte de chance facile.

PARTIE II

L'IMPACT AVERE DU CRITERE DE LA PROFESSION EN MATIERE DE RESPONSABILITE

294. La responsabilité pénale de l'avocat n'est pas en soi dotée de particularisme, contrairement à d'autres professionnels comme les notaires. Ainsi ces derniers selon la doctrine, se voient appliquer une « *responsabilité pénale d'appartenance* »¹⁰⁴² attachée à leur qualité même de notaire : la commission d'une infraction pénale de droit commun s'appréciera en fonction de leur statut particulier, et entraîne d'importantes répercussions sur l'exercice professionnel. Concernant l'avocat, en application de cette absence d'autonomisme, il n'y a aucune distinction entre un délit commis par un particulier qui détourne des fonds et l'avocat qui commet la même infraction. Le professionnel est concerné tant par les atteintes aux personnes qu'aux biens. Néanmoins, à côté de ce constat qui tend à montrer que l'avocat est somme toute, un justiciable bien ordinaire, il existe un droit pénal spécial qui lui est applicable. Ce nominatif renvoie à l'assertion de l'existence d'un droit s'appliquant à l'avocat du fait de la spécificité de son activité : les dispositions visant entre autre à sanctionner la violation du secret professionnel. Enfin en dehors du champ pénal, il convient de souligner l'existence d'une responsabilité disciplinaire. Celle-là même existe du fait de la qualité professionnelle. S'il n'y a pas de responsabilité pénale propre à la profession, l'aspect disciplinaire est tel qu'il enlève pratiquement tout intérêt aux poursuites pénales, notamment car ce type de responsabilité n'est soumis à aucune prescription particulière. Ce qui n'est pas le cas en droit pénal commun. La pratique montre que nombres d'infractions sont des délits instantanés dont la prescription court dès la commission de l'acte répréhensible, leur poursuite peut donc être un échec devant les juridictions de jugement. Par contre, la voie disciplinaire qui ne sera pas écartée sur cette base, peut s'avérer bien plus sévère voire infamante, d'une part car l'avocat y est jugé par ses pairs, mais aussi car elle rappelle que l'individu qui sera ou non condamné, a agi en dépit d'une déontologie, d'un code d'honneur approuvé par l'intéressé, et qui le plaçait dès le début de ses activités avantageusement en marge des autres citoyens lambda. Que penser d'un avocat dont le procès-verbal pour vol est dressé ? Dans l'hypothèse où un classement sans suite serait prononcé au pénal, il aura tout de même à comparaître devant la juridiction disciplinaire pour y subir suspension provisoire, puis interdiction temporaire d'exercer¹⁰⁴³. Ceci est loin de constituer une publicité en faveur du professionnel. En effet il paraît délicat si ce n'est inopportun, de confier des dossiers à caractère pénal à un « voleur »...ou comment être montré du doigt et stigmatisé tout au long d'une carrière. Il peut être concédé au droit pénal, la fonction de prévention et celle de sanction des infractions¹⁰⁴⁴, ceci n'est pas sans rappeler celle du droit disciplinaire. C'est

1042 POULPIQUET (de) « *Responsabilité des notaires* » Dalloz 2003 p 277

1043 CA Caen 9 février 1982 D 1983, dans « *La responsabilité de l'avocat* » AVRIL (Y) Dalloz 2008

1044 RENOULT (H) « *Droit pénal général* » Paradigme 2006

pourquoi en toute logique, l'étude de la responsabilité disciplinaire de l'avocat fera suite ici, à celle inhérente à sa responsabilité pénale.

Cette dernière présente un double intérêt: le constat de l'application des règles de droit commun et l'apparition d'un droit pénal spécifique, signant l'impact émergent de la profession sur le régime de responsabilité (T1). Majoritairement, l'implication du droit pénal dans le cadre d'un contentieux se solde par l'application d'un droit plus ardu et symbolique, ayant un impact cette fois ci direct en matière de responsabilité, soit, le droit disciplinaire (T2)

TITRE I

LA RESPONSABILITE PENALE OU L'IMPACT EMERGENT DE LA PROFESSION SUR LE REGIME DE RESPONSABILITE

La responsabilité pénale de l'avocat est symptomatique de l'évolution de la responsabilité pénale professionnelle en général. La mutation de la profession du fait de la diversification de ses missions accroît l'intérêt du recours à la peine selon BENEJAT¹⁰⁴⁵, et ce même si les avocats sont dotés d'une déontologie stricte et récemment d'un Code de l'avocat¹⁰⁴⁶. Devenu un véritable agent économique, il est désormais confronté au droit des affaires. Il encourt à ce titre des sanctions sur la base des chefs d'abus de confiance¹⁰⁴⁷, d'escroquerie¹⁰⁴⁸, de corruption¹⁰⁴⁹, ou encore la banqueroute, et parfois de faux¹⁰⁵⁰. Si la responsabilité pénale de l'avocat en ces termes est en vérité peu constatée, un exemple récent mérite d'être évoqué concernant le délit d'abus de confiance. Les avocats disposent d'un compte individuel à la CARPA sur lequel sont déposés les fonds qu'ils reçoivent ; en effet en deçà de 150 euros, les paiements peuvent être effectués en espèces contre quittance, sinon les règlements pécuniaires se font par chèques ou virements bancaires ou postaux. Les barreaux étant tenus par la loi de créer obligatoirement une CARPA¹⁰⁵¹, afin que les fonds y transitent, en attendant d'être reversés au client. Ceci est obligatoire. Les avocats ont par conséquent interdiction de recevoir une procuration qui leur permettrait de manoeuvrer des comptes ouverts au nom de leur client ou d'un tiers¹⁰⁵². L'avocat qui se soustrait à ses règles est passible de sanctions pénales sur la base du chef d'abus de confiance¹⁰⁵³. Les juges sont très clairs à ce sujet¹⁰⁵⁴, et ce peu importe

1045BENEJAT (M) « *La responsabilité pénale de l'avocat et du notaire* » édition Cujas 2013, propos introductifs

1046Code des avocats, DALLOZ 1ere édition parue en 2012

1047Crim 10 mai 2007 n°06-81.866

1048Crim 10 novembre 1999 n°98-81.762

1049Crim 17 décembre 2003 n°08-87.151 : corruption par un avocat d'un administrateur judiciaire pour éviter la liquidation de sa société

1050Crim 17 décembre 2008 n°08-82.280 : en l'espèce un avocat avait fait établir une fausse convention pour les besoins de son stage. Il fut condamné à 8 mois d'emprisonnement avec sursis et l'interdiction définitive d'exercer la profession.

1051Article 53, 9° de la loi du 31 décembre 1971 précité- Article 230 du décret de 1991 modifié

1052Article 235-2 du décret de 1991 « *Les avocats ne peuvent procéder aux règlements pécuniaires mentionnés au 9° de l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971 précitée que par l'intermédiaire de la caisse prévue au même article. Il est interdit aux avocats de recevoir une procuration ayant pour objet de leur permettre de disposer de fonds déposés sur un compte ouvert au nom de leur client ou d'un tiers, autre que l'un des sous-comptes mentionnés à l'article 240-1* »

1053Article 314-1 CP « *L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ».

1054Crim. 27 avril 1994, Gaz. Pal. 1994. 2. Somm. 414. - Paris, 23 février 1994, D. 1995. Somm. 164 : « *le fait pour un avocat d'avoir déposé une somme reçue de clients en vue de transiger avec le créancier, non au*

que le client ait donné son accord ou pas, sa volonté n'enlevant en rien le caractère délictueux des faits reprochés¹⁰⁵⁵.

En l'espèce, une avocate recevait les fonds destinés à indemniser ses clients directement sur un compte bancaire ouvert au nom de la SCP qu'elle dirigeait, sans les remettre à la CARPA. Les sommes placées et les intérêts générés ayant atteints près de 1,6 million d'euros, une enquête fut ouverte. Devant les juges, l'avocate faisait avoir qu'ayant remis aux clients les sommes dues, il n'y avait pas détournement de fonds. Cependant, du fait des règles professionnelles, et plus précisément l'article 240 du décret du 27 novembre 1991, la CARPA accusait un manque à gagner. L'avocate condamnée devant la Cour d'appel de Douai, forma un pourvoi en cassation, la Cour précisa que « *déposer les fonds reçus pour le compte de ses clients sur un compte autre que celui ouvert au nom de la CARPA, en violation de l'article 240 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, organisant la profession d'avocat, peu important qu'un accord existe ou non sur ce point avec l'auteur de la remise, entraine dans les prévisions de l'article 314-1 du code pénal* »¹⁰⁵⁶. Cette décision fait référence à un texte d'ordre professionnel quand le contentieux concerne le juge répressif : des sanctions disciplinaires étaient donc possibles par ailleurs: il a été ainsi jugé qu'un avocat séquestre de fonds se rend coupable d'une faute professionnelle grave en ne les déposant pas à la CARPA, puis en n'obtempérant pas à l'injonction du bâtonnier de les y transférer¹⁰⁵⁷. Les faits ne seraient quoi qu'il en soit pas restés impunis. Ainsi tout en visant un texte de nature professionnelle, le juge a tranché en défaveur de l'avocate sur le plan pénal. Cette tendance se confirme dans la pratique. Il existe un véritable lien entre la responsabilité pénale et disciplinaire de l'avocat, celui-ci amenant à constater l'impact de plus en plus prégnant de la qualité de l'avocat, dans le cadre du contentieux ; voire la création d'un droit pénal spécifique. Aussi, ce n'est donc pas dans le cadre du droit pénal général stricto sensu que la responsabilité de l'avocat est la plus significative.

Il existe un pan de la responsabilité pénale de l'avocat témoignant de la spécificité de la profession, qui tend à disparaître. Il concerne la publicité longtemps interdite pour les avocats et passible jusqu'alors de sanctions pénales. La publicité est désormais permise, mais ce changement s'est déroulé en plusieurs étapes. Tout d'abord, bien qu'autorisée la publicité était

compte de la CARPA, mais à un autre compte au nom de l'avocat et dont le client n'a pu obtenir la restitution qu'après l'action d'un second avocat et quatorze mois plus tard, alors que pendant cette période le prévenu n'était pas en mesure de représenter cette somme à tout moment, constitue le délit d'abus de confiance »

1055Crim 23 mai 2013, n° 12-83.677, Bull. crim. no 112 ; D. 2013. AJ 1624

1056Crim 23 mai 2013, n° 12-83677

1057Aix-en-Provence 17 mai 1976

réglementée¹⁰⁵⁸, excluant le démarchage. Puis, le décret du 28 octobre 2014 a modifié le décret du 12 juillet 2005¹⁰⁵⁹ et celui du 25 août 1972¹⁰⁶⁰, suite au projet de loi dit « consommation » porté par le ministre M. HAMON. L'amendement n° 641 présenté par le gouvernement y a inséré un article 5 en ces termes : « *L'article 3 bis de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est complété par deux alinéas ainsi rédigés : « Dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, l'avocat est autorisé à recourir à la publicité ainsi qu'à la sollicitation personnalisée. Toute prestation réalisée à la suite d'une sollicitation personnalisée fait l'objet d'une convention d'honoraires. »*. Cette réglementation permet à la France de se mettre en conformité avec les exigences européennes suite à la directive Bolkenstein du 1er décembre 2006¹⁰⁶¹ et l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne rendue le 5 avril 2011¹⁰⁶² estimant que « *l'article 24 paragraphe 1 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur,*

1058 Art. 66-4 de la loi du 31 décembre. 1971 : « *Sera puni des peines prévues à l'art. 72 quiconque se sera livré au démarchage en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique. Toute publicité aux mêmes fins est subordonnée au respect des conditions fixées par le décret visé à l'article 66-6* ». Art. 1 à 5 du décret n°72-785 du 25 août 1972 relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques. Art. 1er : « *Constitue un acte de démarchage au sens de l'article 66-4 de la loi du 31 décembre 1971 le fait d'offrir ses services, en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique ou de provoquer à la souscription d'un contrat aux mêmes fins, notamment en se rendant personnellement ou en envoyant un mandataire soit au domicile ou à la résidence d'une personne, soit sur les lieux de travail, de repos, de traitement ou dans un lieu public* ». Art. 2 : « *La publicité en vue de donner des consultations, de rédiger des actes ou de proposer son assistance en matière juridique ne peut être faite par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées* ». Article 15 du décret du 12 juill. 2005 : « *La publicité est permise à l'avocat si elle procure une information au public et si sa mise en œuvre respecte les principes essentiels de la profession. La publicité inclut la diffusion d'informations sur la nature des prestations de services proposées, dès lors qu'elle est exclusive de toute forme de démarchage. Toute offre de service personnalisée adressée à un client potentiel est interdite à l'avocat* ». - Une décision du 20 mai 2010 intègre deux décisions à caractère normatif adoptées par le CNB lors de ses assemblées générales des 9 et 10 avril 2010 et 7 et 8 mai 2010, portant réforme des articles. 10 et 14.4 du RIN.

1059 Décret n°2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, Article 15 al 3 « *toute offre de service personnalisée adressée à un client potentiel est interdite à l'avocat.* » dans son ancienne version

1060 Décret n°72-785 du 25 août 1972 relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques. L'article 66-4 de la loi du 31 décembre 1971 punissait d'une amende de 4.50 euros, et 9.000 euros si récidive, ainsi que d'un emprisonnement de 6 mois « *quiconque se sera livré au démarchage en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique* »

1061 Article 4 de la directive définit la « communication commerciale », comme « *toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, les biens, les services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée. (...)* »

Article 24, spécifique à la « *Communications commerciales des professions réglementées* » :

1. « *Les États membres suppriment toutes les interdictions totales visant les communications commerciales des professions réglementées* ».

2. « *Les États membres veillent à ce que les communications commerciales faites par les professions réglementées respectent les règles professionnelles, conformes au droit communautaire, qui visent notamment l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession ainsi que le secret professionnel, en fonction de la spécificité de chaque profession. Les règles professionnelles en matière de communications commerciales doivent être non discriminatoires, justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnées.* »

1062 CJUE 5 avril 2011 Affaire C-119/09, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable

doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui interdit totalement aux membres d'une profession réglementée, telle la profession d'expert-comptable, d'effectuer des actes de démarchages ». Cette logique bien que dégagée en l'espèce pour des experts comptables était tout à fait transposable aux avocats. Les États disposent de la possibilité de continuer à encadrer la communication des professions réglementées, mais ne doivent pas leur interdire totalement de communiquer. Désormais, la sollicitation personnalisée et la publicité par démarchage sont autorisées¹⁰⁶³. L'avocat doit simplement veiller à respecter les principes essentiels de la profession, notamment la discrétion, ce qui exclut l'usage d'affiches, de tracts, de films cinématographiques, d'émissions radios ou télévisées. Le Conseil National des Barreaux, réuni en assemblée générale les 10 et 11 octobre 2014, a adopté la décision à caractère normatif n° 2014-001 portant modification de l'article 10 du RIN relatif à la communication des avocats. Ce changement est un signe d'une part de l'évolution de la profession car elle se modernise, mais aussi l'expression de l'inquiétude de ses membres souhaitant se préserver face à une concurrence bien particulière¹⁰⁶⁴. Interdire à l'avocat l'accès à la publicité le condamnerait paradoxalement à rester dans l'ombre et à s'effacer devant la pratique contrefaite de certains individus, ou « braconniers du droit », prompts à vendre « du service de justice » en quelques clics. En cela faire disparaître l'interdiction de la publicité du champ pénal est salutaire. De plus celle-ci reste encadrée afin de servir au mieux les intérêts de l'avocat, de la profession dans son ensemble, tout comme ceux des clients. La publicité permise à l'avocat doit plutôt être assimilée à un message à caractère informatif, plutôt qu'à un quelconque battage ou autre propagande de nature commerciale. La spécificité de la responsabilité pénale de l'avocat ne s'illustre donc plus par cette intermédiaire, c'est pourquoi la publicité faite par l'avocat ne sera pas développée outre mesure.

Précisément c'est lors de la recherche de preuve de la participation de l'avocat à des faits pénalement répréhensibles qu'apparaissent les difficultés. En effet, faire jour sur des

1063L'article 13 de la loi n° 2014-6344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi Hamon, autorise les avocats « dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, (...) à recourir à la publicité ainsi qu'à la sollicitation personnalisée » (al. 1) ; étant précisé en outre que « toute prestation réalisée à la suite d'une sollicitation personnalisée fait l'objet d'une convention d'honoraires » (al. 2)

1064En 2011, le site « DemanderJustice.com » est mis en ligne par plusieurs journalistes. Il a pour but d'aider toute personne pour monter son dossier en ligne afin de saisir le juge de proximité ou le tribunal d'instance pour des affaires ne dépassant pas les 10 000 euros de préjudice. Suite au signalement du Barreau de Paris signalant ces pratiques, les deux fondateurs du site ont alors été cités à comparaître le 6 février 2014 devant le tribunal de correctionnel de Paris pour exercice illégal du droit. Le 13 Mars 2014 le tribunal correctionnel de Paris a relaxé le site DemanderJustice.com, considérant que celui-ci « remplit la tâche qu'il se fixe à savoir permettre à une personne de saisir une juridiction ou le ministère d'avocat n'est pas obligatoire sans se déplacer et sans assistance », ce qui n'est pas selon les juges, un exercice illégal de la profession d'avocat

infractions nécessite des investigations, or « *la vérité est une découverte et le secret l'étouffe* »¹⁰⁶⁵. L'avocat doit en tout état de cause garder secret ce que lui aura confié son client, de sorte que certaines mesures ne peuvent s'appliquer à lui. Que cela concerne les perquisitions, la captation d'image ou de données informatiques, le cabinet et à plus forte raison le domicile de l'avocat sont considérés comme des lieux à part, et ne peuvent être visités sans se heurter à de véritables exceptions légales qui témoignent du caractère particulier de son activité. Les exigences de confidentialité de correspondances, de respect du secret professionnel et de garantie de l'exercice des droits de la défense, nécessitent des garanties de procédure spécifiques. Celles ci ne doivent cependant pas être assimilées à des privilèges permettant entre autre au professionnel de se dérober aux prescriptions pénales. C'est en considération de ces particularismes qu'il peut être avancé que la profession a un impact sur le régime de responsabilité pénale. Des dispositions spécifiques existent à ce titre, elles font partie intégrante du corpus juridique chose non avérée concernant la responsabilité civile.

Elle s'illustrent et prennent place dans le cadre du secret professionnel (chapitre I) ainsi que pour ce qui relève des causes d'irresponsabilité pénale et des sanctions particulières encourues par le professionnel (chapitre II).

1065RAYNAUD (P) « *Secret et procédure* » in « *La responsabilité pénale de l'avocat et du notaire* » BENEJAT (M) p 15

CHAPITRE I - L'AVOCAT ET LE SECRET PROFESSIONNEL

295. La notion de secret est avant tout une notion de morale, elle « *appartient au sociologue avant d'être au juriste* », car il « *est l'une des nécessités naturelles de la vie en société, en dépit des différences psychologiques et morphologiques des groupements humains le secret. Son contenu comportant un ensemble d'impératifs que l'on retrouve dans toutes les sociétés* »¹⁰⁶⁶. D'idéal moral et règle naturelle, le secret a évolué pour devenir une disposition du droit positif, mais il n'en demeure pas moins l'expression de l'utilité sociale. Aujourd'hui, la société moderne bien que principalement basée sur l'information, et en demande perpétuelle de transparence, reste fascinée par ce qui relève du secret¹⁰⁶⁷. Le secret dont la rime avec « suspect » le rend davantage énigmatique, trouve aisément sa place au cœur des passions. Ceci explique pourquoi la seule référence au secret est ainsi « *critiquée, combattue, vilipendée...car par nature, le secret est un obstacle à la libre circulation de l'information et donc à la curiosité* » selon Bernard PY¹⁰⁶⁸. La coexistence pour le moins paradoxale des concepts de secret et d'information est pourtant possible. Il suffit pour cela de confier le secret à un « cerbère » bien particulier. D'ailleurs le terme, renvoyait dès l'origine un ensemble de connaissances réservées à quelques-uns. Comme s'il fallait avoir une qualité bien précise pour se voir confier un secret. Le détenteur du secret ne devra pas convoiter le contenu de la confiance recueillie, et répondra de ses actes s'il le trahit. Le gardien doit avoir une vertu morale sans précédent pour protéger l'information. En effet, le secret est l'ensemble des connaissances et des informations qui doivent être réservées à quelques-uns et que le détenteur ne doit pas révéler¹⁰⁶⁹. Plus précisément s'agissant du secret professionnel il faut entendre « *l'obligation, pour les personnes qui ont eu connaissance de faits confidentiels, dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, de ne pas les divulguer, hors les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* »¹⁰⁷⁰. L'étymologique du terme renvoie à « *secretus* », lui même issu de « *secernere* » du latin, signifiant - séparer de, isoler de - marquant ainsi la frontière entre soi et autrui¹⁰⁷¹.

1066PIMIANTA (L) « *Le secret professionnel de l'avocat* » introduction, édition A. Pedone 1937

1067« *L'air du temps est à la transparence, non au secret* » : VARAUT (J-M) « *Secret professionnel et confidentialité dans les professions juridiques et judiciaires* », Gaz. Pal., Recueil. 1997, doct. p 1054.

1068 PY (B) « *Secret professionnel : le syndrome des assignats ?* » A.J Pénal 2004 p 133

1069MARCELLI (A) « *RELATIONS ENTRE LE SECRET MÉDICAL ET LES SECRETS PROFESSIONNELS* » Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins du 28 janvier 2000 in www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/secretprofessionnel.pdf

1070CORNU (G) « *Vocabulaire juridique* », Association Henri Capitant, coll. Quadrige, PUF, 2003

1071MARCELLI (A) « *RELATIONS ENTRE LE SECRET MÉDICAL ET LES SECRETS PROFESSIONNELS* » Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins du 28 janvier 2000 in www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/secretprofessionnel.pdf

Ceci fait dire au sage César de PAGNOL : « *un secret, ce n'est pas quelque chose qui ne se raconte pas. Mais c'est une chose qu'on se raconte à voix basse et séparément* »¹⁰⁷². Le secret n'existe donc que dans l'ombre, fuyant la multitude pour ne se révéler qu'individuellement, au gré de ses dépositaires.

296. Les professionnels du secret sont nombreux et participent à la vie quotidienne, qu'il s'agisse du médecin qui consulte, du comptable, du prêtre qui confesse ou bien encore de l'avocat qui conseille. Sont-ils pour autant les maîtres absolus de ces secrets ? Il serait bien simpliste d'acquiescer. Les professionnels concernés et plus particulièrement les avocats sont en réalité soumis au secret. La nature et les conséquences de leur activité sont-elles, que le législateur veille. « *Tout comme les enfants s'aménagent des cachettes, les juristes ont transcendé ce besoin en un droit au secret* »¹⁰⁷³. La loi a donc consacré le secret, et à côté des exigences légales existantes, la profession s'est dotée en supplément de textes qui rappellent la nécessité de respecter et protéger le secret. En fait de maître, l'avocat est davantage le serviteur du secret professionnel. Cette relation délicate entre le secret et l'avocat traduit toute l'ambivalence du métier

Le secret professionnel apparaît comme étant une exigence à la charge de tout professionnel qui y sera soumis, il est donc à ce titre d'application générale (S1). Sa révélation parfois admise, relève pour sa part d'une exigence particulière car aménagée par les textes (S2)

conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/secretprofessionnel.pdf

1072PAGNOL (M) « *César* » Terrasse du bar, tirade de César, De Fallois eds, fortunio poche 2004

1073CARBONNIER (J) « *Pour une sociologie du droit sans rigueur* » Flexible Droit L.G.D.J 10eme édition p 320

Section I - LE RESPECT DU SECRET PROFESSIONNEL, UNE EXIGENCE PROFESSIONNELLE D'APPLICATION GENE-RALE

297. Le secret professionnel extrait du serment d'Hippocrate « *tout ce que je verrai ou entendrai autour de moi, dans l'exercice de mon art ou hors de mon ministère, et qui ne devra pas être divulgué, je le tairai et le considérerai comme un secret* »¹⁰⁷⁴, date du Vème siècle avant Jésus Christ. C'est ainsi que le médecin le plus connu de l'Antiquité grecque, devint sans le savoir l'auteur de la déontologie de sa profession, en interdisant à tout médecin de divulguer les informations recueillies au chevet de leurs malades. Plus anciennement, un texte tiré de la Bible¹⁰⁷⁵, dans la partie intitulée « Les proverbes », est attribué à Salomon fils de David roi d'Israël. Ces proverbes reflétaient la conception de la vie en société au Moyen Orient, mais à cette lointaine époque il s'agissait plus d'une règle morale que d'un impératif professionnel, dans la mesure où le proverbe s'imposait à tous au-delà des distinctions entre technicien et particulier. Hippocrate n'aurait donc fait qu'apporter à son art, une règle à caractère général qui existait à son époque. Désormais légalement, le médecin ne peut plus s'en affranchir¹⁰⁷⁶, ceci conformément à l'article 6§3 de la CEDH¹⁰⁷⁷. Par la suite, apparut le secret de la confession, véritable secret de nature professionnelle¹⁰⁷⁸. Le droit canonique¹⁰⁷⁹ comme les juges¹⁰⁸⁰, reconnaissent le caractère inviolable et absolu¹⁰⁸¹ de ce secret ; mais il ne saurait couvrir des faits de violences sexuelles, de sorte que le magistrat peut décider de la levée du secret¹⁰⁸². Il est donc admis que « *le droit positif assure un juste équilibre entre les nécessités des enquêtes pénales devant conduire à la manifestation de la vérité et la protection du secret professionnel reconnu aux ministres du culte dans l'intérêt du respect de la liberté de conscience de chacun* »¹⁰⁸³, puisque le secret doit avoir une limite au delà de

1074 En latin : « *Qui custodit os suum custodit animam suam. Commissa tacere qui nequit Hic niger est ; hunc tu, Romane, caveto* » KAHN (A) « *Le secret médical : d'Hippocrate à Internet* ». Recueil Dalloz 2009 p. 2623

1075 Verset 9 et 10 des Proverbes « *As-tu un procès avec ton prochain, défends toi mais sans dévoiler des secrets qui ne t'appartiennent pas tu serais blâmé par ceux qui t'entendent et décrié sans retour* » trad. sous la direction du grand rabbin Zadoc Kahn Ed Durlacher 1960

1076 PRADEL (J) « *L'incidence du secret médical sur le cours de la justice pénale* » JCP G 1969, I, 2234.

1077 Crim. 5 juin 1985, Bull. crim. n°218 ; D. 1988, 106, note FENAUX

1078 CARTIER (R-E) « *Le secret religieux* » revue sc crim et dr pén comparé 2003, n°3 p 485

1079 MOUTOUH (H) « *Secret professionnel et liberté de conscience : l'exemple des ministres des cultes* » D 2000, chron. p.431, I, 139

1080 Crim 4 décembre 1891 DP 1892, « *les ministres des cultes, légalement reconnus, sont tenus de garder le secret sur les révélations qui ont pu leur être faites à raison de leurs fonctions* »

1081 Crim. 11 mai 1959, Bull. Crim. 1959, n°253 - TC Bordeaux, 27 avril 1977, Gaz. Pal. 1977, 2, p.506 ; Rev. sc. crim. 1979, p. 104, obs. LEVASSEUR (G)

1082 Crim. 17 décembre 2002, JurisData n°2003-205464, Proc. 2003, n°3, n°74, p. 26 comm. BUISSON (J) ; JCP G 2003 n°10, 10036, II, p.404 note RASSAT (M-L) ; Gaz. Pal. 23 mai 2003, p. 17, note DAMIEN (A) et ECHAPPE (O)

1083 Question écrite à la garde des sceaux n° 67657, JO, Assemblée nationale du 21 janvier 2002

laquelle le silence gardé deviendrait abusif. Enfin, après le secret médical puis de la confession, le secret de l'avocat fut consacré¹⁰⁸⁴.

298. Plusieurs domaines d'activité sont concernés par le secret professionnel, il n'est pas l'apanage de l'avocat, la société libérale du monde occidental compte d'autres secrets essentiels¹⁰⁸⁵. La doctrine à ce propos suggère l'idée d'un secret non unitaire : il n'y aurait pas un, mais des secrets professionnels¹⁰⁸⁶. Cette diversité s'explique notamment par le fait que la relation de confiance entre le déposant du secret et son confident, incitant le premier à se dévoiler, est constatée dans le cadre de plusieurs professions. De plus en plus de personnes sont donc soumises à cette obligation de garder le secret, et pour chaque profession il y a des raisons différentes qui expliquent et légitiment le secret. Ainsi, le secret médical consacré par le Code de la santé publique est pénalement sanctionné¹⁰⁸⁷, le secret bancaire, le secret des ministres du culte¹⁰⁸⁸, le secret des experts comptables¹⁰⁸⁹, les notaires¹⁰⁹⁰, peuvent également être cités. A côté de ceux-là s'ajoutent d'autres types de secret tels que par exemple le secret de l'instruction et de l'enquête, imposé aux personnes y concourant, le secret des jurés sur les délibérations, ou encore le secret que peut opposer en justice le journaliste quant à ses sources d'information consacré par la CEDH¹⁰⁹¹, puis intégré au droit interne par la loi du 4 janvier 2010. Le secret des correspondances est également envisagé, mais il relève davantage du droit à la vie privée que du secret tel que défini plus haut. Selon PIMIENTA¹⁰⁹², il n'y a pas de théorie générale du secret professionnel, mais plusieurs, propres à chaque profession. Cependant au-delà de cette diversité, un lien semble unir tous ces secrets, c'est l'existence d'une législation qui les encadre. L'étude consacrée ici portera plus spécifiquement sur le secret professionnel de l'avocat. Véritable obligation nécessaire à l'exercice de la profession, il démarre dès la prestation du « petit » serment par les élèves avocats.

A travers l'histoire, la loi et la jurisprudence, il est facile d'observer que le secret professionnel, autrefois, absolu, tend désormais à s'amenuiser du fait des pouvoirs publics qui

1084 ADER (R) - DAMIEN (A) « Règles de la profession d'avocat », Dalloz Action 2008-2009 n°36.11

1085 PY (B) « Secret professionnel » in REP. PEN. Dalloz

1086 MERLE (R) et VITU (A) Traité de droit criminel : Droit pénal spécial Ed Cujas 1982

1087 Crim 8 mai 1947, arrêt Decraene JCP 1948, II, 4141, note LEGAL

1088 Crim 4 décembre 1891, Dalloz 1892, I, p. 139

1089 Com 8 février 2005 inédit

1090 L'article 3.4 – anciennement l'article 7 – du Règlement national du notariat, prévoit expressément que « le secret professionnel du notaire est général et absolu. Confident nécessaire de ses clients, le notaire est tenu au secret professionnel dans les conditions prévues par le Code pénal ou toutes autres dispositions législatives ou réglementaires »

1091 CEDH décision Goodwin / RU en 1996

1092 PIMIENTA (L) « Le secret professionnel de l'avocat » Edition A. Pédone 1937 p 7

multiplient les réglementations en la matière. Pour comprendre et éclairer les dispositions du droit positif, il convient au préalable de se pencher sur le passé, préciser l'histoire et le fondement du secret (§1). Par ailleurs, la notion est si prépondérante qu'elle a inspiré et influence d'autres concepts et principes (§2).

Paragraphe I – Histoire et fondement du secret professionnel de l'avocat

299. Le secret de l'avocat est présent dans le Digeste¹⁰⁹³. Ce constat n'est pas des moindres puisque ce corpus juridique transmet les extraits les plus instructifs de la doctrine, des jurisconsultes romains de la grande époque. La compilation fut commentée par de nombreux juristes dont FARINACCIUS¹⁰⁹⁴, qui posa le principe selon lequel il existe par présomption une relation affectueuse entre l'avocat et son client. L'avocat confident est donc un ami. De cette conception inattendue des liens existants entre les deux protagonistes, il est déduit que l'avocat ne sera pas suspecté « *propter praesumptam affectionem* »¹⁰⁹⁵. Le droit Romain instaura par la suite un délit de révélation de secrets, bien que la doctrine soit divisée sur l'existence réelle de l'infraction. PIMIANTA confirme cette hypothèse, à l'appui d'un texte d'ULPIEN situé dans le Digeste¹⁰⁹⁶, caractérisant l'avocat ayant failli à son obligation au secret, comme étant un prévaricateur. Les sanctions attribuées étaient d'ordre pénal et variaient selon les révélations faites et la qualité du révéléur. L'infraction pouvait donc concerner d'autres professionnels que l'avocat. Ainsi les anciens considéraient déjà cette infraction comme suffisamment grave pour soumettre leurs auteurs à des sanctions conséquentes. En dépit de l'instauration de sanctions pénales, le droit romain a permis seulement l'ébauche d'une théorie du secret professionnel¹⁰⁹⁷. A défaut d'avoir consacré pleinement la notion, les anciens ont instauré des bases. Cela démontre que les premières sociétés civilisées étaient déjà sensibles à l'importance de ce qui relevait de la confession et du secret, l'honneur des Anciens conférant à la confiance une nature sacrée et absolue.

1093 Recueil méthodique des décisions des plus célèbres jurisconsultes romains in www.cnrtl.fr

1094 PIMIANTA (L) Thèse Paris 1937 p 10 - (Prosper Farinaccius juriste du 17^e siècle)

1095 PIMIANTA (L) Thèse précitée p 10 : « *À cause de la présomption d'affection* » Traduction italienne personnelle

1096 ULPIEN : D. XLVII, XV, *De praevariatione* in « *Le secret professionnel* » Thèse PIMIANTA (L) « *Le secret professionnel de l'avocat* » édition A. Pédone 1937 p 11

1097 PIMIANTA (L) Thèse précitée 1937 p 13

300. Sous l'ancien droit, l'avocat était par principe dispensé de témoigner¹⁰⁹⁸, à moins que le souverain ou l'Etat ne soit menacé. En effet, l'obligation au secret cédait en cas de menace pour le roi, si le client le consentait, et en cas de confession frauduleuse¹⁰⁹⁹. En dehors de ces cas, l'avocat coupable d'indiscrétion était reconnu comme prévaricateur, et soumis à des peines pécuniaires et corporelles, voire la mort¹¹⁰⁰. Détenteur du secret, son cabinet était inviolable¹¹⁰¹ et la saisie des papiers et lettres missives interdite¹¹⁰². Les secrets révélés ne pouvaient servir de preuve en justice. Jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, le secret constituait en un usage, et ne figurait dans aucun texte de loi. M.SUR¹¹⁰³, affirme que le secret était un principe très respecté en dépit de l'absence de texte. Cela ne paraît pas insurmontable pour des juristes, dans la mesure où la coutume ou usage fut longtemps une des sources principale du droit. La profession s'est auto régulée, les avocats maîtrisaient les règles qui gouvernaient leur métier. En d'autres termes, ça n'est pas la règle qui les régissait, mais les avocats eux même qui gardaient la règle. Etre gardien d'un tel concept souligne d'autant plus la dimension sacrée flottant autour de l'avocat, telle qu'elle lui était conférée à l'origine, lorsqu'il était clerc au sein de la confrérie de Saint Nicolas. C'est dans la haute conscience professionnelle du Barreau, selon PIMIANTA¹¹⁰⁴, qu'il est possible de trouver et expliquer l'absence totale de textes ou décisions rapportant des révélations faites par un avocat. BOSSUET souligne : « *pour faire garder le secret, on n'eut jamais besoin de supplices ; le secret se recommandait comme tout seul et par sa propre importance* »¹¹⁰⁵. L'ancien droit a permis d'aboutir à la théorie du secret professionnel. La loi ayant instituée l'avocat, elle lui impose corollairement celle du secret, sans laquelle ses fonctions sont impossibles. La loi se joint à la morale et l'intérêt public pour punir celui trahissant un secret dont il doit, à son état ou sa profession, d'être le défenseur. Si durant une longue période aucune disposition de loi ne fut utile pour préserver le secret, la nécessité de légiférer est apparue, « *l'époque moderne étant vouée à la transparence, voire dans des cas extrêmes, à l'indiscrétion* »¹¹⁰⁶. C'est dans ce contexte que naquit l'article 378 de l'ancien Code pénal, et c'est à partir de ce même texte que fut créé

1098L'ordonnance de Montils les Tours de 1453 de Charles VII dite « *ordonnance pour la réformation de la justice* », l'édit du 22 décembre 1477 de Louis XI et l'ordonnance de juillet 1493 de Charles VIII, reconnaissent à l'avocat comme au confesseur, le droit de ne pas témoigner en raison du secret dont ils étaient dépositaires in PIMIANTA (L) Thèse précitée 1937 p 14,15,16

1099PIMIANTA (L) précité p 23

1100CASTEL - PERARD in PIMIANTA (L) précité p 17

1101 Arrêt du 7 septembre 1742 in CAMUS (A-G) – DUPIN (A) « *Lettres sur la profession d'avocat* » Librairie de jurisprudence Tarlier 1833 p 60

1102Arrêts des 9 mars 1645 et 12 février 1672 in PIMIANTA (L) « *Le secret professionnel de l'avocat* » p 23

1103SUR (B) « *Histoire des avocats en France, des origines à nos jours* » Dalloz 98

1104PIMIANTA (L) « *Le secret professionnel de l'avocat* » Thèse Paris 1937 p 17

1105PIMIANTA (L) précité p 13

1106CHAMARRE (J) « *Secret professionnel de l'avocat et incitation à la dénonciation* » Gaz Pal 2002, I, Doctr 282 et suivants

l'article 226-13 du CP tel qu'il existe aujourd'hui.

Afin de mieux cerner le secret professionnel, il convient d'évoquer ses fondements idéologiques (A), puis les différents textes du code pénal l'ayant consacré (B)

A – Les fondements idéologiques du secret professionnel

Un regard sur l'Histoire permet de conclure que le respect du secret professionnel qu'il concerne ou non l'avocat, ne justifiait d'aucune existence légale, alors même qu'il était de vigueur dans la pratique. C'est dire la dimension à part, quasi sacrée du secret. Les anciens rattachant pratiquement tous les domaines et les actes de la vie à la religion, une telle conception n'est pas étonnante. Mais le XIXe siècle, ère de spectaculaires progrès techniques et scientifiques ne pouvait se contenter d'un dogme pour fonder le secret professionnel. Il fallait désormais réagir et offrir « a posteriori » des bases solides et cartésiennes à la notion. Plusieurs théories s'affrontent. S'opposèrent en effet la thèse contractuelle qui fut prépondérante au XIXe siècle (1) à celle reposant sur l'intérêt social et l'ordre public (2).

1 - La théorie contractuelle d'ordre privé

301. Brandir la théorie contractuelle pour en déduire l'obligation au secret de l'avocat, consiste au préalable à reconnaître l'existence d'une convention entre le client et son conseil. Qu'elle peut-elle être ? Les disciples de l'ancien droit pour ce faire, affirmaient que l'avocat au même titre que le médecin ou le prêtre, s'engage à ne rien révéler. Le client étant libre de choisir son avocat, il se confie à ce dernier qui corrélativement accepte ou non les confidences, et plus largement de prêter ses services. Il y a donc un échange de consentement. La question sur l'existence d'une relation contractuelle entre l'avocat et son client ayant été antérieurement développée plus spécifiquement, elle ne sera pas revue ici. En revanche s'agissant de la nature de la convention, il convient d'apporter quelques lumières. L'article 378 du CP de 1810 mentionne le terme « *dépositaires des secrets* ». Le dépositaire étant celui qui accepte un dépôt ou un secret¹¹⁰⁷. A côté du texte du Code pénal, existe un article selon lequel « *Le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit* »¹¹⁰⁸. Le dépositaire ne pouvant « *...se servir de la chose*

1107 Extrait du petit Larousse illustré 2012

1108 Article 1921 C.civ « *Le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit* »

déposée sans la permission expresse ou présumée du déposant »¹¹⁰⁹. Tels étaient les bases légales permettant de baser le secret de l'avocat sur le dépôt, renforcé par la simple présence du terme « dépôt » dans le texte. Néanmoins cette qualification n'est pas satisfaisante. En se référant à la définition proposée plus haut, il s'avère que ce qui est accepté est « *un dépôt ou un secret* », ce qui laisse à penser du fait de l'utilisation de la conjonction « où » que l'un n'est pas l'autre¹¹¹⁰.

302. Si le Code civil est un argument pour les défenseurs du dépôt il est aussi son détracteur. En effet, selon l'article 1917 C.civ « *Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit* » or la relation entre l'avocat et son client se fait en échange d'honoraires, la gratuité est donc pleinement exclue ici. De plus selon l'article 1918 C.civ « *il ne peut avoir pour objet que des choses mobilières* » or la confiance est une parole, non une chose meuble, palpable, en référence à la qualification du meuble par nature¹¹¹¹. Enfin la confiance ne saurait être restituée, comme l'exige l'article 1915 C.civ¹¹¹², dans la mesure où elle n'appartient pas, du moins « plus » à son auteur, une fois que celui-ci l'a exprimée. Il paraît en outre évident que les propos confiés à l'avocat ne peuvent être restitués au client. Par ailleurs, l'affirmation selon laquelle la liberté de choix de l'avocat est le pendant du consentement au contrat au nom de la liberté contractuelle est à modérer. Dans la réalité tous les justiciables ne choisissent pas leur avocat. L'assistance juridique gratuite ou semi gratuite, conférée dans le cadre des commissions d'office atténue fortement l'idée de choix, puisque le client se voit « imposer » un avocat en particulier plutôt qu'un autre. Le dépôt ne semblait donc plus indiqué comme le prétendait LABEON à Rome¹¹¹³, ou RAVIOT sous l'ancien droit¹¹¹⁴, afin de fonder juridiquement le secret professionnel. ; ceci une fois le code civil établi et bien installé dans le paysage juridique. A moins d'une réforme des textes en la matière permettant d'englober ses spécificités, le secret ne saurait constituer en un dépôt et corollairement ce dernier ne peut encore moins constituer un fondement juridique à la

1109Article 1930 C.civ « *Il ne peut se servir de la chose déposée sans la permission expresse ou présumée du déposant* »

1110Grammaticalement la conjonction ne marque aucun lien de dépendance entre les termes cités. elle semble ici plutôt donner un choix entre l'un et l'autre, si ce n'est les opposer. De telles considérations ne suffisent heureusement pas à détruire la thèse du dépôt, mais cette analyse « littéraire » peut déjà constituer une piste.

1111 Article 528 C.civ « *Sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère* »

1112Article 1915 C.civ « *Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature* »

1113LABEON : « *si le secret a été violé par le depositaire, qu'il soit puni par l'action du dépôt* » in PIMENTA (L) « *Le secret professionnel de l'avocat* » thèse Paris 1937 p 30

1114RAVIOT : « *le secret est un dépôt ; c'est chose sacrée à laquelle il n'est point permis de toucher...* » in PIMENTA précité p 31

protection du secret. Cependant, les défenseurs intransigeants de la thèse contractuelle ont par la suite avancé l'existence possible d'une convention inconnue des classifications légales¹¹¹⁵, mais qui répondrait aux exigences générales relatives à tous les contrats, à savoir un contrat innommé.

303. Approuvant l'insuffisance de la théorie du dépôt¹¹¹⁶, l'idée d'un contrat innommé¹¹¹⁷ purement consensuel et unilatéral¹¹¹⁸ a été admise. Il faudrait alors pour lever le secret, un second contrat qui interviendrait entre les mêmes parties, mais dont la cause serait différente. Malheureusement une telle hypothèse en plus de paraître peu adaptée, soulève aussi des difficultés pour la plupart similaires à celle de la théorie du dépôt : d'une part du fait de la restriction du consentement dans l'hypothèse de la commission d'office, mais également car dans le cadre d'un litige intervenant au sein du contrat, l'article 1184 C.civ¹¹¹⁹ applicable en cas d'inexécution, ne serait pas envisageable. En effet comme le précise PIMIENTA¹¹²⁰, si le client ne paie pas les honoraires dus à l'avocat, celui-ci sera néanmoins toujours tenu au secret et ne pourra pas agir pour se défaire de cette obligation. A l'inverse un avocat qui trahit le secret, devra répondre de ce manquement grave, du fait de l'existence d'un texte de nature pénale, et aucunement au nom d'une disposition relative au contrat qui serait contenue dans le Code civil. La référence à un texte pénal exprimant au-delà du dommage subi par le concerné en particulier, le trouble à l'ordre public soit à la société en son entier. Ne pas respecter le secret professionnel va au-delà des considérations purement contractuelles et individualistes, cela intéresse l'ordre public.

304. La théorie du fondement contractuel principalement défendue en France, traduisait le souci de protéger le confident en cas de révélation dommageable, elle s'inscrit dans le cadre de l'esprit libéral et individualiste du XIXe siècle. Ceci se vérifie d'autant plus par la place consacrée à l'article 378 de l'ancien CP¹¹²¹ : révéler le secret professionnel s'apparentait à

1115PERRAUD – CHARMENTIER est un auteur ayant défendu cette thèse, in PIMIENTA précité p 34

1116GARCON (E) « *Code pénal annoté* » Tome Deuxième Librairie Sirey 1956

1117Article 1107 C.civ « *Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre* »

1118Article 1103 C.civ « *Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement* »

1119Article 1184 C.civ « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* »

1120PIMIENTA (L) « *Le secret professionnel de l'avocat* » Edition A. Pédone 1937 p 34

1121Troisième partie du code des délits et des peines, Titre II consacré aux crimes et délits contre les particuliers, en son chapitre premier sur les crimes et délits contre les personnes, Section VII § II calomnies injures révélation de secrets

diffamer ou calomnier, consistant ainsi en une atteinte à la personne. Tous les constats opérés ci-dessus amènent à l'idée selon laquelle le secret professionnel ne peut s'apparenter à une obligation de nature contractuelle. Outre ne pas revêtir les différents aspects afférant à un contrat pour s'y conformer, le secret les dépasse, car il trouve sa justification dans une notion bien plus générale et contraignante, n'appartenant en aucun cas aux exigences de ceux qui seraient ponctuellement ou opportunément intéressés par le secret professionnel.'

2 - La théorie du fondement social et de l'ordre public

305. L'intérêt particulier et sous-jacent à l'hypothèse contractuelle, pourrait permettre en théorie la levée du secret si telle était la volonté d'une partie. Mais cette conséquence restreindrait donc la portée de la loi. A quoi servirait le contenu du texte pénal si par simple manifestation individuelle il pourrait y être dérogé ? Le fait est que le législateur, en consacrant une interdiction de nature pénale, entend qu'il ne soit pas passé outre. Il n'y aura donc aucun arrangement possible avec la loi, d'autant qu'*« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »*¹¹²². Si la révélation du secret professionnel est incriminée, c'est que cela importe au confident, son avocat, mais surtout à la société en générale. C'est donc l'intérêt général qui exige que soit punie la révélation du secret et à fortiori que ce dernier soit protégé. Les arguments avancés en faveur d'une telle hypothèse, paraissent bien moins contestables que l'hypothèse contractuelle.

306. L'avocat M. GARÇON, dans une note rédigée sous l'article 378 de l'ancien Code pénal, s'exprimait comme suit, - les plus hautes juridictions, à travers leur jurisprudence, abondent d'ailleurs dans le sens de son analyse¹¹²³ - : *« le secret professionnel a uniquement pour base un intérêt social. Sans doute sa violation peut causer un préjudice au particulier, mais cette raison ne suffirait pas à en justifier l'incrimination. La loi punit parce que l'intérêt général l'exige. Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le catholique un confesseur ; mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission, si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidents nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé sans condition ni réserve, car personne n'oserait*

¹¹²²Article 6 C.civ

¹¹²³Crim. 8 mars 1947, D 1948 – 22 déc 1966 D 1967 - Cons.const n° 94- 352, 18 janvier 1995 relative à la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité

plus s'adresser à eux si on pouvait craindre la divulgation du secret confié. L'article 378 a pour but, moins de protéger la confiance d'un particulier que de garantir un devoir professionnel indispensable à tous ». Ce raisonnement vaut toujours pour l'actuel texte du Code pénal en son article 226-13¹¹²⁴, il est ainsi admis par la doctrine que GARCON a permis « d'accomplir un pas gigantesque en droit français »¹¹²⁵.

307. Depuis 1844 la Cour de cassation n'a pas changé son point de vue, et continue à affirmer que la disposition relative au secret professionnel de l'avocat est générale et absolue. Le secret est une condition de l'effectivité de l'exercice, de l'avocat, il contribue plus largement à l'existence d'une société démocratique.¹¹²⁶ A ce titre, son rattachement à l'article 8 de la CEDH a permis que la protection du secret professionnel soit renforcée¹¹²⁷, et érigé par la CJCE comme une norme communautaire¹¹²⁸. Appréhendé comme « obligation de se taire et droit au silence, le secret professionnel est absolu, d'ordre public et illimité dans le temps ; sa force est telle qu'aucun texte ne le définit »¹¹²⁹. MUTEAU confirme, le secret garantit le devoir professionnel, il permet l'efficacité de la mission de ce dernier, c'est pourquoi il est absolu et d'ordre public, au même titre que le délit de révélation du secret est d'ordre social et non privé¹¹³⁰.

308. Se confier à un être « impudent et vil » relève de la faute personnelle, mais uniquement de celle très intime du for intérieur, de la part de celui qui s'est épanché sans prendre garde. Cela lui servira de leçon et il apportera désormais plus de soin au choix de son confident. Telle est la leçon quelque peu misogyne, que donne Jean de la Fontaine dans un de ses fabliaux dès le début de son œuvre, rédigé sous forme de vers « Rien ne pèse tant qu'un secret »¹¹³¹. En guise de consolation, l'être floué pourra à sa guise, condamner moralement et personnellement le responsable, mais aucune action en justice ne pourra être envisagée dans

1124 Article 226 – 13 CP « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende »

1125 ADER (H) - DAMIEN (A) « Règles de la profession d'avocat » Dalloz Action 2008_2009, n°36.21

1126 Article 8 CEDH « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et quelle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »

1127 CEDH 16 décembre 1992, n°13710/88, Niemietz, RTDH 1993, p.467

1128 CJCE 18 mai 1982, n°155-79, AMCS Europe, D. 1983, IR 386, observations. CARTOU

1129 DELAS (J-M) « Secret professionnel : avançons dans un monde de droit », Gaz. Pal. 6 au 8 janv. 2008, 10743, p.2

1130 MUTEAU in GARCON (E) « Code pénal annoté » Tome Deuxième Librairie Sirey 1956 p 517

1131 De la FONTAINE (J) « Les femmes et le secret » Fable de la Fontaine, Livre VIII, fable 6

ce cas de figure. En effet, en dehors de tout rapport professionnel, l'intérêt public ne demande pas la répression en cas de révélation du secret confié à un ami. Cependant lorsque l'oreille qui reçoit ces propos est celle d'un avocat et que le secret est trahi, c'est la population entière qui a de quoi s'inquiéter et qui hésitera sûrement à recourir par la suite au professionnel. Qu'attendre de la justice, si ses préposés ne sont pas dignes de confiance ? Le secret professionnel est prévu dans le serment professionnel¹¹³², il s'apparente donc au surplus à une règle déontologique. C'est dans un but de protection et afin que le justiciable se dirige sans crainte vers son conseil que le législateur s'est enquit d'un texte de loi sanctionnant les indiscretions dans le cadre professionnel. L'avocat n'est donc « *pas tenu de révéler ce qu'il a appris par une suite de confiance qui lui a été accordée* »¹¹³³ ; mieux il est strictement « *tenu de ne pas révéler* »¹¹³⁴. Il s'agit donc d'une obligation d'ordre public, instaurée dans l'intérêt général car c'est la société qui a intérêt à ce que la confiance soit garantie, pour la création et le maintien de certaines relations sociales. L'ordre public traduisant la prééminence des intérêts sociaux sur les volontés individuelles.

309. Plus globalement, c'est bel et bien dans un Etat de Droit soucieux des libertés individuelles des citoyens, que l'intrusion abusive dans l'intimité de la vie privée donnera lieu à la sanction des révélations par autrui, d'informations confidentielles. La violation du secret professionnel, n'est d'ailleurs pas la seule incrimination relative à la répression des accès illicites à la sphère privée de l'intimité de la personne. Si la théorie de l'ordre public paraît indiquée pour fonder le secret professionnel de l'avocat, le concept qu'elle sous entend s'avère plutôt vaste et inflexible. En effet selon TERRE, SIMLER et LEQUETTE, l'ordre public est une norme à contenu indéterminé, un standard qui ne répond à aucune définition précise¹¹³⁵. Elle demeure une vaste conception d'ensemble de la vie en commun¹¹³⁶, une fiction juridique, nécessitant « *le relais du juge pour être concrétisée* »¹¹³⁷. Aussi comment fonder le délicat concept de secret professionnel par son intermédiaire ?

310. L'avocat est contraint selon la thèse absolutiste, d'observer un secret professionnel général et absolu, ce qui signifie qu'il a l'impossibilité totale de révéler une confiance.

1132Corbeil Essonne 27 décembre 1895 D 1897 1ere partie p 233

1133Crim 22février 1828

1134Crim 20 janvier 1826, cet arrêt pose l'idée que l'avocat dépositaire par profession des secrets qu'on lui confie « *ne peut* »les révéler

1135TERRE (F) – SIMLER – LEQUETTE (Y) « *Droit civil, les obligations* » 7eme édition Dalloz 1999 n°348

1136GUINCHARD (S) – MONTAGNIER (G) « *Lexique des termes juridiques* » Dalloz 2001 13eme édition p 392

1137TERRE (F) précité

Hésiter selon PIMIENTA serait déjà enfreindre le secret¹¹³⁸. Telles sont les conséquences immédiates d'une qualification d'ordre public. Le secret s'en trouve également illimité dans le temps¹¹³⁹. A fortiori même si les intérêts de son client le commandent, l'avocat ne doit pas parler, car l'ordre public « *d'un point de vue dialectique s'oppose aux libertés individuelles* »¹¹⁴⁰, à moins qu'une disposition d'ordre public ne le lui permette. Il devra donc se taire dans toute circonstance, y compris celle où sa propre personne ou la vie d'autrui serait menacée. Ceci n'est-il pas pour le moins absurde et contraire aux intérêts de la société et de l'ordre public ? Pis, le constat est que la protection souhaitée et érigée par le législateur disparaît, avalée par le texte qui l'a pourtant établie. Le fondement de l'ordre public trahit donc ses propres objectifs, et les limites de la théorie apparaissent d'autant plus insupportables. Il faut se garder « *des déductions inflexibles et strictement logiques conduisant au summum jus et tenir compte surtout des nécessités pratiques et de bon sens* »¹¹⁴¹. Ce n'est pas pour autant qu'il faille rejeter en bloc le postulat de base. Si la conception d'ordre public appliquée stricto sensu n'est pas envisageable ; une application casuistique, au lieu et place d'une interprétation purement théorique, conviendrait aux exigences sociétales et professionnelles. En vérité le caractère absolu ne vaut véritablement que pour le principe qu'il auréole, plus qu'il ne le définit. Dans l'imaginaire collectif, il est de bon ton de sacraliser le bureau de l'avocat, en en faisant un sanctuaire où chaque parole prononcée serait gardée religieusement. Au-delà du précepte, la pratique livre un tout autre aspect du secret. En effet il faut garder à l'esprit que les confidences recueillies serviront à la défense d'un cas humain, et seront donc retranscrites de façon plus ou moins directe devant un tribunal, et cela pour servir la seule cause de celui qui s'est confié. Il serait absurde d'interdire à l'avocat de verser aux débats les propres pièces de son dossier.

311. Aussi, et bien que la totalité des informations réceptionnées soit soumise au secret, il appartient à l'avocat de déterminer et exprimer tout ce qui paraît utile à la défense de son client, et a fortiori de taire tout ce qui lui est nuisible, de sorte que le secret apparaît ici plutôt comme relatif. Une telle conception permet dès lors d'envisager des entorses possibles au secret. Le secret est une sauvegarde d'intérêts privés sous forme du respect de la confiance, au nom de l'ordre public, ce qui fait peser sur l'avocat l'obligation de se taire, sous peine de

1138PIMIENTA (L) « *Le secret professionnel de l'avocat* » Edition A. Pédone Paris1937 p 101

1139 Article 5 du Décret du 12 juillet 2005 – Art 2 Décision du Conseil national des Barreaux à caractère normatif n° 2005-003 - *il perdure au-delà du décès du confident englobant toutes les matières concernées soit la défense et le conseil, comme rappelé par le décret cité*

1140GUINCHARD (S) – MONTAGNIER (G) « *Lexique des termes juridiques* » Dalloz 2001 13eme édition précité

1141GARCON (E) « *Code pénal annoté* » Tome Deuxième Librairie Sirey 1956 p 517

sanction pénale. La notion d'ordre public ne peut donc être ici que souple, comme l'affirmait CAPITANT, puisque « *devant s'adapter aux complexités des intérêts sociaux, à la multiplicité des formes des activités individuelles, et tenir compte des changements qui peuvent à tout moment se produire dans l'importance respective des besoins de défense sociale ou de la nécessité qu'il y a à reconnaître aux individus une plus ou moins large autonomie* »¹¹⁴². Dans cette optique, il est donc tout à fait possible de qualifier l'obligation au secret d'ordre public.

312. Les tribunaux français ont dès le début du XIXe siècle réfuté le fondement d'ordre public, même dans son approche absolutiste, au profit de l'idée d'une nécessité morale. A l'époque, la morale était bien supérieure à la conception d'ordre public. D'ailleurs, certains pays ignorent actuellement la protection pénale du secret professionnel, se basant également sur l'idée de morale, et la répression en est très limitée comparée au droit interne¹¹⁴³. Cependant le droit ne sanctionne pas l'inobservation de la morale, même si leurs liens sont souvent étroits. Il fallu donc reconsidérer positivement le fondement d'ordre public¹¹⁴⁴ : depuis lors, l'interdiction de révéler le secret pour l'avocat est certes un acquis professionnel issu de la déontologie, mais aussi une obligation absolue d'ordre public inscrite dans la loi. Par ailleurs, le fondement du secret professionnel de l'avocat a encore été réaffirmé avec force par la Cour de justice des Communautés européennes le 26 juin 2007¹¹⁴⁵, il est double : celui du droit à un procès équitable et celui du droit au respect de la vie privée. Dans le même esprit, la Cour d'appel de Paris déclarait que : « *le délit de violation d'un secret professionnel est institué non seulement dans l'intérêt général, pour assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions, mais également dans l'intérêt des particuliers, pour garantir la sécurité des confidences que ceux-ci sont dans la nécessité de faire à certaines personnes du fait de leur état et de leur profession* »¹¹⁴⁶. L'ordre public comme l'intérêt privé sont cités et semblent indissociables. Aussi, la théorie du secret professionnel devrait donc être indépendante, car elle emprunte à plusieurs domaines. « *Le vice de tous ces systèmes théoriques qu'on a voulu édifier à propos du secret professionnel est, croyons nous, d'avoir voulu soumettre à principe unique des secrets pro qui sont différents et dont la nature et le caractère sont très variables, ce ne sont les mêmes raisons qui expliquent et leg ces secrets. L'intérêt social se retrouve sans doute au fond de chacun d'eux mais tandis que l'intérêt*

1142REVET (T) « *L'ordre public à la fin du XXe siècle* » Dalloz 1996

1143Tel est le cas de l'Angleterre, la Grèce et la Norvège

1144Crim 9 mai 1913 D 1924 1ere partie p 206 – crim 22 novembre 1916 Gaz pal 1917 p 882

1145CJCE 26 juin 2007 Ordre des Barreaux francophones et germanophones ; Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles/Conseil des ministres

1146CA PARIS 27 mai 1997, JCP G 1997, II, 22894, note DERIEUX ; Gaz. Pal. 1997, 2, somm. 362

privé apparaît clairement pour les uns et qu'il semble impossible d'en faire abstraction, il disparaît pour les autres ». C'est pour cette raison, qu'il y a lieu de procéder à autant d'études séparées qu'il y a de secret car « *peu de matières sont aussi compliquées que le secret pro* », selon PLANIOL¹¹⁴⁷. D'autant à s'en référer à l'arrêt WATELET¹¹⁴⁸, que certains faits sont « *secrets par nature* ». Il existerait ainsi des « *confidents nécessaires, tels que le médecin l'avocat et le confesseur* » pour leur part soumis au secret quand d'autres seraient tenus à minima davantage à un devoir de discrétion.

B – Le secret professionnel dans les textes

Le secret professionnel naquit grâce au serment du médecin, mais seulement en tant que concept ou idée. Aucun texte juridique ancien ne consacre et définit le principe du secret médical en tant que tel. Taire les informations relatives à une personne dont le professionnel avait connaissance au travers de l'exercice de sa mission. Existait, et ce bien avant que le droit ne l'ait intégré en tant qu'obligation, ni même que la médecine n'ait eu les moyens de ses ambitions.¹¹⁴⁹ L'expression littérale de secret professionnel ne fut pour sa part consacrée que lors de la rédaction du Code pénal de 1810 (1). D'autres textes sont venus se greffer par la suite aux vestiges de l'ancien Code pénal : au cours du XXe et XXIe siècle, textes et réformes sur la question se sont multipliés (2) même si le fond même des dispositions n'a subi aucune révolution notable.

1- Le secret professionnel de l'avocat sous l'ancien code pénal

313. L'évolution de la règle de simple valeur éthique à juridique, et son assimilation au corpus législatif se sont faites progressivement. Aboli à la révolution française, le secret professionnel réapparaît en 1810 dans l'ancien Code pénal. Le texte n'offrait pas une place magistrale au secret de l'avocat, c'est dire qu'à l'origine, le secret professionnel n'était pas dans le collimateur du législateur, même si plus tard lors des travaux préparatoires de l'ancien Code pénal, la nécessité de sanctionner l'obligation au secret s'est faite ressentir. Il est vrai selon MARTIN, « *que l'honnêteté et les bonnes mœurs suffisent à se conduire correctement et qu'il n'est pas besoin alors d'un arsenal de règles avec, en arrière plan, la menace d'une sanction* »¹¹⁵⁰. L'article 378 transposant une jurisprudence sanctionnait le secret professionnel

1147GARCON (E) « *Code pénal annoté* » Tome Deuxième Librairie Sirey 1956 p 517

1148Arrêt WATELET, crim 19 décembre 1885 in GARCON (E) « *Code pénal annoté* » précité p 517

1149KAHN (A.). « *Le secret médical : d'Hippocrate à Internet* ». Recueil Dalloz 2009 p. 2623 précité

1150MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Pratique Professionnelle Litec, toute édition, avant propos

en ciblant précisément les professionnels de santé, le texte étant articulé comme suit: « *les médecins chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes des secrets qu'on leur confie qui, hors des cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateur, auront révélé ces secrets seront punis...* ». De cette rédaction, se déduit que le secret du corps sa naissance, sa maladie et sa mort, figure comme le parangon du genre : à s'attacher à la rédaction littérale de la disposition, c'est bien le secret médical qui prime. Cependant sans être nommé expressément ce qui parut fâcheux pour la profession¹¹⁵¹, l'avocat est concerné par le texte visé. Dès la seconde conjonction de coordination, « *et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession ou fonctions...des secrets* » il est admis par interprétation du texte que l'avocat fait partie des personnes soumises au secret, au même titre que le confesseur du fait de sa profession. Il est possible de justifier l'évocation prépondérante dans le code, des professionnels de santé, dans la mesure où à l'origine le secret professionnel est l'apanage du médecin.

314. Selon PIMIANTA¹¹⁵² les législateurs de 1810 ne firent qu'accoucher d'une souris. L'article 378 du CP est tel, que la jurisprudence dut se prononcer sur divers points non consacrés directement par la loi¹¹⁵³. Ainsi en 1816 les juges dispensent l'avocat de déposer en justice si les propos retranscrits s'apparentent à une révélation et trahison du secret. En 1844, un arrêt précise l'obligation absolue et d'ordre public pour l'avocat de garder le silence sur le secret inviolable de la confiance reçue. Affirmation reprise et confirmée par deux arrêts de la Cour de cassation du 17 juin 1927 et du 19 juin 1928. GARCON, dans la rédaction de son Code pénal annoté, souligne à son tour les caractéristiques essentielles du secret professionnel de l'avocat - ces précisions seront apportées ultérieurement dans les développements -. En effet l'imperfection de l'article 378 et les vides qu'il comportait, à savoir le fait de ne pas énoncer les principes généraux tenant au secret, ni d'énumérer sans ambiguïté les personnes soumises au secret, et les conditions dans lesquelles elles y sont soumises, ainsi que les cas dans lesquels la peine édictée pour la violation du secret est encourue, ont suscité des réactions prolifiques de la part des professionnels, permettant plus tard l'apport de ce qui tient

1151 Le bâtonnier BOURDILLON dans son Discours de rentrée du 9 décembre 1904 s'exprima comme suit : « *si nous ne sommes point désignés...n'en concevons aucune surprise. Le gouvernement impérial voyait d'un œil jaloux l'esprit d'indépendance qui animait ceux de nos confrères...* » - Lorsque le Code pénal fut rédigé, le corps des avocats n'existait pas, il fallu attendre le décret du 14 décembre 1810 pour que le barreau soit rétabli par Napoléon Ier, *VIALA (A) (+) BEIGNIER (B)* « *Le secret professionnel* », in « *Droit et déontologie de la profession d'avocat* » Gaz. Pal. LGDJ 2008, n°189.

1152 PIMIANTA (L) « *Le secret professionnel de l'avocat* » Edition A. Pédone 1937 p 26

1153 ARPAILLANGE (P) – Sénat J.O du 18 mai 1989 p798 in Thèse SAUTEL (O) p 419 « *l'indétermination pourrait être un moyen d'adapter le droit, le législateur ayant une grande confiance envers le pouvoir judiciaire* »

à la nature du secret professionnel. Le Code pénal de 1810 n'était pas suffisant pour pallier concrètement les litiges relatifs au secret professionnel de l'avocat. Ceci dit, les rédacteurs de l'article 378 ont transmis aux générations à venir une base perfectible certes, mais conforme aux usages et à la tradition en vigueur, les conflits afférant au secret s'inscrivant dans la continuité et dans l'Histoire des hommes et des professionnels. Il était donc possible, du fait des incertitudes nées de la rédaction de l'article, « *d'entrer en voie d'interprétation* »¹¹⁵⁴, au cas par cas, et simultanément aux évolutions et exigences nouvelles de la profession.

315. En comparaison, le Code pénal érigé en 1992 et en vigueur au 1^{er} mars 1994, consacre le secret professionnel de manière plus générale, et en ces termes : « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* »¹¹⁵⁵. Le nouveau texte est extrait du Livre II du Code pénal intitulé « *Des crimes et délits contre les personnes* »¹¹⁵⁶, il se démarque de l'article 378 sur plusieurs points. Tout d'abord la notion de « *secrets confiés* » laisse désormais place à « *informations à caractère secret* » ce qui englobe davantage d'éléments dans ce qui devra être tenu au secret. En effet, dans le premier cas, il s'agit plutôt du contenu stricto sensu de la confiance, des mots qui l'ont constituée formellement, alors que le nouveau groupe nominal utilisé, laisse suggérer une conception bien plus large. Par conséquent, les renseignements recueillis et attenants à la vie privée du confident, peuvent aller au-delà de ce que celui-ci pourrait révéler strictement à titre d'aveu. Il semblerait que ce qui relève du sentiment personnel de l'avocat quant aux confidences, son ressenti sur l'objet de la confession, ce qu'il peut avoir compris ou deviné au-delà des mots, fasse désormais partie du secret¹¹⁵⁷. Ainsi le secret de l'avocat se rapproche du secret de la confession, au sens religieux du terme, car tout ce qui touche de près comme de loin aux déclarations faites, sera protégé.

1154SAUTEL (O) « *L'insuffisance d'un texte n'est pas forcément néfaste, elle permet la délégation d'une partie du pouvoir normatif vers le juge, ce qui peut être consciemment voulu par le législateur* », de sorte que le juge peut si nécessaire améliorer indirectement non le texte, en tout cas sa portée. » in « *Le double mouvement de dépenalisation et de pénalisation dans le nouveau code pénal* » Thèse Montpellier 1998 p 398

1155 Extrait du site Légifrance, Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002

1156 Il apparaît plus précisément au sein du chapitre VI, section 4, paragraphe 1 du même code, dans la partie traitant des atteintes à la personnalité subséquentes à l'atteinte au secret professionnel

1157Crim 19 décembre 1885 Dr Pen 1886-I, 347 « *le secret professionnel consiste en ce que le professionnel aura compris ou deviné à l'occasion de son exercice professionnel* » Paris, 1^{er} juillet 1999 D 1999 IR 230

2 – Le secret professionnel dans les textes de droit positif

316. L'article 226-13 du CP qui définit l'infraction ne favorise désormais plus aucune profession, il n'y a pas de liste limitative des personnes tenues au secret établie dans le nouveau texte. Il y a cependant une distinction opérée entre deux groupes de personnes, celles « *dépositaires d'une information secrète par état ou par profession* » puis celles « *en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire* ». L'avocat se situe sans difficulté dans la première catégorie visée, puisque c'est au nom de la profession qu'il est tenu au secret et ce dès son entrée à l'école d'avocat. Une telle rédaction oblige à rechercher *in concreto*, les professionnels soumis au secret. Il en ressort une idée de responsabilité davantage individualisée, car propre au professionnel considéré par le texte. A noter que la loi ne réprime pas la tentative de révéler un secret. C'est le fait de communiquer faire connaître, dévoiler qui constituent les éléments de l'infraction. Le texte n'exige rien de plus. Aussi la jurisprudence conçoit le terme de « *révélation* » de façon assez large. Le quantum de la peine encourue a légèrement augmenté, puisque naguère, le Code prévoyait « *un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de cent francs à cinq cents francs* »¹¹⁵⁸ alors que désormais l'auteur de la violation du secret professionnel s'expose à « *un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* »¹¹⁵⁹. Une évolution si discrète peut surprendre, puisque ce qui découle de la vie privée fait l'objet à présent d'une protection juridique accrue¹¹⁶⁰. Il est possible d'avancer qu'actuellement, la multitude des textes sanctionnant l'irrespect de la vie privée en général, est telle, que pour ce cas très précis, il n'a pas paru nécessaire au législateur de durcir les sanctions pénales. D'autant que les possibilités techniques de violation du secret sont légion, exposant davantage l'avocat au risque de violation du secret.

317. L'article 226-14 du CP pour sa part, précise dans quelles conditions spécifiques le secret professionnel peut être levé. En d'autres termes, le législateur y a apposé les faits justifiant l'infraction. L'avocat n'est pas expressément nommé ici contrairement entre autre, aux professionnels de santé ; mais cette caractéristique n'est pas nouvelle comme vu précédemment. L'élément important de cette disposition réside dans sa rédaction, en effet, la perception d'une règle diffère selon le vocable utilisé. Exprimer les « *limites* » au lieu des

1158 Ancien article relatif au secret professionnel, 378 du CP

1159 Article 226-13 CP

1160 Ce thème a fait l'objet d'une discussion des responsables du G8 en mai 2011, sur l'idée « *d'un instrument juridique international harmonisé et contraignant* »

« levées » aurait été bien plus péjoratif, car cela signifie que le principe est frappé dans sa substance et qu'il subit par conséquent des atteintes. De ce fait il n'est plus absolu. Dans ces conditions que reste-t-il réellement de la force du postulat de base, si une fois édicté, pullulent à côté, et en grand nombre des exceptions ? Pourtant, depuis son entrée en application, l'article 226-14 CP qui énumère de façon non limitative quelques exceptions au secret professionnel, a été modifié à plusieurs reprises¹¹⁶¹. Autant d'interventions législatives motivées par des faits d'actualité pesants, et ayant pour but de calmer l'opinion publique. Sans doute aurait-il été préférable que, le « faiseur de loi » soit plus téméraire et élabore enfin une réelle définition de ce qu'est le secret professionnel, ou tout du moins une ébauche suffisamment claire que le juge pourrait compléter au cas par cas. A moins que la notion ne soit un jour dégagée par la jurisprudence, tout comme cela fut le cas pour la violation du secret.

318. Par ailleurs, l'article 56-1 du CPP, dans sa nouvelle rédaction modifiée par la loi n° 2010 - 1 du 4 janvier 2010 assure une protection au secret professionnel, dans le cadre particulier des perquisitions effectuées dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile. « *Elles ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du Bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci* ». Dans sa rédaction antérieure le respect de cette disposition était prescrit à peine de nullité, désormais elle revêt le caractère d'une nullité substantielle. Le législateur n'a pas estimé devoir rappeler textuellement la nullité encourue en cas d'irrespect des règles de procédure : « *le magistrat qui procède à une perquisition doit désormais, à peine de nullité, indiquer par une décision écrite et motivée...* »¹¹⁶². L'article 77-1-1 du CPP modifié par la loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 précédemment citée, consacre expressément le secret dans le cadre des enquêtes préliminaires.

1161 -Il existe :

- la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs
 - la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale
 - la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure
 - la loi du 2 janvier 2004 relative à la protection de l'enfance
 - la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs
 - la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, pour ce qui concerne la détention d'armes à feu
- 1162 Extrait de l'article 56-1 CPP dans sa rédaction du 12 décembre 2005

A coté, les textes réglementant le statut de la profession rappellent expressément l'obligation au secret. Il existe l'article 160 du décret du 27 novembre 1991, repris par le décret n° 20056790 du 12 juillet 2005 (déontologie de la profession) modifié par décret n° 2007-932 du 16 mai 2007 en l'article 4 « *sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel* ». L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifié par ordonnance en 2009 précise les spécificités du secret professionnel de l'avocat. Le règlement intérieur national de la profession ou RIN quant à lui en définit l'étendue¹¹⁶³ en son article 2-1 et le conçoit comme tel « *L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps. Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel* ». L'article 2-2 fait plutôt un inventaire de ce qui est couvert par le secret professionnel. Cela concerne le nom des clients ou encore les règlements pécuniaires et maniements de fonds. Taire le nom d'un client peut être dans certaines circonstances une obligation, dans d'autres non ; il en est de même de l'existence d'un règlement pécuniaire. En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel.

¹¹⁶³Article 2.1 RIN « *L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps. Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel.* »

Paragraphe II – Les pendants du secret professionnel

319. Le secret dû au client relève d'une tautologie. En effet si en amont l'avocat n'avait pas l'obligation au secret, il ne pourrait jouer le rôle de détenteur du secret. Confidentialité et secret professionnel constituent une garantie pour le client, et sont donc des notions fondamentales à la profession, qui peuvent être rapprochées du secret de la confession en ce que l'avocat est une *conscience* à laquelle s'adresse une *confiance*¹¹⁶⁴. Les termes confiance et confidence étaient d'ailleurs tout deux confondus étymologiquement avant le XVIIe siècle. C'est se sachant libre de tout jugement et de crainte que celui qui se confie s'épanche en toute confiance, de sorte que ce qui constitue sa vie privée est protégé. Le respect de celle-ci étant d'ailleurs reconnue comme un droit subjectif, véritable prérogative tant au niveau national¹¹⁶⁵, qu'au niveau international¹¹⁶⁶.

320. La confiance du client constitue en une multitude d'information indispensable à l'élaboration de la défense, et s'entend très largement de la révélation des faits aux buts cachés, espoirs et ressentis divers du client. De cette masse sera tirée les informations capitales aboutissant à la qualification juridique. Ce qui n'est pas jugé pertinent à la conception du dossier sera écarté par le professionnel, mais reste néanmoins sous le joug du secret¹¹⁶⁷. L'avocat ici fait office de filtre, puisqu'il opère un tri parmi les renseignements obtenus. Quoi qu'il en soit, ce qu'il aura sciemment négligé, il devra le taire à autrui le client ne pouvant délier l'avocat de cette obligation. Pour ainsi dire, une fois les confidences faites, elles n'appartiennent plus à son auteur¹¹⁶⁸, pas plus qu'à ses héritiers¹¹⁶⁹. L'ordre public permet de transcender la confiance reçue en la faisant basculer de simple propos à caractère particulier, à des révélations entrant dans le champ professionnel, et soumises à une réglementation stricte et spécifique. De ce fait, comme l'exprime M. MARTIN, le secret professionnel serait symptomatique « *d'une société libérale et d'un Etat de droit* ». Un Etat de droit soucieux des libertés individuelles, supposant que « *chacun puisse être préservé de*

1164 Quintillien «*Institutionae oratoria*» 12-8, rapporté par GAGNE (B) in «*Le secret professionnel de l'avocat*» PIMIANTA (L) «*Le secret professionnel de l'avocat*» p 2

1165 Article 9 du code civil «*Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé*»

1166 Article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales - Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt Z... c/ Finlande, 25 février 1997

1167Civ. 1^{re} 16 décembre 2003, pourvoi n° 01-10.210.

1168Civ. 1^{re} 6 avril 2004 Gaz. Pal. 2004. 1. 1918, rapp. Sainte-Rose

1169CA Paris 8 novembre 1972, Gaz. Pal. 1972. 1. 96

toute intrusion abusive dans l'intimité de sa vie privée »¹¹⁷⁰. Ainsi lorsque l'intérêt social est contourné en invoquant le secret, ce dernier cède, l'avocat doit parler, sinon il devient complice de l'infraction et n'est plus dans l'exercice de sa fonction¹¹⁷¹.

321. Le secret professionnel couvre toutes les confidences que l'avocat a pu recevoir de la part de son client, peu importe qu'elles soient faites dans son cabinet ou à l'extérieur. Cependant, ceci ne vaut que dans le cadre stricto sensu de la relation avocat-client. Ainsi, un courrier adressé par le justiciable à l'avocat de la partie adverse, ne sera pas concerné¹¹⁷². Un tel raisonnement est logique et s'entend sans difficulté, puisque les informations concernées ne prennent pas place dans la relation initiale de confiance établie entre le seul client et son avocat. De même, le professionnel peut divulguer des informations, s'il est attesté qu'il n'en est pas dépositaire¹¹⁷³. C'est l'existence de la relation spécifique entre l'avocat et son client qui fonde et force au secret. Son application s'étend, jusqu'à conférer à la correspondance échangée entre l'avocat et son client une nature spécifique. Mais le principe est plus souple dans ce cas, puisque le client a l'opportunité de lever le caractère secret des courriers qu'il aura adressé à son avocat. Dans la mesure où le justiciable n'est pas tenu personnellement au secret professionnel, la confidentialité ne lui est pas opposée. Il pourra donc par choix produire en justice cette correspondance¹¹⁷⁴, ce qui rendra inéluctablement le contenu des informations utilisées public¹¹⁷⁵. Ainsi, la qualité présumée des échanges adressés à l'avocat par son client, n'est pas irréfragable. En ayant la possibilité d'ôter le caractère confidentiel¹¹⁷⁶ des échanges effectués avec le professionnel, voire de s'en servir contre celui-ci, le justiciable s'illustre comme maître incontesté de sa correspondance, lorsque l'inverse serait fortement contestable¹¹⁷⁷.

A ce titre, le secret de la correspondance existante entre l'avocat et son client apparaît comme un véritable droit pour ce dernier (A). Dans le même d'ordre d'idée, les systèmes de common law, consacrent, la notion de « *legal privilege* » en faveur du client. Ce dernier est titulaire d'un véritable droit lui permettant discrétionnairement de refuser la production en justice de documents, ou encore de les soumettre aux autorités. Par ailleurs, à côté de l'avocat, d'autres

1170Extrait de définition de KELSEN du site <http://www.vie-publique.fr>

1171Crim. 27 juin 2001 pourvoi n° 01-81.865

1172Civ. 1^{re} 31 janvier 2008, pourvoi n°06-14.303.

1173Crim 2 mars 2010 D 2011

1174Civ 1^{ere} 30 septembre 2008 n ° 07-17.162 D 2009

1175Com 6 juin 2001 n° 98-18.577 : *une fois rendue publiques par le client, les informations ne pourront plus par la suite retomber sous la coupe du secret professionnel.*

1176Civ 1^{ere} 30 avril 2009 D 2009

1177 Civ 2^e 5 juillet 2006 n° 03-17.972

personnes sont tenues au secret (B).

A - Le secret des correspondances et échanges entre l'avocat et son client

L'étude du régime et objet du secret des correspondances et des échanges entre l'avocat et son client (1) font apparaître les limites de ce principe (2)

1 – Le régime et l'objet du secret des correspondances et échanges entre l'avocat et son client

322. Si le secret professionnel est d'ordre public et conféré au rang de droit fondamental, le caractère absolu des dispositions du secret des correspondances n'est pour sa part pas avéré. Pour autant, le secret de la correspondance est l'un des éléments essentiels qui distingue la société démocratique d'un régime totalitaire. Georges ORWELL ne démentirait sûrement pas ce postulat¹¹⁷⁸. A défaut d'être reconnu comme principe fondamental, il se rattache à l'article 8 de la CEDH, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale. La confidentialité des consultations et des correspondances adressées par un avocat à son client, ou destinées à celui-ci, n'échappe pas à ce régime. Le principe de confidentialité des entretiens et des correspondances de l'avocat et de son client a été posé par la Cour de cassation en 1897 en ces termes : « *le principe de libre défense domine toute la procédure criminelle et commande de respecter les communications confidentielles des accusés avec les avocats qu'ils ont choisis ou veulent choisir comme défenseurs* »¹¹⁷⁹. Jusqu'alors, elle était une obligation de nature déontologique, c'est la création de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, qui a permis que la confidentialité passe du domaine de la déontologie à celui du droit pénal¹¹⁸⁰, devenant au surplus une règle légale d'ordre public¹¹⁸¹. Aussi, en plus de sanctions pénales, l'entorse au principe de confidentialité est passible de sanctions disciplinaires.

1178ORWELL (G) « 1984 » - « Centre d'études et de recherches de droit international et de relations internationales *Incidences Juridiques Des Télécommunications Globales* 1998 » : «...il faut assurer le secret des correspondances et la protection des informations à caractère nominatif, à l'heure du développement des systèmes globaux et du commerce électronique les risques sont considérables de situations proches de celles que décrit Orwell dans son roman : 1984 » p 3 - https://books.google.fr/books?id=NkSFS1sVh80C&pg=PP1&lpg=PP1&dq=Centre+d'études+et+de+recherches+de+droit+international+et+de+relations+internationales+Incidences+Juridiques+Des+Télécommunications+Globales&source=bl&ots=-5w75KIq2R&sig=dG1nlfGL14IQH3onoxSmBkNAnV8&hl=fr&sa=X&ved=0CCEQ6AEwAGoVChMI3ai3oPz7xgIVBgksCh3MYA_m#v=onepage&q=orwell&f=false

1179Crim. 9 septembre 1897, Bull. crim. n°309

1180ADER (H) - DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* », Dalloz Action 2008- 2009 n°37.53

1181MARTIN (R)« *Déontologie de l'avocat* », Litec 10eme édition n°477

323. Le secret des correspondances peut se rattacher au principe du secret professionnel, mais tout deux ne doivent être confondus. Cette autonomie se vérifie à la lecture des différents textes nationaux qui le consacrent. Ainsi, en application du principe du secret des correspondances, aucune fraude à la loi ne peut être retenue contre celui qui l'invoque¹¹⁸². Cette protection de la correspondance se décline en matière correctionnelle, l'article 432 du Code de procédure pénale disposant que « *la preuve par écrit ne peut résulter de la correspondance échangée entre le prévenu et son avocat* ». De même, l'article 100-5 alinéa 3 du même code dispose qu' « *à peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense* ».

324. La correspondance est dorénavant protégée par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 qui dispose que le secret concerne « *les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier* ». C'est la qualité particulière du destinataire et de l'expéditeur – se limitant à l'avocat et son client – dans le cadre de leur relation¹¹⁸³, qui induit l'inviolabilité des échanges. Sont donc exclus les échanges faits avec l'avocat adverse¹¹⁸⁴, ou avec des tiers à la procédure¹¹⁸⁵. En revanche, un document administratif résultant de consultations juridiques rédigées par un cabinet d'avocat à la demande d'une commune, est couvert par le secret professionnel, aussi pour obtenir la levée du secret, « *il appartient au maire, sous le contrôle du juge, d'une part d'apprécier si cette communication se rattache à une affaire de la commune qui fait l'objet d'une délibération du conseil municipal, d'autre part eu égard à la nature de ce document, de s'assurer qu'aucun motif d'intérêt général n'y fait obstacle* »¹¹⁸⁶. Pour autant, le client n'est pas tenu par le secret, de sorte qu'il ne peut être sanctionné et pénalement poursuivi pour ne pas l'avoir respecté¹¹⁸⁷. En revanche, une partie qui produit spontanément aux débats une lettre qu'elle avait adressée à son avocat n'est pas recevable à invoquer un secret professionnel portant sur des informations qu'elle a elle-même rendues publiques¹¹⁸⁸.

1182Civ. 1^{er} 27 janvier 2004, Bull. civ. I n°25 ; D. 2004, IR, 537

1183Crim 2 mars 2010 Bull. crim n° 40 D 2011 : « *des informations recueillies à la faveur de liens d'amitié ne sont pas couvertes par le secret, car insusceptibles de se rattacher à l'exercice de la profession d'avocat* »

1184Civ 1^{er} 31 janvier 2008 jcp 2008 I 140 n°7

1185Civ 1^{er} 13 mars 2008 Bull. civ I n° 70 JCP 2008 I 140 n° 7

1186CE 27 mai 2005, requête. n°265494 ; JCP G 2005, IV, 2562 ; JCP G 2006, I, 105, n°17, observations. MARTIN (R) ; D. 2005 IR, 1585; Gaz. Pal. 10-11 juin 2005, p.5

1187Crim. 29 mai 1989, Gaz. Pal. 15-16 nov. 1989, 320, n°884, note DAMIEN (A)

1188Com. 6 juin 2001, Bull. civ. IV n°110; Gaz. Pal. 26-27 juill. 2002, p.16, observations. Du RUSQUEC

325. Par ailleurs, la correspondance est à concevoir au sens large et ne saurait se limiter aux courriers ou autres missives. Elle concerne les divers moyens de communication utilisés par l'avocat et son client, et ce qui est annexe. Ce principe est de jurisprudence constante¹¹⁸⁹, et a évolué au gré des progrès technologiques. Les télégrammes, puis les fax, mails, de même que les appels téléphoniques sont concernés. Corollairement, les annexes au courrier sont couvertes par le secret, les pièces jointes à une lettre ou un mail sont donc également concernées¹¹⁹⁰. En revanche, il a été jugé que les billets échangés entre un avocat et son client dans la salle d'accueil d'un tribunal, circulant à découvert, ne sont pas une correspondance protégée au sens de l'article 432-9 du Code pénal, selon lequel « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, le détournement, la suppression ou l'ouverture de correspondances ou la révélation du contenu de ces correspondances, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* »¹¹⁹¹. Par ailleurs, le secret de la correspondance entre un détenu et son avocat est prévu par l'article 40 al 3 du Code de procédure pénale¹¹⁹², interdisant à l'administration pénitentiaire de contrôler et détenir les courriers échangés avec son défenseur. L'ingérence des autorités administratives est de surcroît prohibée par la CEDH, qui l'apparente à une violation sans équivoque de l'article 8 de la CEDH¹¹⁹³, ainsi qu'aux exigences du procès équitable découlant des dispositions de l'article 6 de ce même texte.

De manière générale, le décès du client expéditeur ou destinataire, ne permet la levée du principe de confidentialité.

2 - Les limites au principe

326. La confidentialité apparaît comme indispensable à considérer la relation particulière de confiance, existante entre l'avocat et son client. Elle préfigure comme une des composantes garantissant le droit de la défense, notion à entendre au-delà du droit pénal. C'est d'ailleurs le

1189Crim 12 mars 1886 D 1887, 1, 89 – Art 2-2 du RIN « *quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels papier télécopie, voie électronique* »

1190 Civ 1er 2 octobre 2007 Bull civ I n°314

1191Crim16 octobre 2012, n° 11-88136

1192Article 40 CPP de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 remplaçant l'article D 69 du même code « *Ne peuvent être ni contrôlées ni retenues les correspondances échangées entre les personnes détenues et leur défenseur...* »

1193CEDH Campbell c/RU 25 mars 1992 n° 13590/88

fondement direct du secret de la correspondance. Cette protection est prévue sur le plan procédural par l'article 432 CPP indiquant que « *la preuve par écrit ne peut résulter de la correspondance échangée entre le prévenu et son avocat* ». Pour la CEDH, un tel secret est d'intérêt public¹¹⁹⁴ car il contribue à la protection du justiciable et à l'utilité de l'assistance du professionnel¹¹⁹⁵. De ce fait, le secret est limité aux avocats indépendants, dont la mission d'auxiliaire de justice confirme l'exigence d'intérêt public. A ce titre, les avocats au sein d'un groupe ou d'une entreprise ne sont pas concernés, dans la mesure où ils sont « *en rapport d'emploi* » avec le client¹¹⁹⁶, ce qui éluderait l'aspect requis d'indépendance. Les dispositions relatives au secret des correspondances ont été modifiées à plusieurs reprises, en raison de l'immixtion du juge tendant à restreindre le champ d'application du principe de confidentialité des correspondances. Aussi, dans un arrêt rendu le 30 septembre 1991¹¹⁹⁷, la Haute Cour a rejeté le pourvoi formé par l'avocat aux motifs que: « *dès lors que l'audition en cause concernait une activité de rédacteur d'actes ou de négociateur, et non l'exercice des droits de la défense, la Chambre d'accusation a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués* ». Par cette décision, les actes de nature judiciaire ou de défense, recevaient la pleine protection du secret professionnel, alors que ceux de nature juridique ou de conseil ne pouvaient bénéficier que d'un secret relatif. La distinction se fondant sur l'application des dispositions de l'article 802 du Code de procédure pénale sur le principe selon lequel il n'y a pas de nullité sans grief. Suite à cela, la loi du 31 décembre 1971 fut modifiée par la loi du 31 décembre 1990¹¹⁹⁸, créant l'article 66-5, selon lequel : « *les consultations adressées par un avocat à son client et les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel* » ; puis par l'adjonction de la précision « *en toute matière* »¹¹⁹⁹.

327. Cette réforme n'aboutissait cependant pas à la protection de toutes les correspondances, puisque le juge n'hésita pas à trancher en ces termes : « *si, selon les principes rappelés par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les correspondances échangées entre le client et son avocat sont, en toutes matières, couvertes par le secret professionnel, il demeure que le juge d'instruction tient de l'article 97 du Code de procédure pénale le pouvoir de les saisir dès lors qu'elles ne concernent pas l'exercice des droits de la*

1194CEDH 25 mars 1992 Campbell c / Royaume uni

1195CEDH 28 novembre 1991 S. c/Suisse

1196CJUE 14 septembre 2010 Akzo Nobel chemicals c/ commission JCP 2010 I 1068

1197Crim. 30 septembre 1991, n°91-84.403, Bull. crim. n°320; D. 1992, 323, obs. GAVALDA ; JCP G 1992, II, 21858, note MARTIN (R) - COUTURON (J) « *Le secret professionnel ne trouve-t-il pas à s'exercer qu'en matière judiciaire ?* » Gaz. Pal. 1992, 1, doct. p.295

1198Loi n°90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

1199Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale

défense »¹²⁰⁰. Suite à cette décision, et à la demande du CNB, le législateur est intervenu pour contraindre le juge¹²⁰¹. Désormais, l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, l'article 4 du décret du 12 juillet 2005, ainsi que l'article 2.1 du règlement intérieur national, précisent que toute matière est couverte par le secret professionnel, qu'il s'agisse du « *domaine du conseil ou celui de la défense* » Néanmoins, celui-ci continue à oeuvrer *contra legem* en faisant primer « *la manifestation de la vérité* » sur le principe du secret¹²⁰². Si légalement l'activité juridique et judiciaire du professionnel, tout comme le domaine du conseil et de la défense sont protégés par le secret ; la position des juges tendant à opérer des distinctions pour les motifs soulignés, trouve écho dans le cadre de l'obligation à la déclaration de soupçon auprès de TRACFIN, soumettant l'avocat à des régimes différents selon l'activité concernée¹²⁰³. Contrairement aux tribunaux administratifs plutôt sensible aux prescriptions du législateur¹²⁰⁴, la présomption d'innocence, telle que résultant de la loi du 15 juin 2000 est également un principe prépondérant lorsque confronté au secret. C'est ainsi que la saisie des documents doit être limitée aux « *seuls documents nécessaires à la manifestation de la vérité* »¹²⁰⁵, peu importe leur forme. Ainsi, il existe bien des exceptions quant à l'inviolabilité des correspondances. En effet, elles ne seront plus couvertes dans certains cas particuliers où l'intérêt protégé apparaît comme fondamental. Non que la confidentialité soit négligeable, mais mise en balance par rapport à d'autres principes fondamentaux, elle devra céder. Dans le même ordre d'idée, les saisies et perquisitions de correspondance doivent rester exceptionnelles, mais elles ne peuvent être contestées lorsque le but poursuivi est de confondre l'avocat, soupçonné d'avoir commis une infraction. Le but de la rédaction de l'article 66-5¹²⁰⁶ issu de la loi du 31 décembre 1971 n'est point de créer indirectement une immunité au professionnel, c'est pourquoi le juge d'instruction en vertu des art 96 et 97 du CPP¹²⁰⁷ et l'officier de police judiciaire du fait des articles 56 et 76 du CPP¹²⁰⁸, disposent d'un pouvoir de saisie en vue de la manifestation de la vérité. De même le fisc est autorisé à

1200Crim. 7 mars 1994 n°93-84.931, Bull. crim. n°87 ; D. 1994, somm. 188 observations PRADEL (J) ; JCP G 1994, II, 22251, note MARTIN (R)

1201Loi n°97-308 du 7 avril 1997 sur les professions judiciaires et juridiques

1202Crim. 30 juin 1999 n°97-86.318, Bull. crim. n°172 ; D. 1999 jp 458 et somm. 322, observations.PRADEL (J) ; JCP G 1999, II, 10177 note R. MARTIN (R) ; JCP G 2000, I, 207, n°11, observations MARON (A) ; JCP G 2000, I, 231, n°12, observations MARTIN.(R) - Crim 13 décembre 2006 Bull crim n° 213

1203Voir la partie consacrée à l'obligation de déclaration de soupçon : Partie II, A- La coexistence d'un délit de divulgation du secret professionnel et d'une irresponsabilité pénale, 2-les faits justificatifs

1204CE 27 mai 2005, Commune d'Yvetot et Département de l'Essonne Juris Data : 2005-068481

1205Crim 1^{er} mars 2006 Bull crim 2006 n° 60

1206Article 66-5 « *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention " officielle ", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* »

1207Articles concernant et organisant le pouvoir du juge d'instruction en matière de perquisition

1208Dispositions consacrant le pouvoir d'un OPJ en matière de perquisition

s'emparer de documents en vue d'établir la preuve de la participation de l'avocat à une fraude présumée. La notion de faute de l'avocat est stricte, c'est à cette condition qu'une saisie sera autorisée. En aucun cas une telle mesure ne sera ordonnée pour incriminer un client, ou encore la société où il exerce¹²⁰⁹

Dans la mesure où le secret de la correspondance profite au client, le professionnel par symétrie en devient débiteur. A ce titre, il est tenu de le faire respecter par le personnel de son cabinet et par toute personne qui coopère à son activité professionnelle. En outre, il ne doit pouvoir en tirer d'avantages détournés C'est la logique qui découle des exceptions au secret. Ces pratiques peuvent être jugées comme une violation impunie du secret professionnel, mais les atteintes licites au secret des correspondances sont doublées de garde-fou.

B - Les personnes tenues au secret professionnel

Parmi les personnes tenues au secret professionnel, il convient de distinguer d'une part l'avocat et les membres de son cabinet (1) et d'autre part le Bâtonnier et le conseil de l'Ordre (2).

1 - L'avocat et les membres de son cabinet

328. L'avocat est tenu au secret à l'égard de tout ce que lui ont confié ses clients, futurs clients, anciens clients ou personnes venues le consulter en qualité d'avocat. Ce secret professionnel est partagé, tant avec les membres du personnel du cabinet qu'avec les autres avocats le composant. L'article 2.3 du règlement intérieur national prévoit ceci¹²¹⁰, de même que l'article 11¹²¹¹ de la convention collective nationale du personnel des cabinets d'avocats précise que les membres du personnel sont tenus au secret ; l'avocat répond donc de la violation du secret professionnel par les membres de son personnel. Au delà, « *lorsque l'avocat exerce en groupe ou participe à une structure de mise en commun de moyens, le*

1209CEDH 24 juillet 2008 André et a c/France JCP 2008 I 184 n°4

1210Article 2-3 RIN « *L'avocat doit faire respecter le secret par les membres du personnel de son cabinet et par toute personne qui coopère avec lui dans son activité professionnelle. Il répond des violations du secret qui seraient ainsi commises. Lorsque l'avocat exerce en groupe ou participe à une structure de mise en commun de moyens, le secret s'étend à tous les avocats qui exercent avec lui et à ceux avec lesquels il met en commun des moyens d'exercice de la profession* »

1211Article 11 de la Convention collective nationale du personnel des cabinets d'avocats du 20 février 1979 : « *Le personnel est tenu de se conformer à la discipline, aux règles et aux usages de la profession ainsi qu'à la hiérarchie intérieure de l'étude ou cabinet. Il doit observer la discrétion la plus absolue quant aux affaires et aux faits dont il a pu avoir connaissance en raison de ses fonctions ou même de sa simple présence à l'étude ou cabinet ; il est tenu au secret professionnel et la violation de celui-ci constitue une faute grave* »

secret s'étend à tous les avocats qui exercent avec lui et à ceux avec lesquels il met en commun des moyens d'exercice de la profession ». Ainsi, toute personne coopérant avec l'avocat est soumise au secret professionnel.

2 - Le Bâtonnier et le conseil de l'Ordre

329. Pour ADER et DAMIEN¹²¹², le Bâtonnier et les membres du Conseil de l'Ordre ne partagent pas à proprement parler avec les avocats le secret professionnel auquel ils sont tenus. Cependant, en application des dispositions de l'article 17-3° de la loi du 31 décembre 1971, ils ont pour tâche notamment « *d'exercer la surveillance que l'honneur et l'intérêt de ses membres rendent nécessaires* ». En vertu de cette mission, ils se retrouvent directement associés au secret professionnel auquel sont tenus les avocats. Ainsi, la vérification de la comptabilité que le Conseil de l'Ordre exerce en vertu de ces dispositions ne peut avoir d'autre limite que la mission de surveillance qui lui est confiée quant aux manquements de nature à porter une atteinte directe ou indirecte aux principes d'honneur et de probité de la profession¹²¹³. Par ailleurs, s'agissant de la déclaration de soupçon à laquelle l'avocat est astreint dans le cadre de la lutte anti-blanchiment, celle-ci s'effectue auprès du Bâtonnier de l'Ordre, de sorte que ce dernier se retrouve également associé au secret dévoilé.

1212 ADER (H) et DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* » Dalloz Action 2008-2009, n°36.34
1213 Civ 1ère 20 octobre 1981, JCP 1982, IV, 11

Section II- LA REVELATION DU SECRET PROFESSIONNEL, UNE EXIGENCE PROFESSIONNELLE AMENAGEE

330. Le secret professionnel est une obligation encadrée, des exigences spécifiques lui sont prêtées, notamment en matière pénale, ou la question du secret de l'instruction mais aussi de ses limites est un aspect classique et essentiel. Dans le même esprit, si le cabinet de l'avocat et son domicile ont une place à part dans la législation, ils ne peuvent être totalement hermétiques. Les perquisitions et écoutes téléphoniques sont donc sérieusement encadrées et donnent lieu à un droit pénal spécial. Le secret professionnel est une exigence professionnelle d'application générale, cela a été souligné. L'intitulé de l'article 226-13 CP en témoigne, puisque nombre de personnes peuvent y être soumises dans le cadre de leur profession, leur fonction, voire d'une mission temporaire. L'infraction est donc commune à tous ces acteurs professionnels. Tout type de professionnel peut être concerné, l'avocat n'a pas l'exclusivité d'autant qu'il n'est pas cité dans le Code, contrairement à d'autres systèmes pénaux. Ces observations expliqueraient la rédaction choisie par le législateur : il est question du secret, et non d'un secret en particulier pour chaque professionnel visé. La loi française consacre ainsi un seul secret en général, valant pour tous les professionnels qui y sont assujettis., et ce même si le secret professionnel de l'avocat est l'un des trois grands secrets protégés par la société libérale du monde occidental. Ce qui tend à rendre le délit de violation du secret spécifique, ce sont les conditions indispensables à sa formation. Par conséquent, la responsabilité qui s'y rattache devient à son tour plus particulière, notamment à l'égard de l'avocat.

Cette spécificité est observable lors du constat de l'inopposabilité aux autorités administratives du secret (§1) faisant échapper l'avocat à toute responsabilité pénale. Il existe néanmoins d'autres révélations possibles donc licites, du secret (§2)

Paragraphe I - L'inopposabilité du secret professionnel aux autorités administratives et judiciaires

Le secret ne doit empêcher le professionnel d'informer les autorités de faits particulièrement graves dont il a eu connaissance. Le but du secret étant la confiance publique, et non la possibilité de se prémunir des lois en protégeant des faits répréhensibles par le biais du secret. L'avocat peut être amené à ce titre à les révéler aux autorités judiciaires, dans le cadre d'une perquisition judiciaire (A) et lors de perquisition administratives. Il peut également faire l'objet d'écoute téléphoniques (B)

A - La perquisitions judiciaire

Il convient de définir avant toute chose ce qu'est une perquisition (1) avant de préciser quelle sont les modalités qui s'y rattachent (2)

1 - Définition et conditions nécessaires à la perquisition judiciaire

331. Le doyen CORNU¹²¹⁴, définit la perquisition comme une mesure d'investigation effectuée en tout lieu et destinée à rechercher, en vue de les saisir, tout papiers effets ou objets paraissant utiles à la manifestation de la vérité. La Cour de cassation précise que cette mesure implique la recherche à l'intérieur d'un lieu normalement clos, au domicile d'un particulier ; d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction et d'en déterminer l'auteur¹²¹⁵. S'agissant des perquisitions et saisies, il existe des régimes spéciaux tenant soit à la nature des infractions recherchées, soit à la nature du lieu où ces opérations sont effectuées. Tel est le cas pour l'avocat. Son cabinet ainsi que son domicile sont des lieux qui bénéficient nonobstant l'intrusion, d'une série de garanties destinées à protéger le secret professionnel comme les droits de la défense. La Cour de cassation opère une distinction entre les deux, le secret étant un des fondements des droits de la défense, ce qui permet à BUISSON¹²¹⁶ de souligner la saisissabilité des documents couverts par le secret professionnel¹²¹⁷, mais l'insaisissabilité de ceux touchant aux droits de la défense¹²¹⁸.

1214CORNU (G) sous sa direction « *Vocabulaire juridique* » Association H. Capitant PUF , 10eme édition janvier 2014

1215Crim 29 mars 1994 Bull crim n°118

1216GUIINCHARD (S) – BUISSON (J) « *Procédure pénale* », Litec 6eme édition septembre 2010 n°2085

1217Crim 14 janvier 2003, procédure 2003 commentaire 152 note BUISSON

1218Crim 9 février 1988 Bull crim n°63

332. Ce sont les articles 56 et 57 du CPP applicables au cas de crimes flagrants qui conditionnent la perquisition effectuée dans le cabinet de l'avocat. Seul l'article 57 du CPP fait référence au secret professionnel. L'article 56-1 se contente de prévoir la possibilité pour le Bâtonnier de contester ou faire des objections. Selon le Bâtonnier VIALA, une telle mesure doit rester « *exceptionnelle dans sa pratique comme dans son déroulement* »¹²¹⁹. A noter que le constat de simples raisons plausibles de participation de l'avocat à la commission de l'infraction suffit pour que les raisons et l'objet des perquisitions soient déterminés¹²²⁰. Cela signifie que le professionnel n'a pas besoin d'être mis en examen en amont d'une part, mais surtout qu'il suffit au magistrat de faire le détail et préciser la nature des infractions visées par l'instruction et qu'il justifie sur ces bases la perquisition, pour que celle-ci soit légale. Le recours aux termes de « raisons plausibles » ou « indices plausibles de soupçons » légitimant la mesure de perquisition a été mis en place par la jurisprudence, la loi n'ayant dégagé aucune précision en ce sens. GALLOIS souligne cet effort mais déplore la généralité de ces expressions, comparables à ce qui est prévu pour la garde à vue d'un justiciable classique, selon l'article 62-2 CPP¹²²¹. Pour NIORE, il conviendrait de reprendre les exigences posées par la CEDH, à savoir la présence d'indices graves ou concordants de la participation du professionnel à une infraction, antérieurs à la décision de perquisition¹²²². Néanmoins cela ne suffit pas, puisque le lien établi entre la saisie et la nature de l'infraction doit être direct, à peine de nullité selon les articles 56-1 al1 CPP et 59 al 2 CPP. Le principe est qu'aucune saisie ne peut concerner des documents ou objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision de perquisition¹²²³. C'est pourquoi, toute perquisition incidente, c'est-à-dire une saisie d'objets ou documents sans rapport avec l'infraction effectuée n'est pas autorisée¹²²⁴. De plus, le magistrat effectuant la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat¹²²⁵. Cette obligation est prescrite à peine de nullité¹²²⁶. Il appartient au Bâtonnier sur place de contester toute saisie qu'il jugerait personnellement non fondée, ou encore de se faire porte parole des

1219VIALA Gaz pal 19 janvier 1993 11 in ADER-DAMIEN « *Règles de la profession d'avocat* » 2013-2014 » p 348

1220Crim 25 juin 2013 n°12-88021

1221GALLOIS (A) « *Protection du secret professionnel des avocats : les limites du droit français* » Dalloz 2015 p 977

1222NIORE (V) « *Perquisitions chez l'avocat, Défense des secrets et inviolabilité de l'asile sacré* » Lamy Axe Droit 2013 p 117

1223Article 56-1 CPP « *Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée* »

1224Crim 24 avril 2013 n°12-80331 et 12-80336

1225Article 56-1 CPP « *Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat* »

1226Article 59 al 2 du CPP « *Les formalités mentionnées aux articles 56, 56 -1, 57 et au présent article sont prescrites à peine de nullité* »

objections faites par le perquisitionné lui-même. CZERNICK commissaire de police n'hésite pas à dénoncer « *l'opposabilité quasi stalinienne du secret professionnel de l'avocat* », d'autant plus lorsque « *le positionnement de l'avocat en tant que « simple conseil » ou en tant que probable « futur mis en cause » n'est pas clairement établi* »¹²²⁷. Aussi pour rétablir cette situation il suggère que hors contentieux de nature pénale ou dans le cadre du simple conseil juridique, les OPJ puissent retrouver « *la liberté de la preuve* » afin de ne plus « *priver la procédure judiciaire de cette parcelle de vérité* ».

333. Le statut et la qualité de l'avocat, son lieu d'exercice présent et passé, son cabinet et son domicile, son véhicule et ses portes documents sont protégés par l'article 56-1 CPP¹²²⁸. Il semblerait ainsi que le secret professionnel de l'avocat ne soit protégé que par le lieu, cabinet ou domicile de l'avocat, et non plus du fait de la nature- même et intrinsèque des documents saisis. La perquisition, véritable mesure coercitive et privative de liberté, est assimilée à une ingérence dans le domicile que constitue le cabinet d'avocat¹²²⁹, voire parfois une atteinte au secret professionnel¹²³⁰. Pour être légale, il est obligatoire qu'elle soit proportionnée au but poursuivi d'une part, et nécessaire au sens de l'article 8 § 2 CEDH¹²³¹ d'autre part. Ces notions sont gigognes, car « *la nécessité au sens de l'article 8 de la CEDH implique l'existence d'un besoin social impérieux et, en particulier, la proportionnalité de l'ingérence au but poursuivi* »¹²³². L'exigence de proportionnalité requiert des garanties spéciales de procédure, qui conditionnent l'efficacité du contrôle du juge et son aptitude à limiter l'ingérence de l'autorité publique à ce qui est nécessaire dans une société démocratique.

334. Par ailleurs, ne peuvent être saisis que les documents ou objets relatifs aux infractions mentionnées dans la décision de l'autorité judiciaire, sous réserve de ne pas porter atteinte à la libre défense¹²³³. Ces documents doivent être utiles à l'information, sans quoi ils ne sauraient être exploités. Ce critère d'utilité imposé bien avant les réformes de l'article 56 du CPP, par la Cour de cassation¹²³⁴, annihile le secret professionnel en ce qu'il suspend le caractère confidentiel du document concerné, le temps de son exploitation par le magistrat.

1227CZERNIK (Y) « *Le secret professionnel de l'avocat : vers une ambiguïté entretenue ?* » Dalloz actualité 17 septembre 2015

1228CEDH 21 janvier 2010 Xavier Da silveria/ France req n°43757/05 - Crim 27 novembre 2013 n°12-86424

1229CEDH 23 février 2013 Creanga/Roumanie req n°12323/11

1230CEDH 24 juillet 2008 André, requête n°18603/03

1231Crim 22 octobre 2013 n°13-81945

1232CEDH 6 décembre 2012 n°12323/11 Michaud C/ France § 120

1233Crim 3 avril 2013 n°Y12-88021

1234Crim 5 juin 1975 n°74-92.792

335. Récemment « *l'utile* » a glissé vers ce qui constitue « *des indices de complicité* »¹²³⁵ ; indices utiles certes à la manifestation de la vérité, mais qui laissent penser qu'avant leur saisie il existait déjà une forte présomption de participation à l'infraction, soit de culpabilité de l'avocat, indépendamment de tout statut procédural de ce dernier. Au demeurant, le recours à « la participation éventuelle de l'avocat à une infraction » reste une condition approximative, potentiellement subjective donc susceptible d'abus, au mépris du secret professionnel. Un seuil trop bas de suspicion ne serait pas à la hauteur des enjeux, un seuil trop haut préjudiciable à la recherche de la vérité. A ce titre, GALLOIS propose et invite le législateur à opter pour le référentiel du seuil de de la mise en examen : « indices graves ou concordants »¹²³⁶, ou encore « indices graves et concordants »¹²³⁷.

336. La saisie des correspondances ayant pu être échangées entre le professionnel et ses clients est tout à fait possible dans le cadre d'une perquisition. Le juge d'instruction est également compétent pour saisir ce type de documents conformément à l'article 97 CPP. Encore, une fois le secret professionnel ne fait nullement obstacle à cette mesure. Néanmoins car la confidentialité demeure de principe, la saisie est érigée en exception. Par conséquent, les documents saisis relevant de la correspondance doivent être de nature à confondre l'avocat en apportant la preuve de sa participation à une infraction¹²³⁸. La confidentialité naît du rapport particulier existant entre l'avocat et son client. Aussi, tout courrier adressé ou reçu par un avocat n'est pas automatiquement couvert par le secret professionnel. Pour ce faire, il faut que le destinataire ou l'auteur du courrier qui s'adresse au professionnel ait la qualité particulière de client. A défaut le courrier n'est pas confidentiel est peut être saisi, comme l'enseigne l'affaire ROCHENOIR¹²³⁹

337. Au delà des dossiers papiers, le matériel informatique très présent du fait de la modernisation de l'organisation des cabinets, fait partie des documents saisissables, et ce conformément à l'article 97 al 3 et 4 du CPP. S'agissant des saisies informatiques prévues précisément dans le cadre d'une perquisition chez un avocat, il convient de se référer à

1235Crim 27 septembre 2011 n°11-83.755 FD

1236Article 80-1CPP « *A peine de nullité, le collège de l'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi* »

1237Article 105 CPP « *Les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ne peuvent être entendues comme témoins* »

1238Crim 12 mars 1992 n°91-86.843 Bull crim n°112 D 1992 IR 198

1239Crim 5 juin 1975 n°74-92.792 Bull crim n°146 : les documents non confidentiels au regard des nécessités de la défense peuvent être saisis.

l'article 56 al 5 du CPP¹²⁴⁰. Ces saisies sont particulières et s'avèrent délicates. Le magistrat auteur de la perquisition nécessite l'assistance d'enquêteurs spécialisées, et le Bâtonnier pas plus compétent que le juge instructeur, doit pouvoir compter sur les informaticiens du cabinet perquisitionné pour faire valoir utilement son droit à contestation. Une telle opération commande que soit démonté le disque dur des ordinateurs, d'en copier le contenu pour ne pas l'abîmer et de procéder à des opérations de balayage par mots clés. Un tel processus de « filtrage » peut renvoyer à une quantité de dossiers, notamment ceux non concernés par la mesure de saisie. Le secret professionnel est donc totalement bafoué. D'une part car les dispositions selon lesquelles seuls le magistrat et le Bâtonnier peuvent consulter les documents ne peuvent plus s'appliquer - les experts et informaticiens présents ont accès aux informations saisies - étant donné la forme particulière requise pour la saisie informatique. D'autre part, car le contenu présenté aux enquêteurs généré par la recherche par mot clef renvoie à des documents non concernés par la perquisition. L'article 56-1 CPP n'est donc pas respecté. La Cour dans un arrêt récent semble inviter les concernés à faire part de contestation par rapport à la recherche informatique telle qu'elle s'effectue¹²⁴¹, s'exprimant ainsi « *aucune observation n'a été formulée et aucun élément de nature à établir que certains des documents ne pouvaient en raison de leur objet être saisis, n'a été invoqué* ». Notons que, lors de de saisies informatiques, c'est l'exercice dans tout le cabinet qui est ralenti si ne s'est stoppé du fait de la mise à disposition de l'appareillage aux enquêteurs, notamment lorsque les ordinateurs sont utilisés en réseau. Pourtant, il est prescrit à peine de nullité par lecture combinée des articles 59 al 2 et 56-1 al du CPP, ainsi que par la jurisprudence¹²⁴², que « *le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat* ».

338. Concrètement il paraît difficile que de telles exigences légales soient respectées, étant donné ce qui a été évoqué en matière de saisie informatique. Si l'esprit de l'article 56-1 cité est louable, il ne correspond à aucune réalité pragmatique, et ce au delà de la simple saisie informatique. Ceci est avéré, la perquisition en général porte invariablement atteinte à l'exercice de la profession, puisque l'avocat durant celle ci ne pourra pas travailler, ni recevoir de clients, pas plus que répondre à des appels téléphoniques voire communiquer par ce biais, si son appareil est retenu par le magistrat. Si les enjeux et les intérêts protégés nécessitant une

1240 Article 56 al 5 CPP : « *Il est procédé à la saisie des données informatiques nécessaires à la manifestation de la vérité en plaçant sous main de justice soit le support physique de ces données, soit une copie réalisée en présence des personnes qui assistent à la perquisition* »

1241 Crim 14 novembre 2013 n°12-87346 Dalloz actualité novembre 2013

1242 Crim 25 juin 2013 n°12-88021 précité

perquisition dans un cabinet d'avocat ne sont en rien critiquables, ni à remettre en cause ; il est constant que face à eux, la survie du principe du secret professionnel ainsi que la possibilité d'exercer pour l'avocat non encore déclaré coupable au moment de la perquisition, cèdent totalement. Il conviendrait que le législateur à l'appui de propositions concrètes des professionnels concernés, rééquilibre la situation. Autre atteinte notable récente, une décision rendue par la chambre criminelle qui autorise la saisie de documents pourtant couverts par le secret professionnel, chez un tiers¹²⁴³. Encore une fois le secret ploie, car semblerait-il, les écrits litigieux perdent leur caractère confidentiel une fois à l'extérieur du cabinet de l'avocat. La réalité autour de cette question reste néanmoins flexible, pour le commissaire CZERNIK, concrètement, « *les perquisitions dans des cabinets d'avocat sont toujours délicates et se déroulent finalement au bon vouloir du bâtonnier ou de son représentant, selon qu'il accepte ou non la demande fréquente du magistrat d'autoriser les OPJ à fouiller* »¹²⁴⁴.

2 - Les modalités de la perquisition judiciaire

339. En terme de procédure, la perquisition dans un cabinet ou au domicile d'un avocat, à la différence des perquisitions effectuées au domicile des particuliers est faite par un magistrat. Les OPJ ne sont pas autorisés à fouiller le temps de la perquisition, ni à lire la correspondance professionnelle d'un avocat. Pourtant selon CZERNIK, « *pour distinguer ce qui relève du domaine privé de la sphère professionnelle, pour savoir ce qui peut être objectivement intéressant pour l'enquête pénale, et ce qui ne l'est pas, il faudrait justement que les OPJ puissent consulter ces documents, car dans certaines situations, le magistrat ne sait pas toujours ce qu'il doit saisir* »¹²⁴⁵. En revanche, le Bâtonnier participe à la perquisition, il a depuis la loi du 15 juin 2000 un rôle plus actif, son but étant d'assurer la défense de la profession au moment de la perquisition afin de garantir le secret professionnel¹²⁴⁶. La loi l'a érigé en véritable organe de contrôle de la régularité de la perquisition et des saisies. Il veille à la protection des droits de la défense¹²⁴⁷, du secret professionnel¹²⁴⁸, et tout autre type de secret protégé par la loi. Sa présence est reconnue comme étant une garantie spéciale de procédure¹²⁴⁹, car grâce aux contestations qu'il peut émettre, les droits de la défense s'en

1243Crim 17 décembre 2013 n°13-85717

1244CZERNIK (Y) « *Le secret professionnel de l'avocat : vers une ambiguïté entretenue ?* » Dalloz actualité 17 septembre 2015

1245CZERNIK (Y) précité

1246MARTIN (R) – LANDRY (D) juriscasseur civil annexes, fasc 20 : Avocats n°45

1247Crim 8 janvier 2013 n°T12-90.063FD

1248Crim 8 août 2007 n°07-84.252

1249Crim 3 avril 2013 n°Y12-88021

trouvent renforcés. Pour autant, il ne procède pas à cette mesure¹²⁵⁰, même s'il dispose du droit exclusif partagé avec le magistrat investigateur « *de consulter ou de prendre connaissance des documents ou objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie* »¹²⁵¹, et s'opposer à ce qu'un document fasse l'objet d'une saisie s'il estime celle-ci irrégulière. Si tel est le cas, le document ou l'objet doit être placé sous scellé fermé, et ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du Bâtonnier ou de son délégué, qui n'est pas joint au dossier de la procédure. Si d'autres documents ou d'autres objets ont été saisis sans que ne soit soulevé de contestation, ce procès-verbal est distinct de celui prévu par l'article 57. A noter que le Bâtonnier ne connaît ni le nom, ni les coordonnées de l'avocat tant que la perquisition n'a pas eu lieu. Ceci ne correspond nullement à une prescription légale, mais la pratique est telle. En droit, il n'est pas interdit au magistrat de révéler en amont, l'identité du professionnel.

340. Le procès-verbal ainsi que le document ou l'objet placé sous scellé fermé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention (JLD), avec l'original ou une copie du dossier de la procédure. Dès lors, et conformément à l'article 56-1 al 4 CPP, dans les cinq jours de la réception de ces pièces, le juge des libertés et de la détention¹²⁵² statue sur la contestation par ordonnance motivée. C'est là qu'apparaît une faiblesse manifeste dans le cadre de cette procédure : l'impossibilité de faire appel - sauf pour le parquet- de l'ordonnance rendue par le JLD suite à la saisine du magistrat qui perquisitionne. Néanmoins, si le JLD statue par ordonnance non susceptible de recours, la décision peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation en cas d'excès de pouvoir¹²⁵³, ou être contestée devant la CEDH, procédure plus longue dans ce cas. Il existe donc quelques garde-fous aux pleins pouvoirs du JLD, car initialement la loi le charge, et nul autre, du règlement de ce contentieux. Son rôle est central, et il dispose à ce titre d'un ensemble de prérogatives qui lui sont propres. Pour statuer, le juge des libertés et de la détention entend le magistrat qui a procédé à la perquisition, il en va de même pour le procureur de la République, l'avocat au cabinet ou au domicile duquel la perquisition a été

1250Crim 24 mars 1960 D 1960 531 note CREMIEU – Crim 8 janvier 2013 , QPC, n°12-90.063 « *Le Bâtonnier n'est ni partie, ni le conseil de l'avocat perquisition. Il agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargé de la protection des droits de la défense* »

1251Article 56-1 CPP «...*Celui-ci et le Bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie...Le Bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière* »

1252Crim 22 juin 2005 Bull crim: le JLD territorialement compétent pour statuer sur l'opposition à saisie de document soulevée par le Bâtonnier est celui appartenant à la même juridiction que le juge d'instruction ayant ordonné la perquisition dans le cabinet de l'avocat, quand bien même ce cabinet était situé dans le ressort d'une autre juridiction

1253Crim 22 juin 2005, Bull crim n°190

effectuée, ainsi que le Bâtonnier ou son délégué. Le juge des libertés et de la détention peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes. Sinon, après avoir pris personnellement connaissance des documents saisis, il devra se prononcer sur le sort de ceux-ci. Cet examen ne doit être fait « de façon abstraite »¹²⁵⁴, ni délégué au juge d'instruction, même en lui donnant des directives. En définitive, « la complexité des opérations à effectuer pour prendre connaissance personnellement des scellés est indifférente »¹²⁵⁵ : il doit donc recourir lui-même à une mesure technique, c'est-à-dire une expertise¹²⁵⁶, normalement apanage du juge d'instruction, à moins de supposer que le JLD soit une juridiction d'instruction ou de jugement, et qu'à ce titre il entre dans le champ d'action de l'article 156 du CPP¹²⁵⁷. Selon les termes de l'article 56 et 57 CPP, il ordonne la restitution immédiate de l'objet ou du document saisi s'il estime qu'il n'y a pas lieu à le saisir. Il commande de même la destruction du procès-verbal des opérations, et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document, à son contenu ou à cet objet qui figurerait dans le dossier de la procédure. Cette décision est exécutoire immédiatement puisqu'elle est insusceptible de recours. Le JLD ne peut en tout état de cause refuser de statuer lorsqu'il est saisi par le Bâtonnier d'une opposition¹²⁵⁸. Dans le cas où il estime que le document ou l'objet doit être saisi, le juge des libertés et de la détention ordonne le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure. La décision du juge des libertés et de la détention, non susceptible de recours comme précisé, n'exclut cependant pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant la juridiction de jugement ou en cas d'information devant la Chambre de l'instruction. Les perquisitions effectuées dans les locaux de l'Ordre des avocats, des caisses de règlement pécuniaire des avocats, ou encore celles dans le cabinet ou au domicile du Bâtonnier, obéissent aux prescriptions de l'article 56 -1 CP : dans ces cas précis, la compétence du JLD sera exercée par le président du tribunal de grande instance qui doit en être préalablement informé.

341. L'avocat du perquisitionné a le droit d'accès aux bureaux visités et de prendre la parole lors de sa perquisition. Ce qui a priori signifie que conformément à l'article 6.3 CEDH, l'avocat a droit à une assistance par un confrère, mais qu'en est-il in situ, soit durant la perquisition ? L'absence de texte en la matière est flagrante. Actuellement le droit interne a choisi de traduire cette carence législative en non droit pour l'avocat à être assisté durant la

1254Crim 25 juin 2013 « Les précisions utiles de la Chambre criminelle en matière de perquisitions et de saisies en cabinet d'avocat » note BELFANTI (L) AJ pénal, n° 10 octobre 2013 p 539

1255Note précitée BELFANTI (L)

1256Crim 8 août 2007 n°07-84.252, D 2007, 2307 : en l'espèce la saisie de matériels informatiques

1257Note précitée BELFANTI (L) – Article 156 CPP « Toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office, ou à la demande des parties, ordonner une expertise. »

1258Crim 8 août 2007 n°07-84.252 Bull crim n°188 D 2007 AJ 2307

perquisition, à en croire les dernières décisions rendues¹²⁵⁹. Une réforme est donc attendue sur ce point, d'autant que la CJCE souligne depuis déjà longtemps que le droit d'avoir une assistance juridique doit être respecté dès l'enquête préalable. De même, le perquisitionné peut simultanément faire l'objet d'une garde à vue, dès lors, deux régimes se superposent celui de la perquisition et de la garde à vue. Le droit à l'assistance d'un avocat, s'agissant de la garde à vue, ne vaudra que pour celle-ci, sans qu'il ne puisse y avoir amalgame ou mélange avec la procédure de perquisition qui peut aussi faire l'objet d'une assistance, mais à part. La CEDH et la Cour de cassation ont ainsi rappelé le droit pour le gardé à vue d'être assisté dès le début de la mesure de contrainte, ainsi que la notification du droit de se taire¹²⁶⁰.

B - Les perquisitions administratives, les écoutes téléphoniques et la sonorisation.

Il convient de présenter ce que sont les perquisitions de nature administrative (1) puis le cas des écoutes téléphoniques et sonorisation qui pourraient être effectuées dans le cabinet d'un avocat (2)

1 - Les perquisitions administratives

342. La définition de la perquisition apportée précédemment ne change aucunement ici. La première différence s'illustre dans le fait que ce sont les autorités autres que celles judiciaires, qui procèdent à la mesure coercitive. Il s'agit des perquisitions fiscales, ou visites domiciliaires, prévues par les dispositions de l'article L16B du livre des procédures fiscales, de même que les procédures en matière douanière¹²⁶¹, ou de répression de la fraude et de concurrence¹²⁶². Il appartient au président du TGI d'autoriser par ordonnance l'Administration, si elle suspecte une fraude à l'impôt, à perquisitionner le domicile du concerné ou le cabinet de son avocat. La CEDH soucieuse du secret professionnel, a considéré que la protection du cabinet de l'avocat, en matière de perquisition, prévue à

1259Crim 3 avril 2013 n°12-88428 – crim 22 octobre 2013 n°13-81945

1260CEDH 24 octobre 2013 Navone et autres c/Monaco req n°62892/11, 62899/1- Crim 14 décembre 2011 n°11-81329- Crim 5 novembre 2013 n°13-82682

1261Article 64 du code des douanes, extraits, « *La visite s'effectue sous le contrôle du juge qui l'a autorisée.*

Lorsqu'elle a lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, il délivre une commission rogatoire, pour exercer ce contrôle, au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'effectue la visite »

1262Article L450-1 et suivants du code de commerce

l'article 56-1 du Code de procédure pénale, s'applique aussi aux perquisitions administratives¹²⁶³, pour autant elles ne sont pas soumises à la procédure qu'impose ce même article. Cela signifie, seconde différence, que la perquisition est faite sous la surveillance d'un officier de police judiciaire¹²⁶⁴, et sans le Bâtonnier, à moins que ce dernier n'ait été convoqué par l'OPJ ou les agents du fisc¹²⁶⁵; quand lors d'une perquisition judiciaire, seuls le magistrat instructeur et le Bâtonnier sont autorisés à être présents. Ces autorités si elles ne sont pas astreintes au CPP, sont tout de même tenues de respecter les droits de la défense qui sont « à la base de la procédure pénale en droit français... qui constituent un principe d'ordre public à l'égard duquel aucune transgression n'est admise¹²⁶⁶ ».

343. Récemment¹²⁶⁷, la Cour administrative d'appel (CAA) de Lyon dans le cadre d'une vérification fiscale concernant un avocat, a reconnu que le vérificateur fiscal, en exigeant des documents détaillant la nature des prestations effectuées, a méconnu les dispositions relatives au secret professionnel. En effet, lors du contrôle, le vérificateur a consulté des notes d'honoraires faisant apparaître à la fois l'identité du client et les prestations effectuées par l'avocat, et ce sans le consentement de ce dernier. La CAA s'est prononcée, affirmant qu'un vérificateur comptable ne peut avoir accès à des documents qui comportent à la fois l'identité des clients et des indications, quelles qu'elles soient, « même sommaires ou codées », relatives à la nature des prestations rendues à ces derniers. En accédant à de tels documents, le vérificateur a violé les dispositions précitées du LPF relatives au secret professionnel. Cet arrêt, loin d'être novateur confirme une décision de la même Cour, rendue le 16 mai 2013¹²⁶⁸. Il apparaît ainsi que le secret professionnel de l'avocat « n'est pas soluble dans la vérification fiscale »¹²⁶⁹.

344. Par ailleurs, en application de la décision de la CEDH précitée, le nouvel alinéa 10 de l'article L621-12 du CMF soumet les visites de l'autorité des marchés financiers aux articles L465-1 et 465-2 du Code, dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, au droit commun des perquisitions dans les cabinets d'avocat prévu par l'art.56-1 CPP. De la même manière, les agents de la direction de la concurrence peuvent perquisitionner le cabinet d'un avocat s'il détient des documents relatifs à des agissements frauduleux dont la preuve est recherchée¹²⁷⁰

1263CEDH 24 juillet 2008 ANDRE C/ FRANCE Req n°18603/03

1264Com 5 mai 1998 n°96-30.102 NP JCP 1998 note MARTIN

1265Com 7 mars 1995 n°93-14.661 Bull crim n°71 JCP 1995 II 22536 note MARTIN

1266Com 9 novembre 1993 n°91-20.272 Bull civ IV n°399 D 1994 399 note LOMBARD

1267CAA Lyon 18 décembre 2014 n° LY01059

1268CAA Lyon, 16 mai 2013, requête. n° 11LY01009, Dehlingier : RFJ 2013, n° 844

1269PORTMAN (A) note sous arrêt précité Dallloz actualité édition du 15 janvier 2015

1270Com 15 juillet 1992 n°90-21.375 Bull civ IV n°277

.Ceci en application de l'article L450-1 et L 450-4 du Code du commerce. En résumé, que la perquisition soit faite dans le cadre judiciaire ou administratif, il faut reconnaître aux avocats un niveau de protection certain. Néanmoins, ceux-ci doivent admettre des intrusions lorsqu'il existe des raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction. Tout l'enjeu réside dans le fait de préserver l'équilibre entre effectivité des droits de l'avocat inhérents à sa profession, et efficacité de l'enquête et répression des infractions¹²⁷¹.

En 2014, dix sept avocats parisiens ont fait l'objet de perquisitions pour trente deux intrusions dans leurs domiciles et cabinets sur le fondement de l'article 56-1 CPP, treize perquisitions ont été décidées par les juges d'instruction du pôle financier, une par un juge d'instruction du Palais, deux par le parquet financier, une par un juge d'instruction de province. Une perquisition a été réalisée sur le fondement de l'article L.621-12 du CMF. Trois avocats ont été concomitamment placés en garde à vue. Le JLD a été saisi onze fois, donnant lieu à vingt trois audiences¹²⁷². L'importance de ces chiffres démontre « *qu'il est essentiel d'apporter à la profession les moyens d'assurer la sauvegarde de son secret professionnel* »¹²⁷³. En cause la généralité des textes permettant les intrusions : la loi ne fait pas référence à la qualité de suspect de l'avocat quant à sa participation à l'infraction poursuivie, pourtant cette qualité est un préalable nécessaire selon le juge européen, lorsque une perquisition ou visité est opérée à son cabinet¹²⁷⁴. La prévisibilité de la loi requise en droit pénal fait donc défaut, et le juge européen ne s'est pas prononcé sur cette exigence. De même s'agissant d'écoutes téléphoniques, la référente aux nécessités de la procédure dans le cadre de l'information judiciaire ou de l'enquête de criminalité organisée est floue¹²⁷⁵. Pourtant la législation est confrontée à une triple exigence instaurée par la jurisprudence, celle de prévisibilité déjà

1271 BELFANTI (L) « *Les précisions utiles de la chambre criminelle en matière de perquisitions et de saisies en cabinet d'avocat* » AJ Pénal 2013 539

1272 GALLOIS (A) : « *Protection du secret professionnel des avocats : les limites du droit français* » Dalloz 2015 p 977

1273 Projet de loi de la FNUJA renforçant la protection du secret professionnel des avocats, 1er juin 2015, Dalloz actualité 2015

1274 CEDH 24 juillet 2008 n°18603/03, André et autres C/France, § 46, D 2008 2353

1275 Article 100 CPP « *En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle. La décision d'interception est écrite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours* ». Article 706-95 CPP « *Si les nécessités de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications selon les modalités prévues par les [articles 100](#), deuxième alinéa, [100-1](#) et [100-3 à 100-7](#), pour une durée maximum d'un mois, renouvelable une fois dans les mêmes conditions de forme et de durée. Ces opérations sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention* »

évoquée, de nécessité et de proportionnalité afin d'encadrer et limiter les atteintes. Pour GALLOIS, « *il est urgent que le législateur protège davantage le secret professionnel des avocats,....,le sujet n' étant pas réductible aux intérêts d'une profession.Il participe à la bonne administration de la justice et constitue un des moyens de préserver une démocratie digne de ce nom* »¹²⁷⁶.

¹²⁷⁶GALLOIS (A) : « *Protection du secret professionnel des avocats : les limites du droit français* » Dalloz 2015 p 977 précité.

2 - Les écoutes téléphoniques et la sonorisation

345. En matière d'écoutes téléphoniques, il n'existait aucune base légale en droit français jusqu'en 1991¹²⁷⁷. Jusqu'alors la jurisprudence tentait d'encadrer la situation en imposant que la mesure soit restreinte aux infractions criminelles ou de nature à porter gravement atteinte à l'ordre public¹²⁷⁸. La gravité des faits relevés¹²⁷⁹, ainsi qu'une durée limitée de l'opération¹²⁸⁰ étaient exigées à peine de nullité.

346. Pour ce qui concerne l'avocat, le principe est que la transcription des conversations téléphoniques qu'il peut avoir avec un client est interdite, sauf exception de participation de l'avocat à une infraction. En revanche, cette règle ne s'applique pas aux conversations téléphoniques entre l'avocat et un proche de son client, qui peuvent donc faire l'objet de transcription¹²⁸¹. L'article 100-5 al 3 du CPP dispose qu'« à peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant des droits de la défense ». C'est suite à l'arrêt Kruslin¹²⁸² que fut codifié l'article 100-7 du CPP prévoyant qu'aucune interception ne peut avoir lieu sur la ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le Bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction, et ce à peine de nullité. Ces dispositions s'inspirent directement de l'article 56-1 CPP. Les juges saisis sur la question des écoutes téléphoniques ont précisé que « d'une part, le juge d'instruction tient des articles 81 et 100 du Code de procédure pénale le pouvoir de prescrire, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, l'interception, l'enregistrement et la transcription des correspondances émises par la voie des télécommunications par une personne mise en examen, dès lors que n'est pas en cause l'exercice des droits de la défense ; d'autre part, le principe de confidentialité des conversations échangées entre une personne mise en examen et son avocat ne saurait s'opposer à la transcription de certaines d'entre elles, dès lors qu'il est établi que leur contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction, fussent-ils étrangers à la saisine du juge d'instruction »¹²⁸³. Puis, que la retranscription d'une conversation téléphonique entre un avocat et son client doit être annulée si son contenu n'apparaît pas de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une

1277Loi n°91-646 du 10 juillet 1991 entrée en vigueur le 1er octobre 1991

1278Crim 15 mai 1990 n°90-84.837 Bull crim n°193 JCP 1990 II 21541 note JEANDIDIER

1279Crim 6 novembre 1990 n°90-82.614 Bull crim n°369 REP PEN V° « Ecoutes téléphoniques judiciaires » n°26

1280Crim 17 juillet 1990 n°90-82.614 Bull crim n°286 RSC 1991 602 note BRAUNSWEIG

1281Crim 30 septembre 1998 Bull crim n°243

1282CEDH 24 avril n°7/1989/167/223 Kruslin c/ France JCP G 1990 I 21541 note JEANDIDIER

1283Crim 1er octobre 2003 Bull crim n°177 D 2004, somm. 671 obs PRADEL

infraction. Ainsi, « lorsque le contenu d'une telle conversation retranscrite a permis de localiser le client concerné et constitue le support nécessaire de son interpellation, de son placement en garde à vue et de ses auditions au cours de cette mesure, l'annulation subséquente de ces actes est justifiée »¹²⁸⁴. A défaut de preuve de participation du professionnel à une infraction les écoutes ne sont pas justifiées, quand bien même les actions de l'avocat porteraient atteinte aux exigences de dignité et de délicatesse¹²⁸⁵.

347. La décision d'intercepter n'est pas anodine, c'est un véritable acte d'instruction. De ce fait, n'étant pas dotée de caractère juridictionnel, une telle entreprise n'est pas susceptible de recours¹²⁸⁶. La décision doit être sous forme écrite et datée selon l'article 100 al 2 CPP. Elle doit préciser l'infraction visée et la durée d'interception. Le Bâtonnier doit être informé de cette mesure. Il paraît légitime de s'interroger sur le sort des conversations interceptées à l'extérieur du cabinet de l'avocat. Lorsque le client est en prison, le principe est que les conversations téléphoniques des détenus autorisés à téléphoner peuvent être écoutées, enregistrées ou interrompues par l'administration pénitentiaire et sous le contrôle du procureur de la République, à l'exception de celles avec leur avocat, qui demeurent confidentielles. Autre limite, s'agissant de la récupération d'informations par le biais de fixation de sons ou d'images, l'avocat est protégé par l'article 706-96 CPP, qui dans le cadre de la criminalité organisée, interdit la sonorisation des cabinets, domiciles et véhicules d'avocats : « la mise en place du dispositif technique...ne peut concerner les lieux visés aux articles 56-1, 56-2 et 56-3 ni être mise en oeuvre dans le véhicule, le bureau ou le domicile des personnes visées à l'article 100-7 ». De même, le dispositif de captation des données informatiques, institué par la loi du 14 mars 2011 dite LOPPSI2 et permettant à l'enquêteur d'observer à distance les données s'affichant sur l'écran d'un ordinateur, ne peut concerner le cabinet ou domicile d'un avocat¹²⁸⁷. Si les mesures d'investigation mises à disposition des enquêteurs sont parfois intrusives et coercitives, la nécessité de garantir l'effectivité des droits de la défense, la confidentialité des correspondances et le secret professionnel offrent tout de même des garanties particulières

Dans les cas de figure évoqués le rôle de l'avocat est passif, dans la mesure où il doit laisser pénétrer certaines autorités au sein de son cabinet ou domicile, et ce faisant permettre que

1284Crim 17 septembre 2008 n°08-85229 Bull crim. n°191

1285Crim 15 janvier 1997 n°96-83.753 Bull crim n°14

1286Crim 6 octobre 1999 n°99-85.045 Bull crim n°210

1287BERGEAUD – WETTERWALD (A) « La preuve de la responsabilité pénale de l'avocat » in « La responsabilité pénale de l'avocat » BENEJAT (M) p 15

s'extériorisent les informations potentiellement litigieuses. Il n'a pas à prendre d'initiative. Dans le cadre de certaines autres révélations, l'avocat doit amorcer de lui même une démarche de dénonciation en faisant sortir de son cabinet, de sa propre initiative, certaines informations comme la loi l'exige. C'est en cela qu'il convient de distinguer ces deux sortes de révélation du secret.

Paragraphe II – Les révélations licites du secret professionnel

En dépit de l'interdiction de révéler ce qui a trait au secret professionnel, certaines informations peuvent toutefois être divulguées. Il existe donc à côté d'une interdiction de principe, des cas où l'avocat pourra dévoiler sans encourir de poursuites pénales (A). En revanche, il existe dans la vie judiciaire et à côté du secret professionnel, un autre secret qui ne peut souffrir d'exceptions. Il s'agit du secret de l'enquête et de l'instruction. Son irrespect est assimilé à un délit pénal auquel l'avocat n'échappe pas (B)

A- La coexistence d'un délit de divulgation du secret professionnel et d'une irresponsabilité pénale.

L'étude du délit de divulgation du secret nécessite celle de ses éléments constitutifs (1) mais également celle des faits justificatifs qui l'accompagnent (2)

1 - Les éléments constitutifs du délit

348. Le goût du scandale ajouté à la tradition des révélations indiscrettes, conduisirent le législateur à pénaliser la violation du secret professionnel. C'est ainsi que selon l'article 226-13 CP « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* ». A en croire les termes du Code pénal, l'infraction de violation du secret pour être consommée, nécessite au préalable que le débiteur du secret ainsi que l'objet du secret, soient de nature professionnelle. S'agissant des dépositaires du secret, la jurisprudence a dégagé en complément de la loi une liste importante de personnes qualifiées de « confidentes nécessaires » au fil des nombreuses espèces dont elle a eu à connaître. L'avocat est concerné¹²⁸⁸, il rentre dans la catégorie « *dépositaire par profession* », ce qui revient à dire qu'identifier le débiteur du secret se fait par le truchement de son activité. Murielle BENEJAT¹²⁸⁹ précise que la profession en elle-même, n'appelle pas au caractère secret de l'information. La notion de profession étant ici à entendre globalement, comme désignant le corps de ceux qui l'exercent. C'est en fait l'activité professionnelle, soit l'exercice effectif de celle-ci, qui confère une

¹²⁸⁸civ1ere 7 juin 1983 Bull civ n° 169

¹²⁸⁹BENEJAT (M) « *La responsabilité pénale professionnelle* » Thèse Dalloz 2012 p 53

qualité spécifique.

349. Il est constaté que l'élève avocat et les stagiaires sont soumis au secret, alors qu'ils ne détiennent pas le diplôme du CAPA condition indispensable pour exercer, ils ne font donc pas partie du corps professoral. La condition *rationae personae* importe donc peu. En revanche, dans la mesure où ils sont entrés dans le cadre particulier d'un cabinet, et surtout qu'ils œuvrent quasi à l'identique d'un avocat, ces personnes « *en voie d'accéder à la profession* » deviennent dépositaires du secret. C'est donc l'action particulière attachée à l'activité d'avocat, qui amène au secret professionnel. Cette condition *rationae materiae* est d'ailleurs une exigence pour que l'infraction soit constituée. Il appartient au juge lors de la qualification des faits, de faire état de cette nuance pour rendre l'infraction professionnelle. Il y parviendra en mettant à jour dans quelles conditions le débiteur du secret s'est fourvoyé. Une telle singularité n'est pas prévue par le Code pénal. Elle ne provient et n'a de place, que dans le cadre précis d'une analyse de la qualification des faits, telle qu'elle est réellement effectuée. Voilà pourquoi le législateur est silencieux sur ce point. Au mieux, la considération de l'activité professionnelle pourra expressément constituer une aggravation d'infraction dans certains cas. C'est pour cette raison qu'au moment où la confiance est reçue, l'avocat doit se trouver dans le cadre particulier de sa mission. S'il est sollicité lors d'une conversation strictement amicale, soit en dehors de ses activités, il n'est plus dépositaire d'un secret¹²⁹⁰.

350. C'est en cela que l'affirmation de la généralité du délit, soulignée par BENEJAT dans sa thèse doit être ici nuancée. Elle ne tient compte en effet que de la diversité de professionnels, pour certains non expressément identifiés. Les observations faites plus haut montrent qu'une fois la robe de l'avocat enlevée, celui-ci devient un homme ordinaire, dépourvu du carcan professionnel qui l'oblige à se taire. Or, comme le résume Valérie MALABAT, « *le secret professionnel n'est protégé que parce qu'il est reçu dans l'exercice de la profession* »¹²⁹¹, il n'y donc pas d'infraction au secret en dehors de ce cadre. L'infraction est donc contrairement à ce qu'énonce BENEJAT, bien spécifique, car rattachée à la mission particulière de l'avocat. Cela implique de percevoir la révélation du secret comme une infraction pénale spéciale. Aucun ouvrage ne dément d'ailleurs ceci. L'identification de l'auteur étant faite, il convient de s'intéresser à l'objet.'

1290Crim 2 mars 2010, n° 09-88453

1291 MALABAT (V) « *Droit pénal spécial* » Hypercours Dalloz 201 p 322

351. Le fait d'enfreindre le secret professionnel suppose nécessairement l'existence préalable d'une information secrète qui sera par la suite révélée. Il est indispensable en premier lieu d'identifier ce qui constitue une information à caractère secret, bien que le texte n'en donne pas définition. En toute logique, et fort heureusement pour le professionnel, le secret pour en être doit concerner tout sauf une information publique. Mais l'extrême inverse ne fonctionne pas, ainsi peu importe qu'à côté de l'avocat la confiance ait été faite à d'autres personnes¹²⁹². Ceci signifie que le professionnel n'a pas besoin d'être impérativement l'unique confident, pour que le contenu des propos confiés entre dans le champ du secret professionnel. Encore une fois, c'est plutôt le lien entre l'activité et les révélations, qui prodigue le caractère secret. Le caractère secret des déclarations ne provient pas de leur nature, du contenu exact de ce qui a été dit, encore que certains détails tombent automatiquement sous le coup de la sphère privée et sont protégés¹²⁹³. C'est le fait que ces confidences aient été effectuées auprès d'un dépositaire du secret qui confère à lui seul ce caractère secret et inviolable. Ainsi la jurisprudence¹²⁹⁴ a admis que les propos reçus dans le cadre de la défense et du conseil en général, sont protégés par le secret. Toute l'activité dans son ensemble est donc considérée. Chacune des missions de l'avocat apparaît comme étant gouvernée par cet impératif si particulier qu'est le secret. Par conséquent, la responsabilité pénale qui en découlera - et non le délit en lui-même -, devient caractéristique de la profession. D'autant qu'à côté des prescriptions légales, le secret est prévu par les textes déontologiques qui concernent pour leur part uniquement les avocats.

352. Le secret n'a pas de prime abord un aspect purement et totalement professionnel, il le devient si l'infraction de révélation qui s'y rattache est consommée. Ceci a l'avantage de mettre en exergue son fondement général et non contractuel, puisque ce n'est pas l'objet du contenu de la confiance, faite dans le cadre d'une relation contractuelle qui importe. L'élément subjectif du secret, ce qui se rattache directement à la personne qui s'est confiée est secondaire, c'est le secret dans son approche globale qui prévaut. La révélation de ces informations doit en outre être effective, pour que l'article 226-13 CP s'applique. Ce qui signifie que la tentative de révéler le secret n'a pas été retenue par le législateur comme répréhensible. Il paraît malaisé de ne tenter uniquement que de divulguer. Soit les informations sont données, soit elles restent sous le sceau du secret. Un demi-aveu, consistant

1292 Crim 16 mai 2000 Bull crim n°192 « *la connaissance par d'autres personnes, de faits couverts par le secret professionnel, n'est pas de nature à enlever à ces faits leur caractère confidentiel et secret* »

1293 Civ 1^{ère} 20 juillet 1994 : Il s'agit classiquement des informations relatives à ce qui a trait à l'intimité de la personne, comme sa situation familiale, sa santé, ses origines, certains coordonnées - l'adresse est exclue, puisqu'elle est révélée lors d'un procès et est nécessaire à l'exécution d'une décision.

1294 Article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971

à confirmer ou infirmer des informations connues¹²⁹⁵ serait déjà fautif, puisque l'obligation de se taire est absolue, à partir du moment où les propos ont été recueillis dans le cadre de la relation de confiance entre l'avocat et son client. Par ailleurs à côté du contenu, la forme utilisée pour révéler est totalement indifférente. L'avocat sera tenu responsable que les révélations aient été faites oralement ou par écrit. Le nombre de destinataires n'est pas plus important. Public avéré ou personne unique, le délit est constitué dès que des renseignements couverts par le secret ont été mis à jour illégalement, ce qui en fait un délit instantané qui se renouvelle à chaque trahison, indépendamment de la permanence des effets escomptés¹²⁹⁶. De plus, le secret est violé à chaque fois qu'une ou plusieurs personnes différentes se verront divulguer les informations, et ce même si l'auteur de ces révélations ne change pas¹²⁹⁷, ou encore qu'il révèle à une autre personne tenue elle-même au secret¹²⁹⁸. Ces caractéristiques permettent d'entrevoir à quel point il est facile et rapide de commettre l'irréparable. Une parole malheureuse peut conduire l'avocat devant le juge pénal. Cependant, si l'on tient compte de la qualité particulière des dépositaires du secret, professionnels à priori avertis et avisés, ce premier constat doit être nuancé. En trahissant le secret, l'avocat commet une faute en rapport avec ses obligations professionnelles – telle l'obligation de discrétion – obligations élaborées pour l'intérêt général.

353. En outre, la rédaction de l'article 226-13 CP n'est pas très explicite à propos du degré d'intention requis, pour que l'élément moral du délit soit avéré. Aucun terme relatif à la volonté de révéler n'est existant. En l'absence de telles précisions, et étant donné le caractère absolu du secret professionnel, tout prête à tendre vers un délit de nature intentionnelle au sens de l'article 121-3 CP¹²⁹⁹. L'avocat doit volontairement et en toute conscience, divulguer le secret pour que l'intention nécessaire soit caractérisée. In fine, il ne doit pas s'être trouvé dans un des cas où la loi rend la révélation licite¹³⁰⁰, ni révéler indirectement suite à une négligence, car dans ce dernier cas la révélation échappe à sa volonté. L'élément moral n'implique pas pour autant l'intention de nuire du dépositaire du secret¹³⁰¹. Le mobile importe peu, comme à l'accoutumée en droit pénal. Seule la volonté de rendre public ce qui ne doit l'être, suffit.

1295Crim 7 mars 1989 Rev.sc. crim. 1990. 73, obs, Levasseur

1296 Crim 30 avril 1968 Bull crim n°135

1297 Crim 25 janvier 1968 Bull crim n° 25 D 1968 153 rapport Costa

1298 Crim 16 mai 2000 Bull crim n° 192 « *la révélation ...est réprimée lorsqu'elle est donnée à une personne elle-même tenue au secret professionnel* »

1299Article 121-3 cp « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* »

1300Crim 7 mars 1989 inédit

1301Crim 15 décembre 1885 DP 18886 1 347

2 - Les faits justificatifs

354. Depuis quelques années, le droit français a introduit des limites au principe du secret professionnel. Dans certaines situations en effet, le secret ne pourra être invoqué et ne sera véritablement opposable qu'en cas de « *motif légitime* ». C'est ce qu'il résulte de la Loi dite Perben II du 9 mars 2004 : le législateur a donc créé des révélations licites. Ainsi, du fait de l'article 226-14 CP, l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. Ce premier alinéa concernerait tous les professionnels soumis au secret, sa portée étant plus générale que le contenu des dispositions à suivre¹³⁰². Il n'est donc à ce titre qu'une illustration classique du fait justificatif, tel qu'il est prévu en droit pénal¹³⁰³.

355. S'il existe des cas où le professionnel est autorisé à passer outre l'interdiction de révéler le secret, alors son irresponsabilité pénale est fondée. Autoriser des révélations, c'est considérer la gravité de certaines informations devant conduire le professionnel à lever le secret sur celles-ci, et ce dans le but de protéger des intérêts sociaux essentiels. Il ressort que dans certains cas particuliers, les propos recueillis perdront leur caractère secret. Dans une telle hypothèse, la dénonciation n'est plus illicite puisque les divulgations ne concernent plus des renseignements secrets. La gravité des faits confiés a pour effet d'annuler leur caractère secret, et la confiance doit nécessairement devenir publique. Par conséquent, si le contenu visé perd sa dimension particulière et tombe dans le « commun », un des éléments matériels prépondérant de l'infraction de révélation, manque : c'est l'absence d'une information à caractère secret. Le délit ne peut donc pas être constitué ce qui conduit à l'absence de responsabilité pénale et disciplinaire du professionnel qui a parlé¹³⁰⁴.

356. S'attardant sur la rédaction de l'article 226-14 CP, Murielle BENEJAT en a déduit¹³⁰⁵, l'absence de force contraignante formelle de la dénonciation prévue par le Code pénal. Pour l'auteure, le terme « *n'est pas applicable* » exclut l'obligation pour le professionnel de

1302 Si l'on se rapporte à la rédaction de l'article, le second alinéa s'adresse plus spécifiquement aux médecins : « *Au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés* ». Le troisième aux professionnels de santé et d'action sociale « *Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet* » L'avocat en tant qu'auxiliaire de justice est donc bien évidemment exclu.

1303 **Art 122-4 CP** « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires.* »

1304 **Art 226-14 CP** dernier alinéa « *Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire.* »

1305 BENEJAT (M) « *La responsabilité pénale professionnelle* » Thèse Dalloz 2012 p 61

révéler. Implicitement, il s'opérerait une sorte de choix laissé à sa libre conscience, celui de respecter le secret en se taisant ou bien de le divulguer. De telles conclusions prennent source dans le constat d'une absence de responsabilité pénale, au cas où les dispositions de l'article 226-14 CP ne seraient pas respectées. Pour ainsi dire, dans la mesure où aucun article dans le Code pénal ne sanctionne la non observation de l'obligation de révéler, une telle exigence n'en est plus une. Cette analyse bien qu'effarante de prime abord, doit être revue et remise dans son contexte, à l'aide encore une fois, de la sémantique utilisée par le législateur. Certes l'avocat a la possibilité de déterminer ce qui doit être révélé ou non, mais cela ne vaut que dans certains cas spécifiques, ceux où la loi « *autorise* » la dénonciation. Le soin a été pris d'énoncer également l'existence de situations où le constituant « *impose* » la levée du secret. Le degré de libre arbitre de l'avocat diffère alors indiscutablement. Si le législateur impose, mais surtout qu'une distinction de vocabulaire a été faite, c'est que le choix en âme et conscience tel qu'évoqué plus haut devient délibérément une option à exclure. Le constat est que la force contraignante de la dénonciation à la charge du professionnel, n'existe que dans certains cas. Pour les autres, l'avocat aura l'opportunité de juger du caractère impérieux de la nécessité de lever le secret ou non. C'est en cela que la révélation du secret professionnel est aménagée. Dans le même esprit, lorsqu'un avocat est cité comme témoin ou qu'un juge lui demande une production de pièces, il est libre de témoigner ou de se taire, sans commettre dans le premier cas de violation de son secret ni dans le second cas d'inexécution de son devoir de témoigner. Le choix sera moins cornélien pour le professionnel lorsqu'il devra aller au delà du secret c'est à dire de révéler, dans son propre intérêt. Ainsi, l'article 2.1 du RIN et l'article 4 du décret du 12 juillet 2005 prévoient que l'avocat peut être relevé du secret « *pour les exigences strictement nécessaires à sa propre défense devant toute juridiction* ». Mais il existe aussi d'autres cas où la révélation du secret est légitime.

357. La modernisation emportant diversification de la profession, soumet indubitablement l'avocat aux difficultés causées par l'économie parallèle. La multiplicité des échanges, l'ouverture des frontières, ont entre autre généré une délinquance internationale de grande envergure, que l'avocat en toute logique ne peut ni ne doit ignorer. C'est ainsi que des dispositions ont été mises en place pour lutter contre le blanchiment d'argent et le terrorisme, obligeant une catégorie de professionnel en cas de doute, à se livrer à des déclarations de soupçon. Ce faisant, l'avocat, est soumis à un sort bien délicat : telle Antigone tiraillée entre deux choix, il se retrouve face à des « *dilemmes moraux irréductibles et un conflit*

insoluble »¹³⁰⁶, ou deux actions opposées s'imposent à lui. En effet, l'avocat doit garder secrètes les confidences reçues par son client au nom du secret professionnel d'ordre public et absolu¹³⁰⁷, mais simultanément coopérer en dénonçant des faits s'apparentant à du blanchiment d'argent. S'il parle, l'avocat est passible des sanctions prévues par le Code pénal et méconnaît les dispositions de la CEDH relatives au secret professionnel. S'il ne livre pas ses soupçons aux autorités il pourra être déclaré coupable des méfaits de son client. La position à adopter est d'autant plus épineuse, que l'avocat doit exercer, contrairement aux officiers ministériels ou autre professionnel du droit en général, en toute indépendance. Ce principe est cher à la profession, plus que tout, il la détermine¹³⁰⁸. Ainsi, en étant contraint de collaborer avec les autorités pour dénoncer des manœuvres de blanchiment, il perd sa liberté et son indépendance, puisque réduit à renseigner administration et services de renseignement étatiques.

358. Au-delà du strict dilemme d'obligations d'Ordre professionnel opposées, c'est son éthique que l'avocat doit bafouer. En cela le constat d'un conflit « *moral insoluble et irréductible* » mis en exergue dans le cadre de la question de la lutte contre le blanchiment par l'avocat comme l'énoncent CUTAJAR et MONTIGNY, n'apparaît nullement être un bilan démesuré ni pompeux. Il correspond à juste titre à la réalité à laquelle se trouve confronté le professionnel. Éva JOLY ancienne juge d'instruction, déclarait en 1999¹³⁰⁹, que 15 % des opérations de blanchiment avaient été rendues possibles grâce à l'aide d'avocats, et l'actualité¹³¹⁰ ne dément pas vraiment de telles affirmations. AVRIL confirme en déclarant que « *chaque grande affaire politico financière voit apparaître un membre du Barreau au rand des prévenus* »¹³¹¹. Dans ce climat de méfiance envers le professionnel, celui ci ne pouvait que se résoudre à coopérer avec les autorités. Cette évolution s'est faite par paliers, et non sans une certaine défiance. Ce n'est pas « *en tant qu'auxiliaire de « police »* » que l'avocat est appelé à agir, mais « *comme auxiliaire de « justice », rôle conforme à sa déontologie et à l'éthique de sa profession* »¹³¹²

1306CUTAJAR – MONTIGNY *L'avocat face au blanchiment d'argent, prévention et sanction guide des bonnes pratiques* » édition Francis Lefebvre 2012 p 9

1307Pour l'absolutisme du secret : crim 12 mars 1886 D 1887 I p 89. Le secret est protégé par les articles 6 et 8 de la CEDH

1308Article 2 du décret du 12 juillet 2005 – article 2 code de déontologie européen- article 2 du RIN- enfin le serment légal prononcé par l'avocat selon l'article 3 al 2 de la loi du 31 décembre 1971

1309Article du journal Libération du 19 avril 1999, par Dominique SIMONOT

1310Pour des cas de condamnation d'avocats en France : crim 4 mai 2011 n° 10 84 456 affaire dite du « *sentier chinois* » à Paris - CA Colmar 14 décembre 2011 n° 11 01334, dans les deux cas pour des blanchiments d'argent issus d'escroquerie perpétrées en Israël

1311AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » Dalloz 2015 – 2016 VIII

1312KASPER-ANSERMET (L) « *Les avocats face à la lutte contre le blanchiment et le terrorisme : la France devra revoir sa copie* » juin 2011 in laurentkasper-anserment.com

359. De manière globale, les textes sont contestés par la profession qui estime que l'obligation d'information porte indéniablement atteinte au secret professionnel et à l'indépendance de l'avocat. Pourtant, la CJCE amenée à se prononcer sur ce sujet considère que les obligations d'information et de coopération avec les autorités luttant contre le blanchiment d'argent, telles qu' imposées aux avocats par la directive 2001/97CE, ne violent pas le droit à un procès équitable dans la mesure où celui-ci n'est pas en contradiction avec les obligations litigieuses; lorsque les activités du professionnel n'ont aucun lien avec une procédure judiciaire¹³¹³. Ce faisant, lors de l'assistance ou de la préparation ou réalisation de transactions pour l'achat et la vente de biens meubles ou d'entreprises commerciales, la gestion de biens d'actifs appartenant au client, l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires, l'organisation des apports nécessaires à la constitution de sociétés, la constitution, la gestion ou la direction de fiducies de sociétés ou de structures similaires ; les avocats et autres professions juridiques demeurent soumis aux obligations d'information et de coopération.

360. Du point de vue interne¹³¹⁴ le CE saisi par plusieurs organes représentatifs de la profession, affirme que la directive doit être interprétée comme exonérant les avocats de leur obligation de vigilance et déclaratives, lorsqu'ils exercent dans le cadre d'une mission de conseil ou de consultation juridique de défense, et de représentation en justice. Confirmant les exceptions soulignées par la CJCE, qui tendent à préserver au maximum le secret professionnel, le juge français va plus loin en censurant les dispositions permettant à Tracfin de demander directement à l'avocat les informations recueillies, et en confortant le rôle de filtrage du Bâtonnier. De la sorte, hormis les avocats fiduciaires, jamais exemptés de cette obligation compte tenu de la nature de leurs activités tournant autour du patrimoine, qui devra se faire directement à Tracfin, les professionnels peuvent faire part de leur déclaration au Bâtonnier de l'Ordre, auprès duquel ils sont inscrits. Il appartient à ce dernier de transmettre les informations aux autorités compétentes. La CEDH précise ainsi que « *le filtre du bâtonnier est bien un filtre actif ... destiné, d'une part, à garantir qu'il ne puisse être porté atteinte au secret professionnel en dehors des seuls cas strictement prévus par la loi et, d'autre part, à vérifier s'il existe bien un soupçon de blanchiment de capitaux impliquant une déclaration* »¹³¹⁵. De ce fait, le principe d'indépendance est respecté, puisque les avocats n'ont plus l'obligation de communiquer – de se plier à – avec Tracfin.

1313CJCE 26 juin 2007 n° C-305/05 Ordres des Barreaux belges, francophones et germanophones, D 2007 AJDA 2007 chron 2248 obs BROUSSY-DONAT-LAMBERT

1314CE 10 avril 2008 n°296845 CNB et Conseil des Barreaux européens Lebon D 2008 1047 AJDA 2008 730
1315CEDH 6 décembre. 2012, n° 12323/11, Michaud c/ France, Gaz. Pal. n° 13-15, 13-15 janvier 2013 p. 20.

361. La législation transposant en droit français les dispositions de la directive, prévoit que les avocats ne sont pas tenus à la déclaration de soupçon dans le cadre d'une procédure juridictionnelle et lors des consultations juridiques, sauf si bien sur, celles ci ont pour but d'orchestrer un blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme¹³¹⁶. La CEDH¹³¹⁷ en considération du contenu la loi française, se positionne favorablement pour l'obligation de déclaration de soupçon puisqu'elle ne concerne que des activités extérieures à l'exercice de la défense. Ceci ajouté au système de filtre opéré par des figures d'autorités liées directement à l'avocat, ne constitue pas une atteinte disproportionnée au secret professionnel. Cette conclusion tournée à l'affirmative¹³¹⁸, force est de constater qu'il y a cependant bien ingérence dans l'activité de l'avocat, troublant le secret. La profession tout en respectant le principe de lutte contre la criminalité et le terrorisme analyse les textes comme la transformant en délateur, quand l'avocat doit être le confident nécessaire de son client, mais il n'en demeure pas moins que l'avocat n'a plus d'autre choix que de dénoncer les pratiques de blanchiment, au risque de s'en voir devenir complice. C'est ainsi que de façon contradictoire mais non dénuée de sens, et afin de préserver la garantie de confiance que se doit d'offrir un avocat à son client, la profession est entrée en voie de coopération, chose pourtant décriée à la base.

362. Le CNB a choisi par une décision à caractère normatif relative à la déclaration de soupçon de s'organiser, de telle sorte que les dispositions contre le blanchiment d'argent le respect du secret et l'indépendance de la profession puissent se concilier. C'est ainsi qu'en mai 2007, a été publié un « *vade mecum* », sorte de panel de conseils destinés à protéger l'avocat. Le risque est patent pour ce dernier, et la tentation grande pour un client peu scrupuleux de couvrir des activités illégales grâce à l'assistance d'un professionnel du droit. En effet, confier ses affaires à un avocat en matière fiscale n'est pas un délit, c'est même l'assurance de mener à bien un projet solide et protégé puisque soumis aux exigences en vigueur. La seule présence d'un avocat, soumis à des règles de déontologie strictes, dans la gestion d'affaires financières, est donc une première couverture, pour qui en bénéficie¹³¹⁹. Et pour cause, le professionnel est sensé couvrir des activités qu'il aura jugées conformes au

1316 Article L 561-3 II du CMF

1317 CEDH 6 décembre 2012 req n°12323/11 Michaud c/France D 2013 284 note DEFFERRARD

1318 A l'affirmative la phrase devient : ce système de filtre constitue une atteinte proportionnée

1319 Au-delà de ces hypothèses générales, le GAFI (Groupe d'action financière) a recensé d'autres cas types où l'avocat devient un moyen sûr pour crédibiliser une opération. Il pourra ainsi certifier des documents, qui bien que volés ou faux serviront de garanties financières par la suite. Il sera également l'auteur de montages juridiques qui permettront que de l'argent sale soit injecté dans de nouvelles sociétés ou placements spécialement créés. Ces sociétés pouvant être liées entre elles à titre de sociétés écrans ou off-shore. De même l'avocat peut permettre que l'argent soit blanchi en étant investi dans le cadre de transactions immobilières, financières, voire même auprès de la CARPA

droit, avant de s'y lancer. Il est en effet requis que l'avocat se renseigne sur son client et sur la provenance et la destination des fonds concernés. A son insu, et en dépit de ces mesures de prudence, il peut être utilisé par un client peu scrupuleux qui ne recherchera dans son assistance, que la présomption de crédibilité et d'honnêteté que sa qualité particulière confèrera automatiquement à ses manœuvres, tant dans leur globalité, qu'auprès de tiers comme des banques. Il est donc attendu de l'avocat qu'il se comporte avec prudence. Cette attitude constitue un premier filtre¹³²⁰, et consiste pour le professionnel en l'obligation de se déporter d'un dossier en cas de doute sur la licéité de l'opération qui lui est soumise par un client.

363. À défaut de se retirer du dossier, la complicité de blanchiment pourra être retenue à l'encontre de l'avocat. Ainsi, un avocat fut condamné pour avoir dissimulé à son cabinet une partie des espèces issues de blanchiment du produit d'un trafic de stupéfiant¹³²¹. Un autre pour « avoir utilisé les facilités que lui procurait sa profession d'avocat, et apporté sciemment son concours au placement de ces sommes d'argent dont il savait qu'elles avaient été prélevées sur des comptes bloqués » ; il s'agissait en l'espèce de fonds placés sous main de justice à la Caisse des dépôts et consignations¹³²². Autre hypothèse, puisque les opérations de maniements de fonds-clients sont couvertes par une assurance souscrite par le Barreau, l'avocat pourrait détourner des sommes remises par ses complices (ses clients). Ces derniers ayant alors qualité de victimes pour prétendre à indemnisation¹³²³. Un tel cas s'est déjà présenté, et les intentions frauduleuses mise à jour¹³²⁴. A noter que la mise en cause de l'avocat outre celle de son client, permet de poursuivre un blanchiment aggravé par la bande organisée dont le quantum des peines est plus important (324-2CP)

364. En outre, lors de l'examen par l'Assemblée nationale du projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, un amendement a été présenté tendant à assujettir les CARPA à l'obligation de vigilance et de déclaration de soupçon, celles ci étant « au cœur de la vie économique et sociale »¹³²⁵ de la profession

1320Le devoir de prudence a été rappelé dans la décision à caractère normatif adoptée par l'assemblée générale du CNB du 18 juin 2011, modifiant l'article 1^{er} du RIN en ajoutant un paragraphe 5 relatif au devoir de prudence de l'avocat

1321Crim 4 mai 2011 n° 10-84.456, Bull. crim. n° 90, D. 2012. 1698, obs. C. Mascala

1322Crim 20 mai 2009 n° 08-86.786

1323Civ 1^{ere} 3 mars 2007, n° 05-18.944, note MAYAUX (L) RGDA n° 2007-3, 1^{er} juillet 2007 p. 711

1324Civ 2^{eme} 27 mai 1999, Bull. civ. II, n° 105, p. 76, JCP 2000. I. 197, n° 4, observations VINEY (G) RTD civ. 1999, p. 637

1325KREBS (J-C) « La CARPA au cœur de la vie économique et sociale », Annonces Seine n° 62, 7 novembre 2013 p. 6. in MARIGUES (J-C) « Le statut juridique des CARPA » Thèse Toulouse 1 2014 inédit p 1

.Insidieusement, les CARPA étaient ainsi soupçonnées d'être des « blanchisseuses » par fonction ; de plus, le texte ayant été déposé incognito la veille du débat à l'Assemblée nationale, le président de l'UNCA Monsieur KREBS déplorait son contenu, et soulignait « *qu'aucune concertation préalable n'avait été engagée avec la profession* »¹³²⁶, à l'instar de la garde des sceaux¹³²⁷. L'amendement critiqué a été supprimé, bien qu'il soit à craindre que cela ne soit que partie remise comme le souligne MARRIGUES. Cette suppression est salubre puisque la situation de l'avocat et des CARPA est totalement différente de celle des banques, dans la mesure où l'avocat ne peut accepter une mission dont la licéité serait suspecte. De plus, « *les CARPA ne sont ni des banques d'avocats ni de simples comptes bancaires professionnels* »¹³²⁸. Elles sont constituées sous forme d'associations et ne poursuivent pas de but lucratif¹³²⁹, quand au contraire, les banques nouent avec leurs clients des contrats par principe réguliers, et ce faisant deviennent des mandataires obligés. Il est donc logique qu'ils soient tenus à des obligations liées à la protection de l'ordre public financier et à des obligations de vigilance et de déclaration de soupçon. Ce faisant, la CARPA ne saurait être assujettie à des prescriptions valables pour un établissement financier, au même titre que les banques¹³³⁰. Au demeurant, en ce qu'elles éveillent l'attention des avocats sur les éléments de nature à attirer le soupçon qu'elles peuvent relever lors des contrôles a priori qu'elles mettent en œuvre, les CARPA veillent à la licéité des managements de fonds-clients, conformément à l'article 8 de l'arrêté du 5 juillet 1996¹³³¹. Ainsi, elles offrent aux praticiens toute la sérénité dont ils ont besoin pour accepter ou refuser de continuer à prêter leur concours à telle ou telle opération financière en voie de réalisation. De fait, les caisses apparaissent comme de véritables partenaires des avocats dans la mise en œuvre de leur devoir de vigilance¹³³². Propos corroborés par KREBS selon qui « *le contrôle exercé par la CARPA, qui relève*

1326KREBS (J-C) « *CARPA et projet de loi contre la fraude fiscale : le président de l'UNCA dénonce un procès en sorcellerie* » Gaz Pal 28 septembre 2013 p 6 147y1

1327MARRIGUES (J-C) « *Loi relative à la fraude fiscale : les CARPA épargnées mais pour combien de temps ?* » Gaz Pal 23 novembre 2013 n°327 p 9

1328MARRIGUES (J-C) « *Le statut juridique des CARPA* » Thèse Toulouse 1 2014 p 1

1329Article 237 du décret du 27 novembre 1991 « *La caisse des règlements pécuniaires des avocats (CARPA) est constituée sous forme d'association déclarée régie par la loi du 1er juillet 1901 susvisée ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, sous forme d'association de droit local. Elle est placée sous la responsabilité du ou des Barreaux qui l'ont instituée.* »

1330UNCA, octobre 2010, la CARPA, outil d'auto-régulation de la profession d'avocat et de lutte contre le blanchiment d'argent <http://www.unca.fr>

1331Article 8 de l'arrêté du 5 juillet 1996« *La caisse des règlements pécuniaires des avocats doit être en mesure de contrôler, notamment lors des opérations mentionnées à l'article 241 du décret du 27 novembre 1991 susvisé, les éléments suivants : 1° La position bancaire et comptable des sous-comptes - affaires ; 2° L'intitulé et la nature des affaires ; 3° La provenance des fonds crédités sur les sous-comptes - affaires ; 4° L'identité des bénéficiaires des règlements ; 5° Les affaires dont le montant des crédits est supérieur au plafond des assurances garantissant la représentation des fonds ; 6° La justification du lien entre les règlements pécuniaires des avocats et les actes juridiques ou judiciaires accomplis par ceux-ci dans le cadre de leur exercice professionnel ; 7° L'absence de mouvement sur un sous-compte - affaires* »

1332MARRIGUES (J-C) « *Le statut juridique des CARPA* » Thèse Toulouse 1 2014 p 47

également du partage du secret professionnel avec l'autorité ordinaire tel que l'admet et le consacre la (CEDH), participe pleinement à la mise en œuvre de l'obligation de vigilance de l'avocat, et constitue pour ce dernier le meilleur moyen d'éviter d'être confronté à l'obligation de déclaration de soupçon »¹³³³.

365. Il apparaît ainsi redondant de soumettre les CARPA à la déclaration de soupçon dans la mesure où les avocats qui y sont personnellement soumis, sont le vecteur de l'entrée et de la sortie des fonds confiés aux CARPA¹³³⁴. Pour MARRIGUES les CARPA sont une clef de voûte de l'efficacité du contrôle déontologique des managements de fonds, puisque lorsqu'elles relèvent des mouvements de fonds contestables, elles ont l'obligation d'en avertir les instances ordinaires, à charge pour ces dernières de déclencher des poursuites amenant si nécessaire à des sanctions¹³³⁵. Les CARPA participent ainsi indirectement à renseigner Tracfin en attirant l'attention des avocats et des Ordres sur des opérations douteuses.

366. De plus, comme le précise TAISNE¹³³⁶, la CARPA depuis 1996 est soumise au contrôle d'une commission chargée de veiller au respect par les caisses des obligations édictées en matière de managements de fonds. Celle-ci en application de l'article 241-3-2 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991, est composée de douze avocats en exercice ou honoraires, dont trois désignés par le président du Conseil national des Barreaux, trois par le président de la conférence des Bâtonniers, trois par le Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris et trois par le président de l'Union nationale des caisses des règlements pécuniaires des avocats. Le président de cette commission est élu parmi les membres désignés par le président de la Conférence des Bâtonniers et le secrétaire parmi les membres désignés par le président de l'Union nationale des caisses des règlements pécuniaires des avocats. La commission dispose d'un règlement intérieur et d'un budget certifié par un commissaire aux comptes. Elle a la possibilité de prononcer des sanctions¹³³⁷ qui seront mises à la connaissance du procureur général près la Cour d'appel dans le ressort de laquelle est établi le siège de la caisse ainsi que

1333 KREBS, (J-C) « Otez-moi d'un doute »; note sous l'arrêt CEDH, 6 décembre 2012, n° 12323/11, Michaud c/ France », Gaz. Pal. n° 13-15, 13-15 janv. 2013, p. 20

1334 DAOUD (E) – SOBEL (M) « La fraude fiscale, le blanchiment et l'avocat » AJ pénal 2013. 648

1335 Civ 1^{ère} 30 mai 2012 n°11-13898

1336 DOUCHY - OUDOT (M) - TAISNE (J-J) « Commissions de régulation et de contrôle des CARPA » Répertoire de procédure civile article 2, Dalloz septembre 2014

1337 Article 241-8 d décret n°91-1197 du 27 novembre 1991: « La commission de contrôle peut prononcer trois types de sanctions : l'injonction de faire, la suspension des organes d'administration de la caisse et, enfin, la mise en œuvre de la délégation de gestion. Le procureur général près la Cour d'appel dans le ressort de laquelle est établi le siège de la caisse ainsi que le ou les Bâtonniers sont informés dès la décision prise de l'une des trois sanctions. Ils sont également destinataires du rapport établi par la commission de contrôle à l'issue de chacune de ces mesures »

du ou des Bâtonniers concernés. En plus de cette commission de contrôle, le décret n° 2014-796 du 11 juillet 2014 a créé une commission nationale de régulation des Caisses des règlements pécuniaires des avocats¹³³⁸. Les modalités de contrôle des CARPA sont donc renforcées.

367. S'il respecte les prescriptions énoncées, en effectuant de bonne foi la déclaration de soupçon, l'avocat et son préposé ne pourront être ni poursuivis ni engager leur responsabilité. Ils échappent ainsi aux délits prévus aux articles 226-10 et 226-13 CP. Cette irresponsabilité vaut pour tous les domaines du droit. Que ce soit administrativement, au pénal¹³³⁹, au civil, ou même devant ses pairs, l'avocat consciencieux n'aura pas à les craindre. La notion de bonne foi sous-entend que la dénonciation aura été faite en toute honnêteté, sans concertation frauduleuse avec le client. L'irresponsabilité n'est donc pas facile et automatique comme pourrait le laisser penser les textes. En plus de faire foi de sa totale intégrité, l'avocat doit aussi avoir respecté le processus concernant la déclaration de soupçon. Il lui est donc conféré une immunité juridique absolue même s'il dévoile des informations. Le cas de la coopération est un parfait exemple de fait justificatif au délit de violation du secret professionnel. A noter que récemment, le conseil constitutionnel a censuré l'article 79 de la loi de finances pour 2015 insérant dans le Code général des impôts un article 1740 C qui visait à réprimer la personne ayant, par son aide, facilité l'évasion et la fraude fiscales. Cette disposition visant pleinement l'avocat dans ses activités fiscales, a été jugée imprécise donc écartée¹³⁴⁰.

Un autre secret existe à côté du secret professionnel, il s'agit de celui de l'enquête et de l'instruction. L'avocat ne peut y être indifférent. En effet, le secret de l'instruction est destiné à protéger une enquête en cours et préserver la présomption d'innocence.

1338PORTMANN (A) Créée par le décret n° 2014-796 du 11 juillet 2014 paru au *Journal officiel* du 13 juillet, elle est composée du président du Conseil national des Barreaux (CNB), du président de la Conférence des Bâtonniers et du Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris, ainsi que de leurs suppléants, avec un président choisi parmi eux. Elle évalue le fonctionnement des CARPA et émet, à tout moment, des avis et des recommandations à l'adresse des caisses. Elle peut solliciter le concours de l'Union nationale des CARPA (UNCA) pour préparer ses avis et ses recommandations. « *Les modalités de contrôle des CARPA sont renforcées* » Dalloz actualité 16 juillet 2014

1339S'agissant des chefs de dénonciation calomnieuse et violation du secret professionnel
1340C.const 29 décembre 2014, n° 2014-707-DC

B - La violation du secret de l'enquête et de l'instruction

Le secret de l'instruction concourt à une bonne administration de la justice, c'est pourquoi, la révélation publique de faits relevant d'une procédure pénale en cours est passible de sanctions. Etant donné sa qualité d'auxiliaire de justice, les liens existant entre l'avocat et le secret de l'enquête et de l'instruction ne sont pas neutres (1). Il peut se rendre coupable comme être victime du délit de violation du secret l'enquête et de l'instruction (2)

1 - L'avocat et le secret de l'instruction

368. La justice sous l'ancien régime était totalement secrète, pourtant, dès le 18ème siècle l'opinion publique s'est prise d'intérêt pour celle ci. Ce phénomène a persisté de telle sorte que le secret de l'instruction, garant de la présomption d'innocence en matière pénale, mais aussi de la protection d'une enquête en cours a été instauré. Aboli après la Révolution française, le principe du secret a été rétabli par le Code d'instruction criminelle de 1808. S'il ne laisse pas indifférent c'est que les effets de son application sont à double tranchant : à coté des intérêts qu'il protège, il constitue aussi une limite au droit à l'information, dans une société qui revendique de plus en plus son droit à être informée. Le droit à l'information cède toutefois devant les intérêts de l'ordre public¹³⁴¹, or ce qui relève de la justice s'y rattache.

369. C'est l'article 11 du CPP¹³⁴², texte fondamental en la matière, qui fixe le principe du caractère secret de l'instruction : « *Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète, toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal* » Il figure également à l'article 6§2 de la CEDH au nom de l'exigence du procès équitable. Si en janvier 2009, l'ancien président de la république Nicolas SARKOSY, énonçait lors d'un discours en audience solennelle auprès de la Cour de cassation que le secret de l'enquête et de

1341BROCAL VON PLAUE (F) « *Le droit à l'information en France* » Thèse Lyon 2 2004

1342Article 11 CPP « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucun appréciation sur le bien-fondé des charges retenus contre les personnes mises en cause* »

l'instruction est « *une fable à laquelle plus personne ne croit* », remettant ainsi en cause son utilité ; aucune réforme n'a abouti à sa suppression. Par conséquent, le principe est que si la phase de jugement est publique, la phase d'enquête demeure pour sa part secrète. Selon le texte cité, si le juge d'instruction concourt à la procédure et est donc tenu au respect du secret de l'instruction¹³⁴³, tel n'est pas le cas pour l'avocat non évoqué par le texte, puisque ne participant pas à l'enquête ou à l'instruction. De même, ni le mis en examen, la victime, ou les journalistes n'y sont tenus¹³⁴⁴. Cependant, l'article 437-7-2 CP en faisant référence aux « *droits de la défense* », et aux « *personnes ayant connaissance du fait de leur fonction aux informations d'une enquête et d'une instruction* », vise indirectement mais clairement l'avocat. Il est par ailleurs possible de se référer à l'article 5¹³⁴⁵ du décret 12 juillet 2005 et à l'article 2 bis du RIN¹³⁴⁶ pour trouver une référence expresse à l'avocat.

370. MARTIN¹³⁴⁷ estime que dans la mesure où le secret de l'instruction ne s'impose pas au mis en examen pour qui le secret est une protection, il ne devrait alors pas s'imposer à l'avocat, ce faisant les dispositions de l'article 5 du décret seraient illégales. Pourtant, si le secret de l'enquête et de l'instruction est distinct du secret professionnel, ces notions sont indiscutablement liées, la violation du secret de l'enquête et de l'instruction pouvant entraîner une violation du secret professionnel. C'est en cela que l'avocat est concerné. Les informations protégées par le secret concernent les renseignements n'ayant reçu aucune publicité organisée ou fortuite, et ce qui touche au mis en examen. DAMIEN résume ce qui est couvert par l'obligation du secret, comme étant ce qui a été dit durant l'instruction et qui était inconnu jusqu'alors¹³⁴⁸. Cela peut donc représenter un grand nombre d'information. Le dilemme que suscite le secret de l'enquête et de l'instruction concernant l'avocat en particulier, demeure dans le fait que le texte met en conflit deux principes érigés comme fondamentaux, à savoir la liberté de l'homme et la liberté d'expression. En effet, le secret de l'instruction tout en étant garant de la présomption d'innocence en matière pénale, constitue

1343 GIUDICELLI (C) « *Le secret de l'instruction appliqué par le juge de l'instruction* » AP pénal 2004 p141

1344 Ils restent néanmoins punissables sur la base de la publication d'informations obtenues par recel de violation du secret de l'enquête

1345 Article 5 al 1 du décret du 12 juillet 2005 « *L'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours.* »

1346 Article 2 RIN « *l'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf pour l'exercice des droits de la défense, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours. Il ne peut transmettre de copies de pièces ou actes du dossier de la procédure à son client ou à des tiers que dans les conditions prévues à l'article 114 du code de procédure pénale* » .

1347 MARTIN « *Déontologie de l'avocat* » Litec 2008

1348 ADER-DAMIEN « *Règles de la profession d'avocat* » Dalloz édition 2008 – 2010 p 344

une limite au droit à l'information d'une affaire en cours. Ainsi, au nom de la liberté de l'information, certaines atteintes au secret de l'enquête sont envisageables afin d'éviter la propagation de rumeurs ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public. Seul le procureur de la République est habilité à rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure en vertu du principe de la liberté de l'information. Il a donc le pouvoir de déconfidentialiser des renseignements, et ce dans le but d'éviter la propagation de rumeurs ou de faire cesser un trouble à l'ordre public. De plus, sur son autorisation ou celle du juge d'instruction, des éléments des procédures en cours peuvent être communiqués à des autorités ou des organismes autorisés, pour que soient réalisées des recherches ou des enquêtes scientifiques. L'avocat de la défense comme celui de la partie civile, qui se risquerait à intervenir dans le cadre de ces exceptions pourrait être retenu coupable du délit de violation du secret l'enquête et de l'instruction. C'est pourquoi, il doit toujours solliciter auprès du procureur de la République, un communiqué médiatique et ce en vertu de l'article 11 al 3 du CPP.

2 - La constitution du délit de violation du secret l'enquête et de l'instruction

371. Le délit de divulgation d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction provient de la loi du 9 mars 2004 modifiée en 2005, du fait de l'article 434-7-2 CP¹³⁴⁹. Il a particulièrement ébranlé la profession suite à l'affaire France MOULIN en 2007, où une avocate toulousaine fut mise en examen et incarcérée pour avoir révélé à un tiers des éléments du dossier d'instruction qui auraient permis de dissimuler une partie du produit du blanchiment d'argent. Elle fut finalement condamnée à la peine d'un an d'emprisonnement assortie du sursis¹³⁵⁰, et c'est lors de ce cas précis que les dispositions de la loi Perben II furent jugées comme attentatoires aux droits de la défense, et que la loi du 12 décembre 2005 modifia le contenu de l'article 434-7-2 CP¹³⁵¹. Désormais, au terme de négociations entre la

1349 Article 434-7-2 CP « Sans préjudice des droits de la défense, le fait, pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance, en application des dispositions du code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit, de révéler sciemment ces informations à des personnes qu'elle sait susceptibles d'être impliquées comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs, dans la commission de ces infractions, lorsque cette révélation est réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Lorsque l'enquête ou l'instruction concerne un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement relevant des dispositions de l'article 706-73 du code de procédure pénale, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende »

1350 TC ORLEANS 8 novembre 2007 inédit

1351 Article 434-7-2 CP « Sans préjudice des droits de la défense, le fait, pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance, en application des dispositions du code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit, de révéler sciemment ces

chancellerie et les représentants du Barreau, pour que soit constaté l'élément intentionnel de l'infraction, la révélation de l'information doit être faite sciemment, à une personne dont l'auteur sait qu'elle est susceptible d'être impliquée dans l'affaire, et doit être réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité. Ces trois exigences sont cumulatives, et ont le mérite d'exprimer clairement ce qui caractérise le délit. S'agissant des sanctions pénales encourues, la violation du secret de l'instruction est punie à présent de deux ans d'emprisonnement, contre cinq selon l'ancien texte, et de 15 000 euros d'amende. Telles sont les prescriptions de l'article 226-13 du CP. En revanche, lorsque l'enquête ou l'instruction concerne un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement relevant des dispositions de l'article 706-73 du CPP, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende.

372. L'avocat ne devant initialement commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel, il doit aussi respecter le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale¹³⁵², en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours. Ainsi, en communiquant à un tiers des informations provenant du dossier de l'instruction auquel il avait eu accès, l'avocat se rend coupable de violation du secret professionnel¹³⁵³. De même, l'avocat qui produit dans le cadre d'une instance civile des éléments d'un dossier pénal d'information, sans bénéficier d'une autorisation, peut être mis en examen du chef de violation du secret de l'instruction¹³⁵⁴. C'est donc au nom de l'obligation du secret professionnel et par son intermédiaire, que l'avocat se retrouve aussi soumis au respect du secret de l'instruction. Ce rapprochement permet qu'en application du principe selon lequel le client ne peut libérer l'avocat de son obligation au secret professionnel, le secret de l'instruction ne puisse non plus être levé par autorisation du client mis en cause. Les informations protégées par le secret concernent les renseignements n'ayant reçu aucune publicité organisée ou fortuite, et ce qui touche au mis en examen.

373. Ainsi, pour avoir renseigné par téléphone un tiers sur le contenu d'un procès verbal dressé par un juge d'instruction, un avocat fut condamné. En l'espèce l'intention ne faisait aucun doute, le professionnel ayant lui même indiqué lors de la conversation litigieuse le

informations à des personnes qu'elle sait susceptibles d'être impliquées comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs, dans la commission de ces infractions, lorsque cette révélation est réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité »

1352Crim 18 septembre 2001 n°00-86.518 Bull crim n°179

1353Crim 27 octobre 2004, n°04-81.513 Bull crim n°259

1354Crim 18 mars 2015, n° 14-86680

risque d'une plainte pour violation du secret de l'enquête et de l'instruction à son interlocuteur. Il n'ignorait donc pas le caractère délictuel de ses révélations. Dans une autre espèce¹³⁵⁵, un avocat transmettait à son client des renseignements obtenus d'un dossier d'instruction pour éviter son arrestation. Il fut condamné pour soustraction d'un criminel à l'arrestation et aux recherches, ainsi que pour la violation du secret professionnel à 18 mois d'emprisonnement dont 15 avec sursis, 7 000€ d'amende, et deux ans d'interdiction d'exercer la profession.

374. L'avocat outre la qualité d'agent pénal, peut également être victime de la violation du secret de l'enquête et de l'instruction. Il a donc la possibilité de porter plainte pour violation du secret de l'instruction. Tel fut le cas pour des faits du 22 janvier 2007, où les services de police, agissant sur commission rogatoire d'un juge d'instruction saisi de faits de vol contre personne non dénommée, procédèrent à des perquisitions au domicile d'une avocate, qui fut ensuite placée en garde à vue puis déférée devant le juge et mise en examen. Le lendemain, le journal *Sud-Ouest* publiait un article intitulé « *Trois notables en garde à vue* » dans lequel l'avocate était désignée. Dans les deux éditions suivantes, il apportait des précisions sur le déroulement de sa garde à vue. L'avocate porta plainte auprès du procureur de la République du chef de violation du secret de l'instruction, en soutenant que des révélations avaient été faites par la presse à un moment où la procédure n'était connue que du juge d'instruction et des officiers de police judiciaire agissant sur sa délégation. Le 20 février 2007 une information fut ouverte, l'avocate se constituant partie civile, le juge d'instruction fit procéder à divers actes destinés à identifier les auteurs d'une éventuelle violation du secret de l'instruction¹³⁵⁶. Le 24 avril 2009, il rendit une ordonnance de non-lieu. Appel fut interjeté par l'avocate et par arrêt du 22 octobre 2009, la chambre de l'instruction ordonna un supplément d'information. Le 9 août 2011, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Bordeaux prononça l'annulation des réquisitions prises à l'occasion de l'information ouverte du chef de violation du secret de l'instruction, mais cette décision fut cassée par la chambre criminelle¹³⁵⁷. La Cour de cassation a opéré à un renvoi des parties devant la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Toulouse. La procédure est longue soulignant la complexité de la délicate question concernant le secret de l'instruction, notamment lorsqu'il concerne l'avocat.

1355Crim 27 octobre 2004 n°04-81.513 Bull crim n°259

1356LAVRIC (S) « *Violation du secret de l'instruction et atteinte au secret des sources* » Dalloz actualité 12 juin 2013

1357Crim 14 mai 2013 n° 11-86626

CHAPITRE II- LES CAUSES D'IRRESPONSABILITE PENALE ET LA SPECIFICITE DES SANCTIONS ENCOURUES

375. L'irresponsabilité pénale de l'avocat trouve écho lorsqu'est abordé un principe fondamental du droit processuel sans lequel une procédure ne saurait être équitable : les droit de la défense. Ceux ci s'entendent classiquement¹³⁵⁸ comme étant un ensemble de garanties dont le plaideur dispose afin de défendre ses intérêts en justice. Les droits de la défense, sont une notion sacrée et y porter atteinte est sanctionné; c'est ce que rappelait un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation en date du 25 février 2014¹³⁵⁹. La conception occidentale de la défense veut que l'avocat puisse à tout prix assurer aux justiciables la liberté de leur défense, mais il ne doit négliger la sienne non plus. C'est en considération de ses deux enjeux que se fonde l'irresponsabilité pénale de l'avocat. Irresponsabilité qui se mue davantage en une véritable immunité soumises à conditions. « *Il n'y a pas de justice sans un avocat qui porte la parole des justiciables. Il n'y a pas de justice si l'avocat n'est pas libre, susceptible de s'exprimer en dehors de toute contrainte et garantie par une forte immunité. C'est la liberté de parole de l'avocat qui fait l'impartialité du Tribunal* »¹³⁶⁰, tels furent les propos du Bâtonnier de Paris, Maître Francis TEITGEN, dans son discours lors de l'Audience Solennelle de Rentrée du Stage du Barreau de Paris, le 17 novembre 2000, rappelant ainsi l'importance de la liberté de parole. Rattachée au droit de la défense, elle ne saurait être bridée sans que cela ne constitue une entrave à un principe reconnu par les lois de la République et par la Constitution, comme étant une liberté fondamentale¹³⁶¹.

376. Néanmoins, c'est dans le cadre stricto sensu de la défense de son client que l'avocat bénéficie d'une immunité. Celle ci ne constitue en rien un avantage personnel, pas plus qu'un d'un droit discrétionnaire ; d'ailleurs en leur temps, ni BOILAU dans ses satires, ni MOLIERE dans ses comédies, ou VOLTAIRE dans ses épigrammes n'avaient nulle crainte d'une réaction juridique de leurs victimes, et les victimes auraient bien fait rire ceux ci en demandant une

1358CAPDEPONT (Y) « *Essai d'une théorie générale des droits de la défense* » Thèse Bordeaux 2011, préface
1359Crim 25 février 2014 n°13-81.554

1360Propos rapportés par Maître Croizet, avocat au Barreau de Marseille in « *Chronique de la profession d'avocat, immunité de parole, mythe ou réalité* » <http://www.blogavocat.fr>

1361C const 20 janvier 1981 décision n°80-127

indemnité¹³⁶². Aussi, s'il agit contrairement aux lois pénales, l'avocat s'expose comme tout un chacun à des sanctions. Celles ci seront pourtant spécifiques, car rattachées à la profession. La nature particulière des missions de l'avocat faisant obstacle à un traitement ordinaire, surtout au pénal. Affirmer l'existence de prérogatives est donc un postulat totalement erroné. Non seulement l'avocat ne dispose d'aucun privilège, il est en cela un justiciable lambda, mais il s'expose d'autant plus à des sanctions non ordinaires particulièrement sévères, c'est dans ce cadre que la particularité de ses missions est soulignée et apparaît: lors de l'étude du régime des peines encourues et applicables à son encontre.

En résumé, s'il existe bel et bien une immunité judiciaire au nom de la liberté d'expression nécessaire à toute société démocratique, source d'irresponsabilité pénale au profit de l'avocat (S1) Ce dernier n'échappe cependant pas à des sanctions pénales (S2)

1362SAVATIER (R) « *Le droit de l'art et des lettres* » in BROCAL VON PLAUE (F) « *Le droit à l'information en France* » Thèse Lyon 2 2004

Section I - L'EXISTENCE D'UNE IMMUNITÉ JUDICIAIRE

377. Dans le cadre de son activité judiciaire, d'où l'expression consacrée : immunité judiciaire, l'avocat bénéficie au titre de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 consacré à la liberté de la presse d'une liberté d'expression devant les juridictions. En effet, l'article 41 alinéa 3 dispose que « *ne donneront lieu à aucune action en diffamation injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux* ». Cette immunité sera d'autant plus renforcée et consacrée suite à l'affaire « CHOUCQ »¹³⁶³, donnant lieu à la suppression des délits d'audience jusqu'alors en vigueur, grâce à la loi du 15 juin 1982. Avant cela en vertu de la loi sur la presse dans sa version initiale, ces délits étaient sanctionnés disciplinairement lors de l'audience au cours de laquelle ils étaient commis. Ce faisant, « *les juges offensés devenaient les juges de l'offense.* », ce qui contrevenait grandement aux articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme, selon lesquels « *tout accusé, sauf l'avocat, semble t'il avait droit à un procès juste devant un tribunal indépendant et impartial* »¹³⁶⁴. Ce système, héritage historique et politique témoignait d'une atteinte sans pareille à la liberté d'expression de l'avocat ainsi qu'à l'impartialité de la justice.

378. En 1810 Napoléon rétablissant l'Ordre des avocats à regret, clamait « *je veux qu'on puisse couper la langue à un avocat s'il s'en sert contre le gouvernement* »¹³⁶⁵. Le professionnel s'engageait à exercer la défense dans le respect des tribunaux, des autorités publiques et des règles de l'Ordre, il était par ailleurs soumis à un véritable serment d'obédience, et ne devait rien dire, ni publier qui soit contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'Etat et à la paix publique. En résumé, l'avocat était prisonnier de son serment professionnel, en plus des dispositions de la loi du 29 juillet 1881. Il resta ainsi bâillonné pendant près de deux siècles, puisque ni la loi du 31 décembre 1971 ni le décret du 9 juin 1972 ne modifièrent le serment. Ce n'est véritablement qu'en 1982, en dépit de l'affaire ISORNI¹³⁶⁶, que l'avocat fut véritablement « libéré », son immunité et l'impartialité

1363Lors d'une audience devant le Tribunal correctionnel de Quimper le 6 mars 1980, Maître Choucq fit remarquer ceci : « *Je ne veux pas croire que le lien de parenté du jeune M. Le Bras avec un représentant du Parquet ait eu une influence quelconque sur le fait qu'il ait été relâché* ». Il fut pour ces propos condamné à 10 jours de suspension.

1364JO Assemblée nationale séance du 22 avril 1982, Mme Gisèle Halimi, rapporteur p1265

1365Extraits in « *Recueil général des lois et des arrêts* » 1834, <https://books.google.fr>

1366Maitre Isorni soutint devant la Cour militaire de justice jugeant les auteurs de l'attentat du Petit-Clamart, que le ministre des finances à l'époque Valéry GISCARD D'ESTAING, était complice d'une organisation subversive. Renvoyé devant le tribunal correctionnel pour ces propos, il reçut le soutien du tribunal, de même que celui de la Cour d'appel et de la Cour de cassation. TC Seine 17ème Ch. 16 avril 1964, JCP 1964, n°13676 ; CA PARIS 17ème Ch. 17 fév. 1965, JCP 1965, II, 14161 ; Cass. 1ère Civ. 30 juin 1970, n°68-

renforcées. Aujourd'hui bien que non considéré comme « *chien de garde de la démocratie* »¹³⁶⁷, à l'instar des journalistes, il demeure concerné par cette loi modifiée et d'ordre public¹³⁶⁸, relative à la liberté de la presse. Ceci se justifie étant donné la particularité de la mission qu'il exerce en tant qu'auxiliaire de justice¹³⁶⁹.

Il dispose à ce titre d'une liberté de parole durant l'audience, et de façon plus mesurée hors du prétoire (§1). L'immunité judiciaire se justifie également en cas d'état de nécessité (§2).

Paragraphe I - La liberté de parole durant l'audience et hors du prétoire

La liberté de parole de l'avocat dans l'exercice de ses fonctions, n'est pas la même durant l'audience (A) et hors du prétoire (B)

A - Durant l'audience

Pour ne pas tomber sous le coup de la loi pénale, les paroles ou contenus présentés par l'avocat durant l'audience sont soumis à conditions, afin que l'immunité produise ses effets (1). C'est donc un droit limité (2)

1 - Les conditions et effets de l'immunité de parole

379. L'immunité du prétoire est un fait justificatif de source légale, d'ordre public¹³⁷⁰, indispensable à la protection d'un « *intérêt processuel supérieur, car les droits de la défense sont érigés comme l'une des pierres angulaires du procès dans un Etat de droit* »¹³⁷¹. L'article 41 alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1881 y est à l'origine et la jurisprudence n'y déroge jamais, conformément à la jurisprudence européenne¹³⁷², rappelant même son intérêt, « *celui de garantir le libre exercice du droit d'agir ou de se défendre soi même* »¹³⁷³. L'existence de

14.013, Bull. civ. I n°226, Gaz. Pal. 1970, II, jp p.285.
1367CEDH Scharsach et autres c /Autriche 13 novembre 2003
1368Civ 2e 15 juin 1972 Bull civ n° 182 D 1972 Somm 186
1369CEDH Casado Coca c/ Espagne 24 février 1994
1370Civ. 2° 15 juin 1972 D 1972 Somm 186 - Crim 9 octobre 1978 Bull crim n° 262; RSC 1979. 566, obs. LEVASSEUR - 4 février 1980: Bull crim. n° 44 - 23 juillet 1984 RSC 1985 302, obs. LEVASSEUR
1371BROCAL VON PLAUE (F) « *Le droit à l'information en France* » Thèse Lyon 2 2004 p306
1372CEDH Nikula c/ Finlande du 21 mars 2002, § 50, 51, 52 et 55 : « *ce n'est qu'exceptionnellement qu'une limite touchant à la liberté d'expression de l'avocat de la défense, même au moyen d'une sanction pénale légitime, peut passer pour nécessaire dans une société démocratique* »
1373Civ 28 avril 2004 Bull 138 D 2004 IR 1285

cette immunité doit en outre être rapprochée de l'article 6 de la CEDH, en ce qu'elle permet à toute personne de voir sa cause entendue équitablement¹³⁷⁴. S'exprimant à ce propos lors du Congrès international de droit pénal en 1953, même le Pape Pie XII affirmait « *le prévenu ou l'accusé et son avocat doit pouvoir dire à l'audience tout ce qui est en sa faveur ou en faveur de son client, en non pas seulement ce qui agrée aux juges* »¹³⁷⁵.

380. L'avocat doit défendre sa cause jusqu'au bout quitte à dénoncer et déranger, le juge qui incarne la justice doit l'entendre. L'immunité couvre non seulement les délits de diffamation¹³⁷⁶, d'injure ou d'outrage, mais aussi les outrages punis par l'article 434-24 du Code pénal¹³⁷⁷. Pour autant, elle ne s'étend pas outre mesure et ne concerne pas la dénonciation calomnieuse¹³⁷⁸, les provocations ou apologies¹³⁷⁹, pas plus que les outrages commis à l'encontre d'un magistrat¹³⁸⁰, (les relations entre magistrats et avocats oscillant entre indifférence et conflit¹³⁸¹). Pour MATTER et RONDELET¹³⁸² de tels agissements seraient assimilables à un délit d'audience agressant la « *majesté de l'audience* » et constitueraient « *un manquement au respect de la justice* ». Ne sont donc pas protégés les faits étrangers à la cause et sans utilité pour le procès¹³⁸³, conformément à l'article 41 alinéa 6 de la loi du 29 juillet 1881 disposant que « *pourront toutefois les faits diffamatoires étrangers à la cause donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux, et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers* ». Le juge européen a récemment précisé que « *le comportement dépassant les limites que les avocats doivent respecter dans la critique publique à la justice, puisqu'il contribue à son bon fonctionnement* »¹³⁸⁴ ne sont pas tolérables, quand bien même le professionnel aurait à cœur la défense de son client. Néanmoins, l'appréciation de ce qui relève de l'intérêt de la

1374Crim. 1^{er} décembre 1992 Bull crim n° 397

1375Pie XII Congrès international de droit pénal, 3 octobre 1953, in ADER (H) et DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* », Dalloz Action 2008-2009, n°40.11

1376La responsabilité engagée pour diffamation représente 0,25% des sinistres déclarés, au même titre que les atteintes au droit de réserve.

1377Crim 6 juin 1902 DP 1906 1 534

1378Crim 1^{er} mars 1860 D 1861

1379Crim 1^{er} mars 1860 précité

1380Crim 19 décembre 1884 D 1885 – Crim 24 novembre 1999 Droit pénal 1999 obs VERON « *ce type de comportement excède les limites des droits de la défense* »

1381Direction des journaux officiels « *Réforme du statut des professions judiciaires ou juridiques* » édition journaux officiels, aux sources de la loi 2004 p 169

1382MATTER (P) RONDELET(J)« *Code expliqué de la presse. Traité général de la police de la presse et des délits de publication* » in BROCAL VON PLAUE (F) « *Le droit à l'information en France* » Thèse précitée

1383CA Aix-en-Provence 3 décembre 1864 DP 1865 1 407 :*Faire référence à des condamnations passées amnistiées est sans utilité* - Civ 1^{ère} 30 juin 1970 n°68-14013 : *de même aborder les circonstances d'une condamnation passée*

1384CEDH 11 juillet 2013 req n029369/10, Morice c/ France

défense et de la cause s'entend assez largement. Après tout, comme disait MONTAIGNE, « *la parole est moitié à celui qui parle, moitié à celui qui écoute* ». Le principe étant que les restrictions à la liberté d'expression de l'avocat doivent rester « *exceptionnelles* » de nature à garantir d'une part, le libre exercice de la profession, le droit du client à un procès équitable sur le fondement des articles 6 et 10 de la Convention, et la protection judiciaire¹³⁸⁵ d'autre part. Ainsi, critiquer le fonctionnement de la justice dans le cadre d'une plaidoirie « *justice honteuse* » ou « *vous êtes la honte de cette institution* »¹³⁸⁶ n'est pas répréhensible. Il s'agit plutôt « *d'un raisonnement constatant l'impossibilité dans laquelle se trouvait l'avocat de faire entendre une cause dont il était fondé à penser qu'elle était juste* »¹³⁸⁷ qui s'inscrit dans le cadre du libre exercice de la profession, sans pour autant altérer l'intégrité de la justice. Le lien avéré avec le procès est une condition indispensable pour que l'immunité trouve à s'appliquer. C'est ce même lien qui laisse présumer la bonne foi, autre condition légale.

381. Par ailleurs, les modes d'expression concernés par ce fait justificatif ne se limitent pas aux discours, ce que l'ont pourrait légitimement croire étant donné l'expression usuelle consacrée d'immunité de « parole ». L'article 41 précise bien : « *les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux* ». Plus précisément, cela peut être « *tout contenu soumis à l'appréciation du juge pour statuer sur la cause qui lui est soumise* ». « Discours » renvoie aux plaidoiries ou tout propos tenus par l'avocat durant l'audience, ou encore les moyens de communication audiovisuelle¹³⁸⁸. Pour les « écrits » sont retenus les documents tels qu'une note en délibéré dans une instance civile¹³⁸⁹ ou un mémoire déposé à l'appui d'une demande en liberté, contenant des propos qui n'étaient pas étrangers à la cause¹³⁹⁰, ou encore conclusions, lettres missives¹³⁹¹, brochures ou des livres¹³⁹², tant qu'ils sont produits en justice dans l'intérêt des parties, et faits de bonne foi. La diffusion en direct de la déposition faite par les prévenus devant une commission d'enquête parlementaire équivaut à un compte rendu fidèle et fait de bonne foi, des réunions publiques de cette commission¹³⁹³. En revanche, une plainte avec constitution de partie civile produite devant la juridiction d'instruction et diffusée par la suite

1385CEDH Nikula c/Finlande 21 mars 2002 n°31611/96 - CEDH Kyprinou c/ Chypre 15 décembre 2005 n°73797/01

1386CA Paris 5 septembre 2013 n° 12/10305

1387CA Dijon 15 décembre 1998 n°98-00779, ou encore le fait dans une affaire de faux en écriture, pour un Bâtonnier en exercice, de dire qu' « *un procès qui n'aura jamais lieu, c'est celui de notre grand chef à tous, madame Rachida Dati, qui utilise un faux, un MBA.* » a bénéficié de l'immunité de parole : TC Ile de la Réunion 3 octobre 2008

1388TC Paris 20 novembre 1989 Gaz pal 24-26 juin 1990 p 7

1389Crim 22 octobre 2002 Dr pénal 2003 33 1ere espèce

1390Crim 13 février 2001 CCE 2001 note LEPAGE, D 2004 977 note BEIGNIER

1391Crim 3 décembre 1963 D 1964

1392TC Seine 13 février 1952 D 1952 245

1393Crim 8 juin 2010 n° 09-86 626

sur internet n'est pas concernée par l'immunité, car ne correspond pas à cette double condition, puisque faisant « *en dehors des juridictions, une publicité étrangère aux débats* »¹³⁹⁴. A noter, que l'immunité peut dépasser la plaidoirie stricto sensu pour s'étendre aux propos tenus entre le début ou la fin de l'audience. En revanche, l'avocat une fois sorti de la salle d'audience, n'est plus protégé par l'article 41: celui ci ne s'applique plus, dans la mesure où les « *procès hors les murs* »¹³⁹⁵ ne peuvent en bénéficier.

382. Les bénéficiaires de cette immunité sont les parties privées au procès¹³⁹⁶- plaideurs, parties civiles, mis en examen, prévenus ou accusés et leurs défenseurs. La Cour de cassation a adopté une définition large de ce qu'est une partie privée. Ainsi, alors qu'un avocat présent lors de l'audience mais qui n'aura pas la qualité de défenseur n'est pas protégé par l'immunité¹³⁹⁷, des témoins se sont vu appliquer cette disposition par la Cour de cassation¹³⁹⁸. Pourtant, ils ne se défendaient pas et le but visé reste « *l'accomplissement de la mission des défenseurs en vue de la manifestation de la vérité* ». Ceci est valable sauf si les témoins violent volontairement les principes attachés au secret professionnel¹³⁹⁹. Ils peuvent donc échapper à toute responsabilité pénale sauf cas de diffamation selon l'article 41 al 5, et si les faits diffamatoires sont étrangers à la cause. Il en est de même pour ce qui concerne la responsabilité civile, et dans les mêmes conditions¹⁴⁰⁰. Cette immunité a été critiquée par la doctrine considérant que l'immunité admise aux témoins et experts devraient davantage se fonder sur le commandement de la loi prévue par l'article 122-4 CP, conformément à une décision ancienne¹⁴⁰¹. Par ailleurs, ne sont pas couverts par l'immunité judiciaire, les magistrats, ainsi que les membres du ministère public en raison de leur statut particulier¹⁴⁰².

383. Il faut enfin déterminer l'espace concerné par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881. dans la mesure où le texte évoque la « *juridiction* ». Par là il faut entendre que l'immunité peut être invoquée devant toute instance obéissant à une procédure contradictoire, comme les chambres arbitrales¹⁴⁰³ et devant toutes les juridictions où les droits de la défense peuvent

1394Crim 26 mars 2008 n°07-86.406 Bull. crim n°79 ; D. 2008, AJ 1351

1395Crim 27 février 2001 n°00-83.315 et p 309

1396CA Paris 23 février 1999 Gaz Pal 1999, 2, sommaire 579

1397Civ 9 juin 1859, D. 1861, 1 p 450

1398Crim 4 juin 1975 Bull crim n° 145

1399CA Paris 11 mars 1953 D 1953 271

1400Civ 1ere 18 avril 2004

1401Req 5 aout 1884 D 1884 1 457 rapport Petit – Civ 2eme 14 février 1968 JCP 1968 II 15608 note CHA - VANNE (A)

1402Crim. 2 févr. 1900 DP 1900 5 530

1403TGI Paris 9 mai 2001 : Gaz Pal 2002 1 632

s'exercer, comme la juridiction d'instruction¹⁴⁰⁴ ou le juge des tutelles¹⁴⁰⁵. Par contre, le Bâtonnier de l'Ordre n'étant pas une juridiction, le courrier qui le menace de poursuites pour avoir soustrait des pièces d'un dossier n'est pas couvert par l'immunité¹⁴⁰⁶. De même, l'immunité est exclue devant les instances disciplinaires, alors que les principes fondamentaux gouvernant la procédure sont similaires aux tribunaux ordinaires¹⁴⁰⁷. Devant les arbitres et les experts qui n'ont pas qualité de juridiction¹⁴⁰⁸, l'avocat n'est pas davantage protégé. Ce type d'exception n'est pas un cas isolé ni propre au droit interne. En Allemagne, un avocat de la défense a été récemment condamné pour propos diffamatoires à l'égard d'un expert qu'il avait accusé d'avoir manipulé des données dans le cadre d'une affaire de pédophilie. Sur le plan disciplinaire il fut reconnu coupable de violation de son obligation d'exercer sa profession avec conscience. Saisissant la CEDH pour violation de l'article 10 sur la liberté d'expression et de l'article 6 sur la notion de procès équitable, l'avocat fut débouté de ses demandes, la Cour déclarant à l'unanimité des sept juges composant la chambre saisie, que les requêtes de l'avocat allemand étaient irrecevables. Pour motiver sa décision la Cour que précisa « *que la défense des intérêts du prévenu ne conférait pas à l'avocat le droit de sous-entendre que l'expert falsifiait des preuves puisque les déclarations de l'avocat ne visaient pas à critiquer objectivement le travail de l'expert dans l'affaire où son client était jugé mais à le dénigrer de manière générale et à décréter que ses conclusions étaient inutilisables* »¹⁴⁰⁹. Ces propos n'étaient pas justifiés par la poursuite légitime des intérêts de son client, selon les juges. Pour CREHANGE¹⁴¹⁰, cette position s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence que la Cour développe depuis une quinzaine d'années sur les contours et l'étendue de la liberté d'expression. Néanmoins il semblerait qu'une protection particulière accordée aux experts assermentés se distingue à la lecture de cet extrait : « *les experts assermentés doivent être en mesure d'accomplir leurs tâches sans subir des perturbations indues si l'on veut qu'ils s'acquittent convenablement de leurs fonctions*. Les décisions à venir concernant les experts pourront confirmer ou non cette tendance.

384. La règle est simple, le droit d'expression est subordonné au caractère nécessaire à l'exercice des droits de la défense, du propos diffamatoire outrageant ou injurieux. L'intérêt supérieur de cette cause neutralise ainsi la responsabilité normalement encourue. Il existe

1404Crim 13 mai 1933, Bull crim n° 391

1405Civ 2e 27 mai 1998 Bull civ II n° 168

1406Civ 2e 25 mai 2005 n° 03.17.514

1407Crim 16 décembre 2003 note BEIGNIER – Crim 25 mai 2005 Bull civ I n° 227 D 2005 IR 1589

1408Crim 6 juin 1902 S 1905 1 56

1409CEDH, 5eme sect. 27 janv. 2015, n° 29222/11 et 64345/11, Ulrich Fuchs c/ Allemagne

1410CREHANGE (P) note sous CEDH, 5eme sect., 27 janvier 2015, n° 29222/11 et 64345/11, Ulrich Fuchs c/ Allemagne. Gazette du Palais, 16 mai 2015 n° 136, p. 20

donc dans ces strictes conditions une non responsabilité pénale de l'avocat afin qu'il exerce sa mission de défenseur, le plus librement possible.

2 - Les limites de l'immunité de parole

385. Si en matière civile et pénale l'avocat dispose de l'immunité, les dispositions de l'article 41 de la loi de 1881 ne sont absolument pas applicables en matière disciplinaire. La jurisprudence est constante en la matière¹⁴¹¹. En effet, quoi qu'il en soit, l'avocat reste soumis aux principes essentiels de sa profession¹⁴¹². En application de cette logique, le professionnel pourra être « excusé » pour ses propos et ses écrits en droit commun, tout en devant en répondre devant les instances disciplinaires. La règle selon laquelle « *le criminel tient le civil en l'état* » ne s'appliquant pas en matière disciplinaire¹⁴¹³. L'honneur, la délicatesse, la courtoisie, la dignité ou encore la modération doivent être respectés. Il existe donc bel et bien une justice ambivalente, en faveur ou à l'encontre de l'avocat – tout est question de point de vue-. La supériorité des textes ordinaires sur la loi ressort implicitement, puisque les premiers ont le pouvoir de sanctionner, quand la seconde est écartée. A moins qu'il ne s'agisse d'une contrepartie à une immunité vécue comme un privilège. Cette immunité de robe, à l'instar des parlementaires, s'inscrit pourtant « *en lien direct avec la démocratie* »¹⁴¹⁴, mais fait néanmoins dire que ce droit est non causé¹⁴¹⁵, absolu¹⁴¹⁶ ou encore discrétionnaire¹⁴¹⁷.

386. Concrètement, ce qui n'intéresse pas l'intérêt général ou un débat public, mais qui se circonscrit à une opinion purement personnelle est banni¹⁴¹⁸. De la même façon, la CEDH soutient cette limite faite à l'immunité de l'avocat en refusant tout contenu portant excessivement atteinte soit à un particulier soit à l'autorité judiciaire¹⁴¹⁹. La liberté de parole est certes l'illustration de la liberté d'expression de l'avocat telle que consacrée à l'article 10 de la CEDH, afin qu'il assure à son client une défense effective, et ce en vue d'un procès

1411 Civ 1^{ère} 16 décembre 2003 n°03-13-353 D 2004 p 977 note BEIGNIER - Civ 1^{ère} 14 Octobre 2010 n°09-16.495 et n°09-69-266 – Civ 1^{ère} 10 septembre 2015, n° 14-24.208

1412 Article 1^{er} du RIN du décret n°2005-790 du 12 juillet 2005

1413 Civ 1^{ère} 15 mai 1984 n°83-12.721

1414 WOOG-C) « *Pratique professionnelle de l'avocat* » Litec 4^{ème} éd 2001 p.850

1415 JOSSERAND « *De l'esprit des droits et de leur relativité* » n°306 in AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » Dalloz édition 2008 n°12.31

1416 MAZEAUD « *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle* » 1965 n°549-2 in AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » Dalloz édition 2008 n°12.31

1417 ROUAST « *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés* » RTD civ 1944 p 1

1418 Civ 1^{ère} 28 mars 2008 n°05-18 598

1419 CEDH Casado Coca 24 février 1994 - CEDH 20 mai 1998 Schöpfer c/ Suisse - Puis, Civ 1^{ère} 28 mars 2008 n°05-18.598

équitable ; mais cette liberté comporte corollairement devoirs et responsabilité. A noter toutefois que le juge européen se montre généralement plus clément lorsque les propos litigieux sont adressés à une partie à l'instance ou au Parquet, qu'envers les autres juges et le tribunal dans son ensemble.

387. Ainsi, ont été reconnus comme constituant une faute disciplinaire, les propos d'un avocat accusant les magistrats de « *favoriser, encourager, et être complice de torture* »¹⁴²⁰, ou encore ceux prononcés à l'égard d'un juge d'instruction selon lesquels 'il « *s'apparente à l'attitude d'un chiite amal* » et que « *violant ainsi les droits de la défense* » il « *serait très bien comme juge au Chili ou en Iran* »¹⁴²¹. Ou encore, dire à un conseiller « *je ne vous supporte plus, j'en ai assez de vous voir. Vous me gonflez avec votre sourire en coin. Vous serez responsable de ce gâchis. Ce que vous avez fait est dégueulasse. Je regrette de ne pas avoir, lorsque vous étiez à Lille, déposé plainte contre vous* »¹⁴²². Ces paroles s'apparentaient davantage à un règlement de compte et à une animosité personnelle, qu'à des propos pouvant apporter une solution au litige soumis. De même récemment, l'avocat déposant des conclusions dénonçant « *la légèreté et l'incompétence habituelles du Tribunal* », qualifiant un avocat de la partie civile de « *roquet* » et accusant le président de l'audience de « *tricherie* » et de « *mensonges* » a été condamné pour atteintes à l'indélicatesse. Il faut préciser que cet avocat avait déjà été condamné pour les des motifs similaires. La Cour n'a pas manqué de rappeler à cette occasion que « *Si l'avocat a le droit de critiquer le bon fonctionnement de la justice ou le comportement d'un magistrat ou d'un avocat, sa liberté d'expression, qui n'est pas absolue car sujette à des restrictions qu'impliquent notamment la protection de la réputation ou des droits d'autrui et la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire, ne s'étend pas aux propos violents qui, exprimant une animosité personnelle contre le magistrat concerné, mis en cause dans son intégrité morale, ou contre un avocat d'une partie adverse, sans traduire une idée, une opinion ou une information susceptible d'alimenter une réflexion ou un débat d'intérêt général, ne relèvent pas de la protection du droit à la liberté d'expression prévue par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »¹⁴²³. Comme le clame VILLACEQUE l'agressivité vis à vis des juges est rarement une bonne stratégie, car l'avocat en toutes circonstances doit maîtriser sa parole, et ne pas abuser de son immunité¹⁴²⁴. La modération

1420Civ 1ere 14 octobre 2010 n°09-16495 et 16-69495

1421CA Paris 1ere Ch 22 février 1995

1422Civ 1ère 28 mars 2008 n°05-18598

1423Civ. 1ère 29 octobre 2014, n° 13-27610

1424VILLACEQUE « *Chronique de jurisprudence de droit et de déontologie de la profession d'avocat* » Gaz Pal n° 340-341 décembre 2013

doit toujours être de mise. Tel n'est pas le cas de l'avocat pour qui « *la véhémence de M. X..., ses attaques ad hominem à l'encontre d'un juge des libertés et de la détention, mettant en cause sa compétence professionnelle, et la menace annoncée de faire en sorte que ce magistrat soit démis de ses fonctions, d'autre part, l'agressivité, la virulence et le volume sonore inhabituel de la plaidoirie de cet avocat, qui avait, au cours d'une audience, mis en cause l'impartialité d'un juge assesseur et qui, par son attitude agressive, exprimait une animosité dirigée contre ce magistrat, visant à le discréditer et à le déconsidérer, la cour d'appel, rappelant que, si l'avocat a le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement de tel ou tel magistrat, sa liberté d'expression n'est pas absolue et ne s'étend pas aux propos véhéments dirigés contre un juge, mettant en cause son éthique professionnelle, a pu déduire de ces constatations et appréciations que les propos proférés par M. X... étaient exclus de la protection de la liberté d'expression accordée par l'article 10 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »¹⁴²⁵. Cette attitude fut caractérisée comme étant un manquement aux principes essentiels de délicatesse et de modération qui s'appliquent à l'avocat en toutes circonstances.

388. Si l'avocat peut faire part de ses griefs contre un juge dans les limites exposées, ce dernier peut aussi affirmer et dénoncer « *une collusion entre l'avocat adverse appartenant au Cabinet FIDAL dont un collègue s'était exprimé dans la revue locale du MEDEF et les magistrats employeurs du Conseil de Prud'hommes* » pour contester l'impartialité de la décision rendue. Cela correspond à une réflexion alimentant un débat général qui ne peut être sanctionnée¹⁴²⁶. De même, le droit de critique « *acerbe* » des avocats à l'égard des magistrats est toléré ; des propos virulents ne doivent être réduits à la simple expression d'une animosité personnelle tant que les jugements de valeur émis reposent sur une base factuelle et un lien suffisamment étroit avec les faits. Les juges européens rappellent que la liberté d'expression « *vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent* » et considèrent que l'emploi d'un « *ton acerbe* » dans l'expression visant des magistrats n'est pas contraire aux dispositions de l'article 10 de la Convention européenne¹⁴²⁷. Cette décision concerne l'avocat de Madame BORREL, veuve du juge français Bernard BORREL, retrouvé mort le 19 octobre 1995 près de Djibouti. Lors de la procédure d'instruction, l'avocat Maître MORICE faisait état devant des journalistes d'un « *mot*

1425Civ 1ere 10 septembre 2015, n° 14-24.208

1426Civ 1ere 3 juillet 2008 n°07-15493

1427CEDH grande chambre 23 avril 2015 Morice c/France n°2936910

manuscrit et assez familier » adressé par le Procureur de Djibouti à la Juge, lequel démontrait, « *l'étendue de la connivence (existant) entre le Procureur de Djibouti et les magistrats français* ». Par la suite, une plainte pour diffamation publique envers un fonctionnaire public était déposée et l'avocat déclaré coupable de complicité du délit de diffamation envers un fonctionnaire public. Toutes les juridictions internes ont fait droit au plaignant, prononçant la culpabilité de l'avocat. L'immunité judiciaire de l'avocat ne fut retenue que suite à une seconde décision de la CEDH réunie en sa grande chambre à l'occasion. Si les critiques de l'avocat condamné concernant la composition de la Cour de cassation ne furent pas retenues, sa demande sur le plan de la liberté d'expression et de la violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme fut accueillie avec succès. Pour les juges les propos susvisés ne constituaient pas une entrave au droit à la liberté d'expression, justifiant la mise à l'écart de son immunité judiciaire. La Cour a ainsi rappelé qu'en présence d'un débat d'intérêt général, il importait de veiller à « *un niveau élevé de protection de la liberté d'expression allant de pair avec une marge d'appréciation des autorités particulièrement restreinte* ». En effet, les propos n'étaient pas « *ad hominem, mais s'inséraient bien dans le cadre d'une démarche professionnelle susceptible de révéler un dysfonctionnement grave du service public de la justice* », ils « *ne constituaient pas des attaques gravement préjudiciables à l'action des tribunaux dénuées de fondement sérieux, mais des critiques à l'égard des juges d'instruction exprimées dans le cadre d'un débat d'intérêt général relatif au fonctionnement de la justice et dans le contexte d'une affaire au retentissement médiatique important depuis l'origine. S'ils pouvaient certes passer pour virulents, ils n'en constituaient pas moins des jugements de valeurs reposant sur une "base factuelle" suffisante* ». Concernant la sanction prononcée à l'encontre de l'avocat, la Cour souligna que la peine n'était pas « *la plus modérée possible* », mais bien « *importante* », la qualité d'avocat ayant été retenue pour justifier une plus grande sévérité. Ainsi, au visa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour condamna la France à rembourser au défenseur les sommes mises à sa charge.

L'impunité au titre de la liberté de parole est loin d'être une protection définitivement acquise pour l'avocat. Fort heureusement, le juge européen veille.

389. Par ailleurs, si la pratique actuelle et classique de la Cour de cassation consiste à faire fi de l'immunité judiciaire lorsque les paroles ou écrits n'ont pas été produits devant une juridiction, - le Bâtonnier de l'Ordre des avocats n'étant pas une juridiction, le bénéfice de

l'immunité ne peut pas être revendiqué devant les instances disciplinaires - ; récemment¹⁴²⁸, le CE n'a pas hésité à interpréter de manière extensive l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 en déclarant que l'immunité qui ne touche que les actions en diffamation, injure ou outrage, devait être entendue comme interdisant également des poursuites disciplinaires qui seraient fondées sur le caractère diffamant, injurieux ou outrageant des écrits ou paroles. Cette décision concernait un médecin, mais dans l'avenir il n'est pas exclu qu'elle puisse être transposable à l'avocat ; la responsabilité médicale ayant une influence certaine sur celle de la profession. Une telle solution aurait le mérite de contribuer à l'amélioration de l'image du droit disciplinaire vu comme « *absolu et discrétionnaire* »¹⁴²⁹, à la défaveur du professionnel, du moins sur ce point précis.

390. Nier l'application du bénéfice de l'immunité judiciaire d'un confrère, lorsque l'attitude de l'avocat est conforme aux limites qui la conditionnent, est l'expression d'un pouvoir de sanction qui se voudrait supérieur à l'esprit et à la logique du droit, comme si la justice disciplinaire souhaiter discuter et remettre en cause l'existence d'une immunité pénale pourtant chèrement acquise. C'est en cela que le droit disciplinaire est parfaitement critiquable et arbitraire. Le constat est d'autant plus édifiant puisqu'il apparaît que c'est la profession elle-même qui « bâillonne » ses pairs, tout en bénéficiant de l'aval des juges de cassation. La déontologie ne doit pas aveuglément se retourner contre ses membres. Elle doit permettre une sanction lorsque les faits le réclament, et non créer une contre-immunité. In fine, il est à craindre que les avocats minorent leur investissement dans un dossier sensible, n'usant que de frilosité pour défendre leur client, et ce afin de se prémunir contre toute action en responsabilité qui pourrait être engagée sur le plan disciplinaire ; alors qu'il est attendu au nom de leur serment commun, qu'ils oeuvrent pour faire valoir les intérêts du justiciable qu'ils représentent et défendent. La mission de l'avocat n'aurait ainsi plus aucun sens. De plus, étendre l'application de l'article 41 permettrait l'alignement logique des décisions des juridictions de droit commun et des instances disciplinaires en la matière, sans qu'il ne faille toutefois en déduire automatiquement leur interdépendance, le principe d'immunité n'en aurait alors que plus de sens et de force. En effet, celui-ci a été instauré afin que l'avocat puisse sans craindre des poursuites pénales, exercer sa mission sans tabou ni censure de complaisance, et ce dans les limites dictées par l'intérêt de la défense ainsi que l'intérêt général. Cette immunité est donc conditionnée et ne constitue nullement un privilège, or condamner un avocat sur le plan disciplinaire, pourtant non inquiété au pénal, participe à l'idée selon laquelle

1428CE 22 mai 2015 n°370429
1429Voir note 1153 et 1154

la profession souhaite discrètement rétablir une situation déséquilibrée car s'appuyant sur un avantage. Faire ployer l'immunité judiciaire pour manquements aux principes essentiels de la profession reviendrait à opposer ces deux notions qui loin de s'envisager l'une contre l'autre ni même l'une à coté de l'autre, existent simultanément. En effet les principes qui gouvernent la profession ont été créés et reconnus pour permettre à l'avocat d'exercer ses missions en toute sécurité et légalité, et concourent à la pratique d'une bonne justice, à l'instar de l'immunité judiciaire. Une condamnation systématique devant les instances disciplinaires conduit indirectement à faire prévaloir le droit disciplinaire, pratique en marge, sur l'exercice des droits de la défense, et la Cour de cassation semble par ses décisions ne pas s'y opposer. Pourtant, l'usage consistant à faire disparaître l'immunité dès lors que les propos ou écrits visés sont présentés devant une instance non juridictionnelle, ne semble constituer qu'un simple obstacle de nature procédurale qu'un juge pourrait aisément écarter afin de rétablir un équilibre rompu. En cela un revirement de jurisprudence serait salubre de la part de la Cour de cassation.

B - L'avocat hors du prétoire

Une fois les portes du tribunal franchies, l'avocat n'est plus couvert par l'immunité prévue par la loi du 29 juillet 1881. Sa liberté de parole est restreinte du fait des règles professionnelles (1). En cas d'irrespect l'avocat sera sanctionné (2)

1 - Des restrictions gouvernées par les principes essentiels de la profession

391. Les avocats en qualité d'auxiliaire de justice doivent contribuer au bon fonctionnement de la justice, de même qu'à la confiance du public en celle-ci. C'est le postulat de base qui peut faire échec à l'immunité judiciaire de l'avocat lorsque celui s'exprime hors du prétoire. En effet si la parole, et partant l'immunité, sont hautement valorisées devant le prétoire ; l'avocat redevient pleinement responsable de ses paroles et écrits, et de ce fait ne bénéficie plus de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, lorsqu'il sort de la salle d'audience¹⁴³⁰. Il redevient

1430CA Montpellier Chambre 1, section AS du 17 décembre 2010 n° 10/04734 : Chargé de la défense des intérêts des parents d'un mineur tué par un gendarme au cours d'une poursuite faisant suite à un cambriolage, un avocat a été cité devant le conseil de discipline du ressort de la Cour d'appel de Montpellier pour avoir, à l'issue de l'audience, fait la déclaration suivante au journaliste d'une station de radio l'interrogeant sur l'acquittement rendu : "*J'ai toujours su qu'il était possible. Un jury blanc, exclusivement blanc où les communautés ne sont pas toutes représentées, avec il faut bien le dire une accusation extrêmement molle, des débats dirigés de manière extrêmement orientée. La voie de l'acquittement était une voie royalement ouverte. Ce n'est pas une surprise*" – Puis pourvoi en cassation devant Civ 1ere 5 avril 2012 n° 11-11.044, 410 : Encourt une sanction disciplinaire, pour manquement aux devoirs de modération et de délicatesse, l'avocat qui après l'audience

donc un citoyen ordinaire. A ce titre, toute critique des institutions judiciaires et des autorités en général devra donc être mesurée. Tel n'est pas le cas lorsque devant un journaliste télévisé, un avocat reproche à un juge des tutelles d'avoir transigé en faisant prévaloir son intérêt financier et personnel¹⁴³¹. Pour autant, les remarques éventuelles ne sont pas interdites, elles sont d'autant plus contrôlées et restreintes, car retombant parmi les dispositions et limites prévues par la loi de la presse de 1841. En plus des magistrats, l'avocat doit également se montrer prudent dans ses propos envers experts et témoins. Tel est le cas d'une espèce où l'avocat s'en est pris hors prétoire à un expert aéronautique, l'accusant d'avoir substitué des boîtes noires pour égarer la justice. Les juges ont conclu qu'en manquant de prudence et en accusant la partie civile de faits graves non certains, l'avocat avait excédé les limites admissibles pour la défense de son client, se rendant ainsi auteur de diffamation¹⁴³².

392. A ces égards en particulier, s'ajoute l'obligation pour l'avocat de se soumettre aux principes essentiels de sa fonction, tels que l'honneur, la délicatesse, la prudence et la modération en général, mais aussi en second lieu le secret professionnel, puisque le principe selon lequel le droit de violer le secret professionnel est permis lorsqu'il s'agit d'assurer sa propre défense, peut être mis en échec. Ce double carcan de nature légale et déontologique, permet la protection de la justice mais également de la profession. La Cour de cassation a plusieurs fois précisé qu'en dehors du prétoire, les propos qui constituent un manquement à l'honneur et à la délicatesse ne peuvent bénéficier de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, et doivent être sanctionnés¹⁴³³. Les difficultés liées à la disparition de l'immunité sont surtout visibles et mesurables, lorsque les journalistes s'emparent d'une affaire et prennent à partie l'avocat. Celui-ci se doit de rester intègre et posé que ce soit dans le ton utilisé ou le contenu même. Cependant lors d'affaires médiatiques et sensibles, l'emportement et la passion¹⁴³⁴ peuvent mener irrémédiablement et très facilement à la diffamation. Surtout lors de déclarations spontanées. C'est là tout le danger de la surmédiatisation, car l'avocat sera responsable des éléments et précisions qu'il communiquera à la presse ; y compris lors d'un simple communiqué lorsqu'il donne son appréciation sur les conditions de déroulement du

tient des propos présentant une connotation raciale jetant l'opprobre sur les jurés et la suspicion sur leur probité.

1431Crim 12 octobre 2010 n°09-87.578 NP

1432Crim 6 mai 2003 n°02-82.557 NP

1433Civ 1ère 14 octobre 2010 n°09-16.495 09-69.266 – Civ 1ère 5 avril 2012 n° 11-11.044 - Civ 1ère 4 mai 2012 n°11-30.193

1434 HASSLER (T) « *Affaire Bettencourt et dégâts périphériques : diffamation, abus ou non de la liberté d'expression entre ténors du Barreau de Paris. Plaidoyer pour une appréciation objective de la bonne foi* » RLDI Activités de l'immatériel n°201066. Quand pour d'autres la « passion » pourrait un élément de bonne foi en matière de diffamation

procès de ses clients¹⁴³⁵. Il est tenu tant par le fond qu'il pourrait livrer en pâture aux journalistes, que par la forme. En cas d'intervention organisée auprès des médias, qu'il s'agisse de rédiger un article dans la presse, ou d'une participation à une émission radio ou télé, le professionnel est invité à en informer préalablement son Bâtonnier qui pourra lui faire « *toutes observations, mises en garde ou injonctions utiles*¹⁴³⁶ ». L'immunité de l'avocat est strictement encadrée. Non seulement le professionnel ne dispose d'aucune faveur ou privilège en particulier, mais son immunité est loin d'être absolue¹⁴³⁷ comme l'affirme MAZEAUD. Ce n'est pas lorsque sa robe tombe que l'immunité de l'avocat ploie à son tour. Ce ne sont que les portes closes du tribunal, véritable temple à l'occasion, qui lui permettent une totale expression. La raison pour laquelle il n'est pas autorisé à porter atteinte au tribunal est d'autant plus compréhensible. En dehors de ce cas de figure il est bel et bien soumis au droit commun.

393. Une affaire se démarque en ce qu'elle a élargi la liberté de parole dans les médias d'une avocate. Il était reproché à celle-ci d'avoir dévoilé lors d'une interview des éléments couverts par le secret de l'instruction, suite à l'ouverture d'une information judiciaire pour homicide involontaire du fait de l'utilisation de vaccin contre l'hépatite B. L'avocate faisait état en outre des pressions exercées sur les experts, et des documents furent produits par la presse. Elle fut poursuivie pour violation du secret professionnel et de l'instruction, et condamnée par la suite à un euro de dommages et intérêts. Bien que dispensée de peine pénale, elle n'hésita pas à faire un recours devant la CEDH pour contester la décision des autorités judiciaires françaises, considérée comme déshonorante. Les juges européens condamnèrent la France, estimant que « *dans un contexte médiatique, la divulgation d'informations peut répondre au droit du public de recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires* »¹⁴³⁸. Le nécessaire critère d'intérêt général dégagé par la justice française elle-même, était donc rempli. De plus, dans l'intérêt de la défense, le secret professionnel peut être « violé », dans la mesure où cette atteinte est moindre. En effet les révélations faites par l'avocate avaient déjà été mises à jour par ailleurs - donc le secret de l'instruction déjà violé¹⁴³⁹- et la cause

1435 Crim 3 décembre 2002 n°01-85.466 à propos d'un avocat comparant les méthodes policières en matière de lutte contre le terrorisme à celles de la Gestapo

1436 ADER (H) – DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* » précité p 150

1437 MAZEAUD « *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle* »

1438 CEDH 5e sect 15 décembre 2011 n° 28198/09 Mor c/ France

1439 CEDH précité « *l'auteur de la divulgation du rapport à la presse n'avait pas été identifié et que lorsque la requérante avait répondu aux questions des journalistes, la presse était déjà en possession de tout ou partie du rapport d'expertise ; que plusieurs médias avaient couvert l'information ; que les déclarations de la requérante s'inscrivaient dans le cadre d'un débat d'intérêt général et concernaient directement une question de santé publique ; que ni le procureur général ni l'Ordre des avocats du barreau n'avaient estimé nécessaire d'engager des poursuites disciplinaires contre la requérante et ; enfin, qu'une atteinte à la liberté d'expression risquait d'entraîner un « effet dissuasif », d'autant plus s'agissant d'un avocat appelé à assurer la défense effective de ses clients »*

s'inscrivait dans un débat d'intérêt général. Les restrictions apportées à sa liberté d'expression étaient donc disproportionnées : « *un juste équilibre n'a pas été ménagé entre la nécessité de protéger le droit de la requérante au respect de sa liberté d'expression et celle de préserver le secret de l'instruction, les droits des personnes mises en cause, et de garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». Il semble ressortir de cette jurisprudence que la violation du secret de l'instruction non imputable à l'avocate initialement, gomme indirectement celle du secret professionnel. Autrement dit, les juges ont considéré que puisque des informations avaient déjà été relayées sur l'instruction en cours, l'avocate ne trahissait en rien le secret auquel elle est soumise du fait de sa profession en témoignant à son tour. Une même information n'étant apparemment divulguable qu'une fois. Ce critère, ajouté à la popularité de l'affaire du fait de l'intérêt légitime que porte le public aux scandales judiciaires et sanitaires, a permis l'exonération justifiée de l'avocate.

394. La principe de l'immunité hors prétoire est susceptible d'intéresser tout avocat, y compris le Bâtonnier. Si aucun fait n'est à ce jour relevé en droit interne, la CEDH a livré son interprétation sur la question, s'agissant d'un avocat Bâtonnier russe. En l'espèce, ce dernier invité à débattre sur une chaîne télévisée avec un représentant du ministère de la Justice, prit la défense d'une avocate qui, après avoir rendu visite à un client emprisonné, fut fouillée par des gardiens qui s'emparèrent de deux documents en sa possession. Le ministère de la Justice demanda au Barreau de Moscou la radiation de cette avocate pour infraction à la loi et au Code de déontologie avançant que l'un des documents saisis était une note du client contenant des instructions destinées à faire obstacle à l'enquête. Durant l'émission, le Bâtonnier requérant contesta la volonté de l'avocate de faire sortir de la maison d'arrêt une note de son client. Il précisa qu'il n'y avait aucune raison de pratiquer une fouille et critiqua le fait qu'elle avait été menée par des gardiens de sexe masculin ayant « palpé le corps » de l'avocate. Suite à ces propos, la maison d'arrêt ainsi que deux de ses membres exercèrent une action en diffamation contre le requérant, lui reprochant d'avoir porté contre eux de fausses accusations et précisant que l'avocate n'avait pas subi de fouille mais seulement une inspection des documents qu'elle détenait. Déboutés en première instance, ils eurent finalement gain de cause. Le bâtonnier saisit la CEDH, invoquant l'article 10, au motif d'une restriction disproportionnée à sa liberté d'expression. Pour la Cour amenée à trancher, « *puisque le requérant avait décrit les plaignants comme étant « des hommes » sans mentionner leur nom ni celui de leur employeur, et que le format de l'émission était conçu pour susciter un échange de vues, voire une polémique, de manière que les opinions exprimées s'équilibrent*

entre elles, le requérant n'a pas dépassé les limites de la critique acceptable, par conséquent, l'action en diffamation dont il a fait l'objet était de nature à brider sa liberté d'expression »¹⁴⁴⁰.

La liberté d'expression d'un Bâtonnier prenant la défense d'un confrère est soumise aux mêmes conditions que tout autre avocat. Les juges ont estimé la critique acceptable dans la mesure où celle-ci pouvait être discutée et débattue. Cela peut correspondre à la notion de débat d'intérêt général telle que retenue par le juge français. En outre, les propos émis ne visaient pas personnellement les plaignants, le Bâtonnier ayant pris soin de rester vague dans ses déclarations. De cette décision, il ne ressort aucun traitement particulier en faveur du Bâtonnier, pas plus qu'à son encontre.

2 - Les sanctions en cas d'inaction de l'immunité

395. Dans certains cas de figure, l'immunité tombe, que ce soit à l'intérieur ou en dehors du prétoire. Par conséquent, les sanctions prévues par la législation entrent en jeu, législation spéciale en l'occurrence, et qui prévaut¹⁴⁴¹ sur le droit commun¹⁴⁴², dès lors que les conditions d'application de l'article 41 sont remplies. La spécificité tient en deux points, elle concerne la juridiction habilitée à sanctionner, ainsi que les mesures qui pourront être prises. Avant la loi du 15 juin 1982, la juridiction concernée par les propos ou écrits litigieux avait l'opportunité des sanctions disciplinaires et ce instantanément. A présent, ce sont les instances ordinales qui ont l'apanage des sanctions des manquements ou délits, commis lors de l'audience. Elle défend le monopole de parole de l'avocat, tout en condamnant les excès. L'article 41 al 4 de la loi du 29 juillet 1881 - et uniquement ce texte à l'exclusion de tout autre¹⁴⁴³ - prévoit dans le cas de propos contestables que « *les juges pourront prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires, et condamner qu'il appartiendra à des dommages-intérêts* ». Cette suppression ordonnée peut être symbolique, les propos seront tout simplement écartés des débats. Plus concrètement, la suppression peut être effectuée par des

1440 CEDH 4 avril 2013 n° 4977/05, Reznik c/ Russie

1441 Partant de l'adage qui veut que le droit spécial déroge au droit général « *Specialia generalibus derogant* »

1442 Article 434-24 du Code pénal : « *L'outrage par paroles, gestes ou menaces, par écrits ou images de toute nature non rendus publics ou par l'envoi d'objets quelconques adressés à un magistrat, un juré ou toute personne siégeant dans une formation juridictionnelle dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de cet exercice et tendant à porter atteinte à sa dignité ou au respect dû à la fonction dont il est investi est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende. Si l'outrage a eu lieu à l'audience d'une cour, d'un tribunal ou d'une formation juridictionnelle, la peine est portée à deux ans d'emprisonnement et à 30.000 euros d'amende* »

1443 Civ 2e 6 février 2003 D 2003 IR 668 JCP 2003 II 10120 note CASTETS-RENARD

bâtonnements¹⁴⁴⁴- des rayures- apposés sur les paroles ou écrits jugés diffamatoires, injurieux ou outrageants. Il sera alors interdit de les mentionner lors de la lecture ou du compte rendu des débats dont ils font partie. Même s'ils sont tus, ces éléments restent existants bien qu'hachurés. Cela montre bien la volonté de faire la démonstration de la sanction du contenu. Encore à demie visible dans la forme, seule la substance, le fond litigieux disparaît, afin de ne plus faire écho. Mais il est constant que les stries illustrent comme une censure, censure légale ceci dit. Cette faculté est interprétée de façon très restrictive. Parallèlement, le cas de bâtonnement est très peu utilisé.

396. S'agissant de la fixation de dommages et intérêts, ceux ci sont soumis à l'application de l'article 41 qui peut seul fonder la réparation, à l'exclusion de l'article 1382 du Code civil¹⁴⁴⁵. Le préjudice s'il est reconnu, ne sera nécessairement que de caractère moral et considéré comme infime, de ce fait l'octroi de dommage et intérêts est peu usuel. En plus de s'inscrire dans la rareté, ces sanctions ne sont en rien comparables avec les dispositions sévères du Code pénal en la matière. Si le juge doit en arriver à pénaliser l'avocat pour les écrits ou les propos qu'il aura tenus, cela doit se faire sans que ce dernier ne se sente ni inhibé, ni inquiété, dans l'exercice de défense qu'est le sien. Que ce soit pour lui, ses confrère, et ce durablement, conformément aux exigences d'une démocratie. Le dernier alinéa de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 dispose que *« les faits diffamatoires étrangers à la cause pourront donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux, et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers »* .

397. Ce contenu concerne les propos extérieurs à la cause et qui ne peuvent être jugés par la juridiction saisie du procès. Il appartient alors à une autre juridiction de se prononcer, après que le tribunal aura réservé l'action sous la forme d'une inscription au registre d'audience, à la demande de la victime. En effet, *« les faits diffamatoires prononcés ou les écrits produits à l'audience peuvent donner lieu soit à l'action publique soit à l'action civile, à la double condition qu'il s'agisse de faits étrangers à la cause et que l'action ait été réservée par le tribunal saisi ; il est de droit constant que si le juge saisi ne donne pas acte des réserves, il existe alors une fin de non-recevoir portant sur le principe même de la poursuite pour*

1444 Extraits dictionnaire juridique de Serge Braudo : le bâtonnement désigne dans le langage du Palais, l'action par laquelle un tribunal ou une Cour d'appel ordonne que soient rendus illisibles les passages, jugés injurieux figurant dans les conclusions d'un avocat. Le greffier surcharge le texte en barrant chacun des mots que le jugement ou l'arrêt a spécifié

1445 Civ 3e 3 mai 2012 n° 11-14.964

diffamation ; l'action en diffamation est donc irrecevable »¹⁴⁴⁶ ». Le juge saisi de la cause statue sur le fond¹⁴⁴⁷ et apprécie souverainement¹⁴⁴⁸ le caractère diffamatoire ou injurieux des paroles, ou les écrits dénoncés. Les tiers quant à eux, disposent de l'action en diffamation ou injure publique, sans qu'elle ne doive être réservée.

A coté de cette immunité exposée, il existe un autre cas donnant lieu à l'irresponsabilité pénale du professionnel. Celle ci est justifiée par l'état de nécessité.

1446CA Versailles 20 mai 1999 D 1999 IR, 172

1447Civ 2e 21 décembre 2006 Bull civ II n° 78

1448Civ 1ere 19 mai 1998 Bull civ I n° 180

Paragraphe II - L'état de nécessité

398. Un autre fait justificatif peut amener l'avocat à être reconnu irresponsable pénalement. Il s'agit de l'état de nécessité tel que prévu par l'article 121-7 du Code pénal en ces termes : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ». L'état de nécessité ne concerne pas que l'avocat uniquement. D'autres professionnels sont concernés par ces dispositions. Au surplus, tout particulier y est également soumis.

Il convient d'apporter quelques précisions sur la notion en la définissant (A) pour ensuite observer le lien qui la rattache aux missions de l'avocat (B)

A - La définition générale de l'état de nécessité

Afin d'appréhender précisément ce qu'est l'état de nécessité, son fondement (1) ainsi que les conditions d'application de ce fait justificatif doivent être abordés (2)

1 - Le fondement

399. L'état de nécessité n'est pas à l'origine fondé légalement, même si le droit canonique énonçait déjà : « *Nécessité n'a pas de loi* », et que généralement selon la doctrine, « *le droit est plus ancien que la législation* »¹⁴⁴⁹. Ce sont les juges qui fin XIXe siècle, sur la base de la contrainte morale – la contrainte étant un autre fait justificatif - le mirent à jour, en relaxant un père du chef de vol¹⁴⁵⁰. Tels sont les prémices de l'état de nécessité, puisque même sous l'égide de l'ancien Code pénal, il n'était pas prévu. C'est en 1956 qu'un autre fait divers fit naître officiellement l'état de nécessité. Consacrant celui-ci comme une cause d'irresponsabilité pénale à part entière, les juges énonçaient clairement « *que les circonstances de fait...ou état de nécessité, constitue un fait justificatif en raison duquel il ne peut lui être fait grief d'avoir omis de se conformer en l'espèce aux prescriptions de la loi* »¹⁴⁵¹. Il était reproché en l'espèce à un père de famille d'avoir entrepris des constructions et des travaux sans avoir eu de permis.

1449 HAYEK (F-A) « *Droit législation et liberté* » PUF 1998 in « *Droit et justice en citation et adage* »

1450 TC CHÂTEAU-THIERRY 4 mars 1898, Affaire MENARD

1451 TC Colmar 27 avril 1956 JCP G 1957 II, 10041, 1ère espèce. note AUSSEL (J-M)

Ce dernier faisait valoir la nécessité pour lui de disposer d'un logement salubre et décent pour l'hiver venant particulièrement rude. Par la suite, cet arrêt connu un écho important, l'état de nécessité devint un fondement de droit : « *toutes les civilisations juridiques évoluées, le consacre, soit dans la loi, soit dans la doctrine et la jurisprudence ; ce qui caractérise l'état ou « l'effet » de nécessité, c'est la situation dans laquelle se trouve une personne qui, pour sauvegarder un intérêt supérieur, n'a d'autre ressource que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale* »¹⁴⁵². L'état de nécessité répond à des considérations d'équité, car commande l'impératif « *d'intérêt supérieur* ». Encore faut-il identifier dans quelles autres conditions spécifiques il peut s'appliquer.

2 - Les conditions

400. L'état de nécessité est une cause objective d'irresponsabilité pénale, ce qui signifie que bien que commise et vérifiable matériellement, l'infraction disparaît objectivement ; l'acte se trouvant légitimé car nécessaire. Pour être reconnue, l'état de nécessité doit présenter trois conditions. Tout d'abord, l'existence d'un danger actuel ou imminent et constituant une menace réelle doit être avérée. L'état de nécessité doit être véritable et non de simple commodité, il doit placer l'auteur devant un danger immédiat et certain soit non hypothétique ou futur¹⁴⁵³. De même, ne justifie pas l'infraction la simple crainte, et non le péril imminent¹⁴⁵⁴. Peu importe la gravité de celui-ci. Le législateur n'impose pas un quelconque degré de dangerosité. Chacun appréciant selon sa personnalité ce que peut être un danger. Ce dernier doit être effectif qu'il soit de nature physique ou morale. Son appréciation est faite largement par les juges. Ce qui importe en revanche, c'est que le comportement adopté par l'agent pénal en réaction, soit proportionnel à la situation de danger vécue. Toute « *disproportion* » comme l'énonce le texte, annule l'irresponsabilité¹⁴⁵⁵. Enfin, la commission de l'infraction doit servir un intérêt supérieur, et constituer le seul moyen à portée permettant « *la sauvegarde d'une personne ou d'un bien* », ce qui fait dire à la coutume : « *De deux maux, on choisit le moindre* ». Les juges ont donc le devoir de comparer la gravité du danger qui aurait pu naître si l'infraction n'avait pas été commise, soit l'intérêt supérieur sauvegardé ; et la dangerosité du préjudice subi ou intérêt sacrifié.

Ceci étant précisé, l'intérêt est de déterminer en quoi l'état de nécessité trouve en ces termes à

1452Crim 25 juin 1958 Affaire LESAGE D. 1958, p 693 ; JCP G 1959 II 10941 note LARGUIER

1453TC Nantes 12 novembre 1956 D 1957 30 JCP 1957 II 10041 note AUSSEL

1454Crim 27 décembre 1961 Bull crim n° 563

1455Crim 25 juin 1958 LESAGE D 1958, p. 693 ; JCP G 1959, II,10941, note LARGUIER

s'appliquer à l'avocat. Quelle raison, quel danger pourrait l'amener à commettre une infraction. Et surtout quelle infraction en particulier.

B - L'état de nécessité et l'avocat

Le concept d'état de nécessité étudié par le prisme de l'activité de l'avocat met en opposition deux principes phares déjà évoqués, à savoir les droits de la défense et le secret professionnel (1). C'est néanmoins les droits de la défense de l'avocat qui prédominent dans certaines conditions sévèrement examinées par le juge (2)

1 - Les droits de la défense face au secret professionnel

401. Le professionnel peut être touché par l'état de nécessité au même titre que n'importe quel individu. C'est un fait justificatif d'application plutôt générale, et non strictement réservé comme l'immunité judiciaire. Pour illustrer cette généralité à titre exemple, il peut être cité le fait pour un salarié d'emprunter - emprunt pourtant assimilé au vol - des documents sur son lieu de travail, afin de constituer son dossier de défense devant les prud'hommes. Cette solution bien que contestée en son temps a fait jurisprudence¹⁴⁵⁶.

402. Réciproquement, l'avocat est concerné par l'état de nécessité, lorsque son propre droit à la défense est menacé. Comme dans l'exemple relatif au conflit prud'homal, c'est le droit à la défense qui légitime un comportement initialement réprimé. Si la mission de l'avocat consiste à assurer la défense de ses clients, certains d'entre eux mécontents n'hésitent pas à remettre en question sa compétence ou sa bonne foi. La difficulté vient du fait que le professionnel n'aura d'autres choix pour se défendre, que d'utiliser les pièces du dossier le liant au client mécontent. Or ces documents sont sous le sceau du secret professionnel qui incombe à l'avocat et auquel il n'est censé déroger.

1456Crim 11 mai 2004 n° 03-85521 - Soc 30 juin 2004 n° 02-41.720

2 - La supériorité des droits de la défense

403. Ce dilemme a trouvé solution grâce aux juges qui estiment « *qu' on ne saurait refuser à qui que ce soit le droit de se défendre, et cette liberté essentielle ne peut être mise en échec par les règles du secret professionnel* »¹⁴⁵⁷. Cette décision date de 1951, soit bien avant la consécration légale de l'état de nécessité ainsi que des faits divers tirés l'ayant mise en exergue. C'est dire s'il était indispensable de reconnaître à l'avocat la nécessité de pouvoir aller au delà du secret professionnel et de pallier cette extrême consistant en un secret absolu, qui enferme voire enlise l'avocat, à son propre désavantage. En effet, « *l'obligation au secret professionnel d'un avocat ne saurait lui interdire, pour se justifier de l'accusation dont il est l'objet et résultant de la divulgation par un client d'une correspondance échangée entre eux, de produire d'autres pièces de cette même correspondance utiles à ses intérêts* »¹⁴⁵⁸. « La jurisprudence autorise donc le professionnel à passer outre le sacro saint secret en précisant que *« les révélations ne peuvent être couvertes par l'état de nécessité que si elles se limitent aux strictes exigences de la défense de l'avocat »*¹⁴⁵⁹ .

404. L'état de nécessité apparaît ainsi comme le fondement nécessaire de la défense. Autre cas ou la compétence mais aussi la bonne foi d'un avocat furent mises en doute : un client produisant des attestations pour montrer qu'il avait déjà réglé les honoraires dues. Ceci put être contesté par le professionnel grâce aux révélations faites concernant la situation matérielle et les activités professionnelles de son ancien client. Il fut relaxé du chef d'accusation de violation du secret professionnel par le TGI de Paris, sur ces termes « *si ces révélations étaient bien couvertes par le secret professionnel, le prévenu doit être exonéré de responsabilité dès lors qu'il n'agit que dans le cadre d'un état de nécessité...il s'est trouvé dans la nécessité de transgresser le secret professionnel pour établir sa bonne foi. Au surplus, il n'a pas dépassé les strictes exigences de sa propre défense client* »¹⁴⁶⁰ . Si les droits de la défense sont reconnues unanimement comme constituant une cause d'un intérêt supérieur légitimant l'entrave au secret professionnel, d'autres thèmes sensibles¹⁴⁶¹, n'ont pu

1457CA Douai 26 octobre 1951 Gazette du Palais 1951 2 425

1458Crim 29 mai 1989 Bull crim n°218, Gazette du Palais 1989 2 884, note DAMIEN

1459Crim 16 mai 2000 Bull crim n°192

1460TGI PARIS 17ème Chambre correctionnelle 26 juin 1998, JurisData n°1998-048082

1461 S'agissant du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse: l'état de nécessité se définit comme la situation dans laquelle se trouve une personne qui, pour sauvegarder un «intérêt supérieur», n'a d'autre ressource que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale; cet «intérêt supérieur» s'apprécie de façon objective; il doit être perçu comme tel par tous; il n'est pas possible à quelques-uns seulement – en raison de conceptions morales ou religieuses particulières – de s'ériger en juges de la valeur des intérêts à défendre et partant, de «l'actualité ou de l'imminence des dangers» contre lesquels «il faut nécessairement agir» TC Le

justifier l'application de l'article 122-7 CP. C'est dire si les droits de la défense représentent un concept fondamental dont l'objet est strictement évalué et encadré.

405. L'article 2.1 du R.I.N et l'article 4 du décret du 12 juillet 2005, reprennent cette expression de « *strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction* ». Les instances professionnelles ont entendu se prononcer à leur tour, sur cette question délicate qui consiste à juger supérieure la cause de l'avocat en lui permettant de divulguer le secret, qui demeure pourtant un principe ancestral et honoré par la profession. De plus, en s'emparant mot pour mot de cette formule, la constatation de la totale admission de la profession en faveur de la solution consacrée, ne fait aucun doute. La profession fonctionne sur le mode d'une autorégulation forte, et n'hésite pas à protester en cas de désaccord avec les autorités judiciaires. Cette solution est ceci dit favorable aux avocats. Que ces derniers aillent à en son encontre serait surprenant, d'autant que la levée du secret dans ce cas précis reste une possibilité offerte à l'avocat, et n'est pas exigée stricto sensu par la loi. Il est d'ailleurs reconnu que « *l'état de nécessité puisse être accueilli au bénéfice du professionnel qui n'a aucun autre moyen de se défendre, mais sans que le recours à cette notion soit systématique* »¹⁴⁶². L'état de nécessité répond à un libre choix de l'individu, contrairement à la contrainte relevant d'une situation qui aboutit à annihiler la volonté de l'individu. S'agissant du critère de danger imminent, un arrêt a reconnu l'état de nécessité à l'avantage d'un avocat poursuivi pour contravention d'accès, circulation ou stationnement irrégulier dans la zone publique d'un aéroport, alors qu'il était intervenu aux fins d'assurer le seul exercice de sa profession en protestation d'une mesure d'expulsion concernant un de ses clients, mesure qui pouvait, à ses yeux, représenter un réel danger, voire un péril imminent¹⁴⁶³.

406. Au regard des critères fixés, ce qui irait au-delà des nécessités évoquées doit être considéré comme fautif¹⁴⁶⁴. Dans ce cas la responsabilité disciplinaire et pénale de l'avocat peuvent être envisagées. L'appréciation des faits et des circonstances de la révélation par l'avocat appartient souverainement aux juges du fond. Le juge doit procéder à une mise en balance des intérêts en jeu, et trouver le bon équilibre entre ce conflit opposant les droits de la défense à la violation du secret professionnel. « *L'ingérence devant se fonder sur un besoin*

Puy-en-Velay 14 mars 1995 Gaz Pal 1995 2 Somm. 326
1462PELTIER (V) « Révélation d'une information à caractère secret », JurisClasseur Pénal, art 226-13 et 226-14, Fasc 30 n°28
1463TP Bayonne, j. prox 16 février 2005 Gaz. Pal 2005 1 1870
1464Pour exemple : l'honneur et la réputation ne peuvent être considérés comme des valeurs supérieures au secret professionnel TGI Anvers 14 juin 2001 revue droit et santé 2004-05 p 128

social impérieux et notamment demeurer proportionnée au but légitime recherché »¹⁴⁶⁵. L'état de nécessité tempère indéniablement le caractère absolu du secret professionnel.

L'avocat étudié via le prisme du droit pénal ne s'illustre pas uniquement que par le biais d'immunités. Il peut également engager sa responsabilité pénale et être passible de sanctions. Force est de constater que même dans le cadre de l'application des peines, il existe parfois des régimes particuliers. Des spécificités reconnues, et liées aux singularités qui caractérisent les missions de l'avocat. Ceci est vérifiable au travers de l'étude des sanctions encourues en cas de responsabilité pénale de l'avocat.

1465CEDH Niemitzc/ Allemagne16 décembre 1992 n° 13710 /88

Section II – LES SPECIFICITES DU DROIT PENAL ET DES SANCTIONS ENCOURUES À L'ENCONTRE DE L'AVOCAT

L'avocat s'exposant pénalement pourra être amené à subir entre autre, des sanctions d'ordre pénal. Se rangeant dans ce cas au même titre que n'importe quel agent pénal, le professionnel se voit dès lors appliquer les dispositions contenues dans le Code pénal, sans nulle exception. C'est à dire des mesures punitives imposées par les juridictions répressives. Parmi celles ci, des sanctions trouvent un écho particulier. C'est le cas de l'interdiction de l'exercice professionnel. Plus précisément comme consacrée par le législateur, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou une activité professionnelle ou sociale, ainsi que l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler, à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale .

Ces mesures sont des peines privatives ou restrictives de droit, elles sont encourues pour un certain nombre d'infractions définies dans le Code pénal, à l'encontre des personnes physiques ou morales (§1) .Au delà de l'aspect pénal proprement dit, cette mesure d'interdiction revêt incontestablement des airs de sanction disciplinaire. En effet, qui mieux que l'instance professionnelle qui a pour rôle de réguler la profession pourrait prononcer une interdiction touchant à l'exercice même de celle ci ? Bien qu'indépendantes et existant l'une à coté de l'autre en toute autonomie, responsabilité pénale et disciplinaire ont des liens et s'entrecroisent. L'interdiction d'exercer qu'elle soit durable ou limitée dans le temps, permet d'établir la jonction entre ces deux types de responsabilité (§2)

Paragraphe I L'interdiction d'exercer l'activité professionnelle

Cette interdiction peut être de portée générale (A) ou plus spécifique lorsqu'appliquée à l'encontre de l'avocat (B)

A - L' interdiction d'exercer en général

Afin de mieux appréhender la notion, il convient d'en préciser ces caractéristiques (1), puis d'examiner son régime d'application (2)

1 - Les caractéristique de l'interdiction d'exercer

407. L'interdiction d'exercer est une pratique non récente utilisée en droit romain sous le terme « *d'infamie* »¹⁴⁶⁶, elle découlait de plein droit d'une condamnation. Pourtant au XXe siècle, le droit français ne connaissait que très peu de déchéances professionnelles. De même, l'ancien Code pénal ne proposait que l'interdiction d'exercer une fonction publique¹⁴⁶⁷, celle de la profession médicale¹⁴⁶⁸, ou bien le retrait de licence d'exploitation de débit de boisson. Ce n'est qu'au milieu du XXe siècle que certaines déchéances professionnelles sont apparues à la suite de scandales financiers. A la définir selon SCREVENS, une telle mesure serait une « *prohibition provisoire ou définitive d'exercer une ou plusieurs professions...en cas de violation graves de devoirs ou usages moraux* »¹⁴⁶⁹. Les devoirs peuvent renvoyer au droit pénal, les usages moraux davantage à ce qui touche à la matière disciplinaire. Du fait de ce rattachement à une double nature, l'interdiction peut émaner d'un texte législatif ou réglementaire, en d'autres termes l'interdiction d'exercer peut avoir une nature pénale ainsi qu'être prononcée à titre disciplinaire.

408. Le but de l'interdiction d'exercer est très clair, il consiste en la moralisation d'un milieu professionnel, et correspond à la volonté de punir ou prévenir de l'état de récidive. L'interdiction intéresse les intérêts du groupe lésé, puisque elle va venir « l'assainir » en

1466 CARABASSE in PRIETO (M) « *L' interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale* » Thèse Tours 2005 p54

1467 Article 175, 187 et 197 de l'ancien Code pénal

1468 Article 317 de l'ancien Code pénal

1469 SCREVENS (R) « *Le système légal des interdictions professionnelles comme sanction pénale* » RDPC 11/1965 p26 in PRIETO (M) précité

écartant l'individu douteux. Mais cette mesure n'en demeure pas moins être une interdiction personnelle puisqu'elle atteint un sujet « *dans un élément de son statut social, la profession, c'est à dire l'activité lui procurant son moyen de subsistance* »¹⁴⁷⁰. Le lien de connexité entre l'acte réprimé et l'exercice de l'activité interdite, permet de garantir que l'utilisation de cette mesure soit faite à bon escient, c'est à dire la limiter uniquement à la profession concernée. Cette jonction renforce également la fonction préventive en empêchant qu'un nouveau méfait soit commis. La récidive est donc traitée.

409. L'interdiction se justifie par la commission de faits fautifs d'un individu aux qualités morales et à l'honorabilité douteuse. Elle renvoie à l'idée d'une sanction appliquée car nécessaire au cas concerné puisque des comportements fautifs ont été observés. Il faut garder à l'esprit comme le souligne PRIETO dans sa thèse, que l'exercice de la profession conférant certaines prérogatives, les détourner de leur utilisation normale pour servir des intérêts personnels (dans le cas de l'avocat) est au yeux de la société intolérable. La sévérité de la sanction est donc légitime car à la hauteur de la gravité des faits constituant un abus de la profession. Ainsi, l'interdiction en matière pénale est souvent une peine, même si elle présente aussi un caractère préventif. En matière disciplinaire elle revêt un aspect répressif marqué, elle peut aussi constituer une mesure de sureté¹⁴⁷¹, et être d'intérêt public.

2 - Le régime d'application

410. L'interdiction de l'activité professionnelle est prévue par les dispositions de l'article 131-27 al 1 du CP¹⁴⁷², dans sa version issue de la loi n°2008-776 du 4 août 2008, dite loi de modernisation de l'économie ou LME. L'instauration de cette mesure redoutable s'est faite par touche successive et concerne d'autres domaines à coté du droit pénal. Selon l'article 131-28 CP, l'interdiction professionnelle peut porter « *soit sur l'activité professionnelle dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit sur toute autre activité professionnelle ou sociale définie par la loi qui réprime l'infraction* ». Elle se légitime par le souhait d'ôter « les indésirables » d'une profession qui nuisent à sa

1470PRIETO (M) « *L'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale* » Thèse Tours 2005 p20

1471PRIETO (M) Thèse précitée p 28

1472Article 131-27 al 1 cp « *Lorsqu'elle est encourue à titre de peine complémentaire pour un crime ou un délit, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer une activité professionnelle ou sociale est soit définitive, soit temporaire ; dans ce dernier cas, elle ne peut excéder une durée de cinq ans* ». La loi a été modifiée le 6 décembre 2013 mais pour ce qui concerne les dispositions relatives à l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle.

réputation, en altérant le lien de confiance avec le non initié. A coté, l'article 131-10 CPP détermine les peines complémentaires, visant celles emportant « *interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit* ». L'article 132-21 alinéa 2 du même Code, prévoit pour sa part le relèvement des peines accessoires, et vise aussi les « *interdictions, déchéances et incapacités quelconques, qui résultent de plein droit d'une condamnation* ». Par ailleurs, pour les infractions en matière douanière et fiscale, le tribunal peut, à titre de peine complémentaire, interdire temporairement ou condamner d'exercer directement ou par personne interposée, pour son compte ou le compte d'autrui, toute profession industrielle, commerciale ou libérale, selon l'article 1750 du Code général des impôts. L'interdiction d'exercer relève donc de plusieurs régimes dans la mesure où elle peut être prononcée comme peine principale, complémentaire¹⁴⁷³, peine substituée, mais aussi comme peine alternative ou de substitution.

411. L'interdiction professionnelle accompagne en complément les sanctions prises en cas d'abus de confiance, de faiblesse, mais aussi en cas de violation du secret professionnel¹⁴⁷⁴, d'atteinte au secret des correspondances¹⁴⁷⁵, de blanchiment, corruption ou encore recel de choses. Infractions qui pour certaines, peuvent directement concerner l'avocat dans le cadre de ses activités. L'interdiction frappe potentiellement le professionnel dans le cas d'atteintes à la personne¹⁴⁷⁶, « *dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise* ». De même que les atteintes à l'Etat, la nation ou la paix publique. Le non-respect d'une interdiction d'exercer une fonction ou une activité professionnelle ou sociale est sanctionné pénalement. Bien que peine sévère et aux conséquences irrémédiables étant donné dans certains cas son caractère définitif¹⁴⁷⁷, l'interdiction d'exercer a été jugée comme étant

1473A titre de peine complémentaire, ce sont les articles 131-27 à 131-29 du Code pénal qui prévoient l'interdiction, sauf cas de texte spéciaux comportant un régime dérogatoire

1474Article 226-13, 226-14 et 226-31 2° CP

1475Article 226-15 et 226-31 2° CP

1476Article 211-1 à 212-3 et 213-1 5° cp crimes contre l'humanité, Article 214-1 à 214-4 et 215-1 6° crimes contre l'espèce humaine, Article. 221-1 à 221-4 et 221-8 1° cp meurtre, Article. 221-3 et 221-8 1° cp assassinat, Article. 221-6 et 221-8 1° cp homicide volontaire, Article 222-7 à 222-14-1 et 222-44 1° cp violences, Article. 222-16 et 222-44 1° cp agressions sonores ou appels téléphoniques malveillants, Article. 222-17 à 222-18-2 et 222-44 1° cp menaces, Article. 222-23 à 222-26 et 222-44 1° cp viol, Article. 222-27 à 222-31-1 et 222-44 1° cp agressions sexuelles, Article. 222-34 à 222-43-1 et 222-44 1° cp trafic de stupéfiants

1477Ass Plen 22 novembre 2002 Jurisdata N°2002-016547 et Article 131-6 11e cp « *l'interdiction pour une durée de 5 ans ou plus, d'exercer une activité professionnelle ou sociale dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction* » pour peine alternative en matière correctionnelle. A titre de peine complémentaire : L'interdiction est définitive ou provisoire dans les cas prévus aux articles 312-3 à 312-7 et pour une durée de cinq ans ou plus, dans les cas prévus aux articles 312-1, 312-2 et 312-10. Tel est le cas également pour les infractions de mise à disposition frauduleuse d'un immeuble à usage d'habitation, recel et infraction assimilée, destruction, dégradation ou détérioration. L'interdiction est définitive ou provisoire dans les cas prévus aux articles 322-6 à 322-10 et pour une durée de cinq ans ou plus dans les cas prévus aux articles 322-1, 322-2, 322-3, 322-3-1, 322-5, 322-12, 322-13 et 322-14 du CP. Pour le blanchiment l'interdiction est définitive ou provisoire dans le cas prévu à l'article 324-2 et pour

conforme à la CEDH, et n'est à ce titre ni inhumaine, ni dégradante¹⁴⁷⁸. Les déchéances professionnelles n'ont pas être motivées par le juge, en application du principe selon lequel aucune disposition légale n'impose au juge de motiver le choix d'une peine autre que l'emprisonnement sans sursis. La seule exigence est le lien de connexité avec l'activité professionnelle, c'est à dire l'établissement d'un lien entre l'infraction constatée et l'activité prohibée. Aussi, il ne saurait être reproché à une juridiction de ne pas avoir motivé le choix d'une peine d'interdiction¹⁴⁷⁹.

Jusqu'à la loi du 4 janvier 1993¹⁴⁸⁰, l'interdiction d'exercer la profession d'avocat n'était pas distincte des autres interdictions professionnelles. L'interdiction d'exercer prononcée à l'encontre de l'avocat présente dorénavant certaines spécificités, permettant au professionnel de bénéficier d'une protection spécifique.

B - L' interdiction d'exercer appliquée à l'encontre de l'avocat

Il convient de préciser quelles sont les conditions d'une telle interdiction (1) puis les exceptions de procédure applicables (2)

1 - Les conditions inhérentes à l'interdiction

412. Si le lien de connexité n'est pas exigé pour l'interdiction d'exercer une fonction publique ou une fonction de direction, d'administration, de gestion ou de contrôle d'une entreprise ou d'une société commerciale, tel n'est pas le cas pour l'interdiction d'exercer une activité professionnelle conformément à l'article 131-28 CP¹⁴⁸¹. Ainsi, un avocat qui avait été condamné pour complicité de faux et usage de faux, reprochait aux juges du fond de l'avoir condamné à une interdiction d'exercice de sa profession alors qu'il ne ressortait pas des constatations de l'arrêt de condamnation que c'était dans l'exercice de celle-ci qu'il avait

une durée de 5ans ou plus, dans celui prévu à l'article 324-1. De même, en cas d'escroquerie l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle peut être prononcée.

1478Crim 21 janvier 2004 Jurisdata n°2004-022340 ; Revue DP 2004 Comm. 87 note ROBERT (J-H)

1479Crim 31 janvier 2007 Bull crim 2007 n°26 : concernant en l'espèce des interdictions relatives aux droits civils, civils et aux droits de la famille

1480Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, JO 5 janvier. 1993

1481Article 131 – 28 CP « *L'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale peut porter soit sur l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, soit sur toute autre activité professionnelle ou sociale définie par la loi qui réprime l'infraction* »

commis les faits qui lui étaient reprochés. La chambre criminelle a rejeté le pourvoi au motif que les faux ont été réalisés par l'expert-comptable de son cabinet professionnel sur ses instructions, de sorte que les faits de complicité ont bien été commis à l'occasion de l'exercice de sa profession d'avocat¹⁴⁸². Cet élément indispensable pour justifier le prononcé de l'interdiction professionnelle de l'avocat, était bien constaté en l'espèce. Le professionnel est sanctionné dans la mesure où l'infraction a été commise dans l'exercice de la profession et que les comportements visés sont en opposition avec les valeurs de la profession. Ainsi, l'interdiction est encourue en cas de manœuvres contraires à la loyauté, la délicatesse et la probité exigées d'un avocat. Tel est le cas d'un avocat sanctionné par deux ans d'interdiction pour s'être fait remettre en guise d'honoraires, hors toute rigueur comptable et déontologique, un véhicule automobile de la part de ses clients. Les juges ont estimé qu'il s'agissait d'un comportement mettant en évidence « *une confusion entre relations professionnelles et relations d'affaires ou amicales qui aboutit à dénaturer l'éthique et la fonction de l'avocat (...), qui constitue un manquement grave aux obligations déontologiques de l'avocat comme contraire à la dignité, à la probité et au principe d'honneur, de loyauté et de délicatesse visé à l'article 3 du décret du 12 juillet 2005* »¹⁴⁸³. Les relations amicales entretenues entre l'avocat et son client,¹⁴⁸⁴ ne peuvent primer sur les règles professionnelles qui commandent, entre autre, à l'avocat de conserver son indépendance¹⁴⁸⁵.

413. Autre exemple où l'avocat avait exercé des pressions sur un témoin pour l'influencer, il fut interdit d'exercice pendant deux mois¹⁴⁸⁶. De même, le fait pour une avocate de cumuler des comportements inadaptés et de ne pas tenir compte des décisions de sanction en résultant. prononcées dans un laps de temps relativement court (entre 2010 et 2013), tout en continuant à se comporter avec « *une désinvolture tout à fait inquiétante* » justifie une interdiction temporaire d'exercer. En l'espèce, il lui était reproché une non réponse au Bâtonnier, les faits poursuivis relevant de l'indélicatesse, du manquement à l'obligation de probité, de la soustraction à l'obligation légale du contrôle de comptabilité, « *ce qui revêt une particulière gravité dans la mesure où elle interdit à l'Ordre des Avocats dont elle dépend d'exercer sa mission de contrôle de comptabilité ce qui fait peser un risque sur l'ensemble de la communauté des avocats de ce Barreau, en termes d'image et d'éventuelle*

1482Crim 14 janvier 2009 n° 08-82.539

1483CA Versailles 26 mars 2015, n° 14/05065

1484CA Paris, 10 avril 2014, n° 13/15463, note De BELVAL (B) « *Déontologie, amitié, et confusion générale* » : Gaz. Pal. 13 décembre 2014, p. 18, n° 205

1485ASSIER – ANDRIEU (dir.), « *L'indépendance des avocats, le long chemin vers la liberté* », Dalloz 2015.

1486Civ 1ere 10 septembre 2014, n° 13-22400

responsabilité »¹⁴⁸⁷. La qualité d'avocat entre indéniablement en compte lors de la prise de décision à son encontre, c'est pourquoi, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui pour prononcer l'interdiction définitive d'exercer la profession d'avocat avait relevé *« la particulière gravité du comportement de F.D. ; qu'à l'époque, avocat de profession, il se devait d'être d'une intégrité à toute épreuve, les considérations d'ordre matériel ne devant pas l'emporter sur l'éthique déontologique; qu'en raison des agissements conscients de F.D., de sa personnalité et au regard des faits établis à son encontre, il conviendra de modifier la peine d'emprisonnement avec sursis prononcée par les premiers juges en constatant également l'impact défavorable des actions de F.D. tant sur le Barreau que vis-à-vis des justiciables et ce, en violation du serment qu'il a prêté et de la mission dont il a été investi »*¹⁴⁸⁸. La Cour a également retenu que le mensonge ayant constitué l'infraction était *« conforté par le fait que les négociations étaient dirigées par Me Z qui, de par sa présence et la mise à disposition de ses locaux, conférait un crédit indéniable à ces réunions »*¹⁴⁸⁹.

414. De même, les juges ont rejeté un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt rendu par une Cour d'appel qui avait notamment prononcé à titre de peine complémentaire celle d'interdiction d'exercice de la profession à l'encontre d'une avocate déclarée coupable d'usage de faux et escroquerie en bande organisée, estimant qu'elle avait usé de sa qualité d'avocat pour apporter une caution de sérieux à l'opération, d'autant plus que les contrats litigieux étaient signés à son cabinet¹⁴⁹⁰. La confraternité peut également être évoquée à côté de l'obligation de loyauté. Tel est le cas d'un arrêt récent, ou pour prononcer une interdiction d'exercer pendant 2 ans, le conseil en relevant l'interruption des paiements pour le rachat de parts sociales résultant d'un protocole transactionnel entre deux avocats d'un même cabinet, signé sous l'égide du Bâtonnier, évoque *« u n manquement à la loyauté et à la confraternité d'autant plus caractérisé »*¹⁴⁹¹.

1487DECISION DU CONSEIL DE DISCIPLINE DES BARREAUX DE LA COUR D'APPEL DE BORDEAUX du 24 avril 2014 in <http://conseil-regional-discipline-des-avocats-cour-appel-bordeaux.fr>

1488Crim 11 janvier. 2001, n°00-80.225 L'avocat fut déclaré coupable de complicité de faux et usage et condamné à une peine de deux ans d'emprisonnement avec sursis, 20 000 francs d'amende, 5 ans d'interdiction des droits civiques, civils et de famille et à l'interdiction définitive d'exercer la profession d'avocat

1489Crim. 25 janvier. 2006 n°05-82.626

1490Crim. 11 octobre 2006 n°05-87713, L'avocate fut pénalement condamnée à une peine de 3 ans d'emprisonnement avec sursis et une interdiction professionnelle définitive. Elle a également fait l'objet d'une radiation prononcée par la Cour d'appel : CA PARIS 1ère Ch. Section F du 20 déc. 2007, n°07-07839, confirmant l'autonomie du droit disciplinaire par rapport au droit pénal en considérant « qu'il appartient en effet à la juridiction ordinale d'apprécier les suites disciplinaires d'un comportement pénalement répréhensible de l'un des membres du Barreau sans se limiter à en prendre acte »

1491CA Versailles 26 mars 2015 R.G. n° 14/05065

415. En dépit d'absence d'obligation de motivation, force est de constater que la peine prononcée est très souvent justifiée par les devoirs particuliers du professionnel. Ceux qu'il doit observer du fait de sa déontologie. La probité principe essentiel de la profession, justifie dans de nombreux cas le prononcé d'une interdiction, car elle est une vertu que l'avocat ne peut ignorer dans l'exercice de ces mission, conformément au serment prêté¹⁴⁹². Les juges considèrent que la profession d'avocat est « *consubstantielle à l'Etat de droit, et à toute organisation judiciaire, ce qui implique de la part de celui-ci une probité parfaite, une pratique professionnelle irréprochable et une vie privée empreinte de dignité* »¹⁴⁹³. L'influence de la déontologie est manifeste. L'avocat n'est ni un particulier, ni même un professionnel lambda. Sa profession l'isole et fait de lui un individu à part face au juge, démontrant ainsi l'existence d'un droit pénal spécial. Il bénéficie à ce titre d'une protection au titre des droits de la défense, celle ci ne valant pour aucune autre profession libérale¹⁴⁹⁴, mais d'un autre coté, les infractions qu'il commet peuvent être plus sévèrement sanctionnées.

416. En outre, la chambre criminelle juge que l'interdiction faite à un avocat de se rendre dans des lieux situés hors du Barreau où il est inscrit, ne constitue pas une mesure s'assimilant à l'interdiction d'exercer la profession d'avocat¹⁴⁹⁵. Il s'agissait en l'espèce d'un avocat inscrit au Barreau de Paris exerçant une activité dominante en droit des étrangers, mis en examen notamment du chef d'infraction à la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers en bande organisée, soumis à l'interdiction de se rendre dans les départements de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne. MARTIN¹⁴⁹⁶ souligne que les obligations telles que « *ne pas sortir de certaines limites territoriales, remettre son passeport, s'abstenir d'entrer en relation avec le co-mis en examen (souvent son client), les victimes, les témoins, se présenter régulièrement au commissariat de police* », si elles ne constituent pas une mesure d'interdiction, ont pour conséquence de mettre l'avocat dans l'impossibilité d'exercer.

1492« *Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité* »

1493Crim. 14 janvier 2009, n°08-82.539, Gaz. Pal. 20 et 21 mai 2009, note J-G. M., pour l'auteur : « *En quelques lignes, la Haute Cour résume en termes élevés les devoirs de l'avocat en raison de son état, et également de la place qu'il occupe dans sa fonction consubstantielle à l'Etat de droit et à toute organisation judiciaire. C'est à notre connaissance la première fois que la Cour de cassation s'exprime ainsi pour préciser le rôle de l'avocat et les devoirs et obligations en découlant* »

1494Le médecin même exerçant en libéral n'est pas concerné par cette protection : ADER (H) - DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* » Dalloz 20008 – 2009 n°85 et suivant

1495Crim 9 mars 2011 n° 10-88.756 Bull. crim. 2011 n° 51

1496MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Pratique Professionnelle Litec 9e édition 2005- 2008

2 - Les exceptions de procédure

417. La loi du 4 janvier 1993¹⁴⁹⁷ et celle du 15 juin 2000¹⁴⁹⁸ ont modifié sensiblement l'article 138 du CPP en retirant au juge d'instruction le pouvoir d'interdire à un avocat l'exercice de sa profession. Désormais, il appartient au seul Conseil de l'Ordre, saisi au préalable par le juge d'instruction, de prononcer cette mesure de suspension provisoire à charge d'appel. L'intérêt pour le législateur était de sauvegarder les droits de la défense, en opérant le transfert de compétence du juge d'instruction vers le Conseil de l'Ordre. Ce changement fut mal accueilli par les juges, pour qui « *l'autonomie d'un magistrat instructeur lors de l'information ne saurait être subordonnée à celle d'une mesure d'instance disciplinaire professionnelle* »¹⁴⁹⁹. Une Cour d'appel à l'appui de cette décision précisait que « *le Conseil de l'Ordre, saisi en application de l'article 138-12° du Code de procédure pénale, n'a pas vocation à apprécier l'opportunité de cette interdiction et, par voie de conséquence, celle de la suspension provisoire prévue à l'article 23 de la loi du 31 décembre 1971 ; il est placé, au contraire, dans un cas de compétence liée qui l'oblige à appliquer cette disposition légale ayant pour but d'assurer la cohérence entre la décision pénale et la décision ordinale* »¹⁵⁰⁰. De telles décisions *contra legem* ne pouvaient qu'inquiéter la profession, pour qui la loi du 4 janvier 1993 à l'instar de la loi du 15 juin 1982 relative au délit d'audience, devait « *protéger l'avocat contre l'arbitraire du juge toujours possible* »¹⁵⁰¹. Parallèlement, la garde des sceaux confirmait son souci de préserver les garanties nécessaires à l'exercice des droits de la défense lors d'une question qui lui adressée à l'Assemblée nationale¹⁵⁰². C'est dans ces conditions que l'article 138 al 2 12° CPP fut revu par le législateur. Malgré la nouvelle rédaction issue de la loi du 15 juin 2000, les juges se fondant sur les dispositions de l'article 149 du CPP, considéraient que le pouvoir de suspension appartenait exclusivement aux juridictions d'instruction¹⁵⁰³. La Cour de cassation mit fin à la

1497Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, JO 5 janvier. 1993

1498Loi n°2000-516 sur la présomption d'innocence et les droits des victimes, JO 15 juin 2000

1499Crim. 22 oct. 1997, n°97-84.243, Juris-Data n°1997-004358 ; Bull. Crim. 1997, n°346, p.1149 ; Gaz. Pal. 1998, 2, p.533, note DESURMONT (C) ; JCP G 1997 n°51, IV, n°2485, p.394 ; D. 1998 n°1, IR, p.5 ; Proc. 1998, comm.. 48, obs. BUISSON (J)

1500CA BORDEAUX 1er décembre 1998, Juris-Data n°1998-113745

1501ADER (H) – DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* » Dalloz Action 2008-2009 n°85.00

1502Question écrite n°29533, JO Assemblée Nationale 29 novembre. 1999 ; Question écrite n°16599, JO Sénat 2 décembre.1999

1503CA Paris 4 juillet. 2001 (2 espèces), Juris-Data n°2001-156653 et 2001-156475 ; Gaz Pal 9 septembre 2001, p. 22, note DAMIEN (A); JCP G 2001 47 II 10627 note MARTIN (R) : « *Le Conseil de l'Ordre est-il compétent pour ordonner main-levée de l'interdiction d'exercer qu'il a prononcée sur saisine du juge d'instruction ?* ».

polémique, en précisant au visa des articles 138 alinéa 2-12¹⁵⁰⁴ et 139 du Code de procédure pénale dans leur rédaction issue de la loi du 15 juin 2000 et de l'article 23 de la loi du 31 décembre 1971, « *qu'il résulte de la combinaison de ces textes que le Conseil de l'Ordre, saisi par le juge d'instruction, a, seul, le pouvoir de prononcer à l'encontre d'un avocat qui fait l'objet d'un placement sous contrôle judiciaire une mesure de suspension provisoire de l'exercice de sa profession ainsi que d'y mettre fin* »¹⁵⁰⁵. De lege lata, la suspension provisoire qu'elle soit prononcée en matière pénale ou disciplinaire, est de la compétence du conseil de l'ordre¹⁵⁰⁶. En revanche, s'agissant de la mesure du maintien du contrôle judiciaire, le monopole du juge d'instruction reste intact¹⁵⁰⁷ en application de l'article 179 du CPP.

418. La durée des interdictions de l'article 131-27 du CP est variable : il s'agit soit d'interdictions définitives¹⁵⁰⁸, soit d'interdictions temporaires d'une durée légale maximale de cinq ans, pour l'interdiction d'exercice d'une activité professionnelle ou sociale ou d'une fonction publique, ou dix ans pour l'interdiction d'une profession commerciale ou industrielle et l'interdiction de diriger, administrer, gérer ou contrôler une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale¹⁵⁰⁹. De plus, s'agissant de la durée de la peine d'interdiction d'exercer une profession sur celle de l'interdiction découlant des obligations liées au contrôle judiciaire, les juges ont précisé que si l'article 471 du CPP sur la détention provisoire sur la peine est prononcée par la juridiction de jugement, ce mécanisme ne s'applique pas aux obligations qui découlent du contrôle judiciaire. Dans une arrêt rendu le 22 octobre 2008¹⁵¹⁰, il fut rappelé « *qu' aucune disposition légale ou conventionnelle n'impose*

1504Article 138 al. 2-12° CPP : « *Le contrôle judiciaire peut être ordonné par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention si la personne mise en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnelle ou une peine plus grave. Ce contrôle astreint la personne concernée à se soumettre, selon la décision du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, à une ou plusieurs des obligations ci-après énumérées...« Ne pas se livrer à certaines activités de nature professionnelle ou sociale, à l'exclusion de l'exercice des mandats électifs et des responsabilités syndicales, lorsque l'infraction a été commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ces activités et lorsqu'il est à redouter qu'une nouvelle infraction soit commise. Lorsque l'activité concernée est celle d'un avocat, le Conseil de l'Ordre, saisi par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, a seul le pouvoir de prononcer cette mesure à charge d'appel, dans les conditions prévues à l'article 24 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ; le Conseil de l'Ordre statue dans les quinze jours »*

1505Crim 15 mai 2002, n°02-81.116, Bull. Crim n°113 p 400 ; D. 2002, IR 1957 ; Gaz. Pal. 2002, jp 1071 - Civ. 1ère 22 mai 2002 n°01-13.116 ; Bull. Civ I n°137 ; JCP 2002 I 172 n°23, obs MARTIN (R) .

1506CA Montpellier 25 novembre. 2014, n° 1140/2014

1507Crim. 21 janvier 2004, n°03-86.358 Juris-Data n°2004-022244 ; Bull. Crim. 2004 n°16 JCP 2004 IV 1486 D 2004 IR 539 ; D 2005 pan. 686, obs. PRADEL (J)

1508Crim 6 août 2006 : Bull. crim. 2006, n° 302 ; DP 1996, comm. 268, obs Robert (J-H) – Crim 5 août 1998 : DP 1999, comm. 42, obs Robert (J-H)

1509Alors que l'interdiction temporaire d'exercer encourue par un notaire à titre de sanction disciplinaire est conforme à la Constitution , bien que la loi ne prévoit pas de durée maximale d'application de cette peine Cons. const. 28 mars 2014 n° 2014-385 QPC : JO 30 p 6202

1510Crim 22 octobre 2008, n° 07-88.111, inédit

d'imputer sur la durée de cette peine complémentaire l'interdiction de même nature ordonnée au titre du contrôle judiciaire, qui n'a pas les caractères d'une peine... ». En l'espèce, les prévenus avaient été condamnés, entre autres, à une interdiction de cinq ans d'exercer toute activité professionnelle. Ils avaient déjà été contraints de respecter une telle interdiction dans le cadre du contrôle judiciaire auquel ils avaient été astreints au titre de l'article 138, 12° CPP. Ils refusaient donc la condamnation, estimant que le principe de la légalité criminelle s'opposait au prononcé de deux peines de même nature, et que, dans la mesure où la peine nouvellement prononcée ne pouvait excéder cinq ans, la durée de l'interdiction déjà exécutée pendant une année devait s'imputer sur celle de la peine prononcée. Cette solution est classique¹⁵¹¹, s'appuyant sur la différence de nature des mesures, l'une étant une peine, l'autre pas. Elles ne pouvaient donc avoir des conséquences l'une sur l'autre.

419. Par ailleurs, la Cour de cassation¹⁵¹² par une décision disant n'y avoir lieu à renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil, s'est prononcée sur l'articulation de l'article 131-27 CP - prévoyant de façon générale la peine d'interdiction d'exercer une activité professionnelle - aux dispositions spéciales par lesquelles cette peine est encourue pour une infraction en particulier. En l'espèce, les requérants se prévalaient de la non conformité des articles 223-15-3 du CP texte spécial et 131-27 du CP texte général, aux articles 8 et 16 de la DDHC ; car ces textes n'interdisent pas que la peine puisse être prononcée deux fois pour les mêmes faits par les juridictions disciplinaires et pénales. Deux années plus tôt, la Cour avait déjà eu l'occasion de juger non sérieuse cette question au motif que l'article 131-27 CP fixe la durée de la peine d'interdiction d'exercer une activité professionnelle, susceptible d'être prononcée sur le fondement d'autres textes, et ne prévoit pas directement la possibilité pour les autorités juridictionnelles de prononcer cette peine¹⁵¹³. Le 19 juin 2013, la chambre criminelle reprit mot pour mot ce motif. L'article 131-27 du CP étant un texte général prévoyant les durées maximales de la peine d'interdiction professionnelle, il ne peut à lui seul fonder le prononcé d'une peine et doit nécessairement être adossé à une disposition spéciale qui, dans l'affaire ayant donné lieu à la question prioritaire de constitutionnalité, était l'article 223-15-3 du CP prévoyant que l'infraction d'abus de faiblesse est passible, à titre de peine complémentaire, d'une interdiction professionnelle pour une durée de cinq ans au plus.

1511CA Paris 28 mars 1973 JCP G 1974 II 17594

1512Crim 19 juin 2013 n° 12-87.558

1513Crim 26 janvier 2011 QPC n° 10-85.340

420. S'agissant de l'exécution de l'interdiction, il faut attendre la fin de la sanction pénale, pour que la peine disciplinaire de un an d'interdiction temporaire le soit à son tour¹⁵¹⁴. Il est compréhensible que ce régime d'application des peines sonne comme un cumul inapproprié pour les concernés. Les deux sanctions ayant pour conséquence de rallonger l'interdiction, et de les soumettre à toute abstention d'actes de la profession et actes bénéficiant du monopole légal, comme revêtir la robe, recevoir la clientèle, l'assister, la représenter, ou encore participer à l'activité des organismes professionnelles¹⁵¹⁵. La jurisprudence admet également le retrait du titre d'avocat sur l'en tête du papier courrier¹⁵¹⁶. Par contre, le professionnel peut continuer à se rendre à son cabinet et travailler sur ses dossiers, dans le respect des interdictions prescrites¹⁵¹⁷, sans quoi il commet une nouvelle faute et s'expose à de nouvelles sanctions¹⁵¹⁸. Par ailleurs, la juridiction pénale a la possibilité de se prononcer sur une interdiction professionnelle dans la limite de cinq ans, ce qui dépasse la compétence des Conseils régionaux de discipline, puisque celle-ci ne peut qu'envisager une interdiction maximale de trois ans. Au-delà elle prononcera la radiation¹⁵¹⁹.

421. En dépit des diverses interdictions et abstentions énoncées, il ne faut conclure à une disparition de la qualité d'avocat, même temporaire. En effet, si de nouveaux faits imputables au professionnel sont constatés durant la période d'interdiction, il devra en répondre. Il reste donc soumis quoi qu'il en soit, à la discipline de la profession durant sa peine¹⁵²⁰. L'interdiction prend effet dès la notification régulière¹⁵²¹ de celle-ci par l'autorité compétente, c'est à dire le procureur ou le Conseil de l'Ordre.

La sanction pénale se révèle parfois quasi disciplinaire lorsqu'elle a une vocation professionnelle comme la suspension lors du contrôle judiciaire. Mais la sanction disciplinaire peut elle aussi revêtir un caractère répressif marqué. Ces apparentes similitudes témoignent de l'existence de véritables interactions entre droit pénal et disciplinaire

1514Civ 1ere 17 mai 1988 n° 86 15 067 Bull civ I n° 145

1515CA Paris 23 mai 2013 Dalloz avocats 2013 269

1516Civ 1ere 1er décembre 2011 JCP 2012 387 n°14obs BOLZE

1517Grenoble 31 janvier 1986 D 1987 Somm 105 obs BRUNOIS

1518Nancy 4 avril 1979 Gaz Pal 1979 2 289 note DAMIEN

1519Crim 9 avril 2015, n° 13-86 112 in www.yvesavril.com

1520Civ 1ere 4 juin 2005 Bull civ I n° 1 ; D 2005 IR 166

1521Civ 1ere 4 novembre 1980 n°79 13 391 Bull civ I n° 280

Paragraphe II - Les interactions entre droit pénal et droit disciplinaire

Les interférences entre ces deux matières signent l'existence d'un rapprochement (A) un auteur n'hésite d'ailleurs pas à évoquer les « *relations incestueuses* »¹⁵²² qui les lient. Il existe néanmoins une certaine autonomie entre elles (B)

A - La confrontation entre droit pénal et droit disciplinaire

Il est possible de rapprocher ces deux matières en relevant des fondements communs (1) ainsi que la soumission du droit disciplinaire à l'instar du droit pénal à des principes de valeur constitutionnelle (2)

1 - L'existence de fondements communs

422. Le droit pénal et le droit disciplinaire ont en commun de réprimer des comportements jugés contraires aux intérêts qu'ils défendent, et commis par les membres de la communauté qu'ils protègent. La société en général pour ce qui est du droit pénal, la communauté professionnelle pour ce qui concerne le droit disciplinaire. Cet objectif commun passe également par le partage de ce qui peut constituer ces manquements. Ainsi, la répression disciplinaire en plus de sanctionner des manquements à la déontologie de la profession, peut aussi s'exercer sur la base de contraventions à la loi et aux règlements, conformément à l'article 183 du décret du 27 novembre 1991. Ces contraventions ont pourtant un caractère autonome et se distinguent du manquement aux règles professionnelles. Ainsi, en étant condamné pour outrage à agent de la force publique, un avocat commet une contravention aux lois et règlements¹⁵²³. C'est aussi le cas pour un professionnel volant des bouteilles de spiritueux dans un supermarché¹⁵²⁴. Il s'agit tant de faits reconnus et sanctionnés par le droit pénal, que d'agissements relevant de fautes à caractère disciplinaire. L'appréciation des comportements sanctionnés tombent tant sous le coup du droit pénal que du disciplinaire. Même si l'action publique est exercée par le ministère public au nom de la société et que l'action disciplinaire l'est par le Bâtonnier, ces deux sont fondées sur la notion de répression et

1522Rafael Encinas de Munagorri: « *Les sources positives de la déontologie* » RTD Civ. 2007 p. 67 sous CE 15 nov. 2006, req. n° 283475, 284964 et 285065

1523Civ 1ere 20 octobre 1992 n°91-10966

1524Civ 1ere 12 avril 1983 n°82-12.517 Bull civ I n°114, Gaz pal 1983 2 436 note DAMIEN

châtiment, infligés au coupable : elle naît d'une infraction survenue suite à un manquement aux devoirs prescrits, et vise à l'application d'une peine : la finalité des deux matières tend à se rejoindre. De plus les actions pénales comme disciplinaires, sont uniquement dirigées contre l'auteur de l'infraction.

423. A côté de l'article 183, l'action pénale comme disciplinaire se justifie sur la base des devoirs particuliers mis à la charge de l'avocat. Il s'agit de la probité principe essentiel de la profession contenue dans la formule de serment, de l'honneur et de la délicatesse. Si ces qualités sont visées au sein des textes professionnels¹⁵²⁵, le Code pénal énumère également aux articles 432-10 à 432-16, les infractions relatives aux « *manquements aux devoirs de probité* »¹⁵²⁶. Du fait de ce partage de fondement, il en découle qu'un avocat condamné au pénal pourra faire l'objet d'une poursuite disciplinaire sur la base de manquement à ces principes, et ce également pour des faits extra-professionnels. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a prononcé la radiation d'un avocat condamné définitivement pour des faits d'abus de confiance, en considérant qu'il résultait de l'instruction disciplinaire et des débats à l'audience que les agissements reprochés étaient constitutifs d'abus de confiance, et autant de manquements aux principes essentiels, ; tels qu'édictés par l'article 183 du décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat¹⁵²⁷. Outre sanctionner des faits similaires, le droit disciplinaire emprunte aussi beaucoup à la forme du droit pénal. Le vocabulaire utilisé est quasi similaire, la faute disciplinaire renvoie aux éléments constitutifs, terme usité au pénal. Tout comme en droit pénal l'infraction disciplinaire peut consister en un acte positif ou négatif par omission. Pareillement, l'élément moral renvoie au comportement volontaire du concerné, qui va agir contrairement aux prescriptions auxquelles il est soumis.

424. Cette corrélation est observée via des études chiffrées. Selon le rapport du GIP de 2013¹⁵²⁸, 22,4 % de saisines disciplinaires ont fait suite ou s'effectuent en attente d'une condamnation pénale de l'avocat poursuivi sur Paris, cette proportion augmentant en région. Pour des faits extérieurs à la vie professionnelle, les conseils de discipline condamnant souvent les avocats déjà sanctionnés par la juridiction pénale. A noter que la saisine disciplinaire provient dans la plupart des cas du Parquet général. Celui-ci fait figure d'autorité

¹⁵²⁵Tels que le RIN, le décret du 12 juillet 2005, le décret du 27 novembre 1991

¹⁵²⁶Tels que la concussion, la corruption passive et le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public, la soustraction et le détournement de biens

¹⁵²⁷CA Paris 27 septembre 2007 n°07/00004

¹⁵²⁸HARNAIS (S) sous sa direction « *Régulations professionnelles et pluralisme juridique : une analyse économique de la profession d'avocat* » Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice, Université Paris Ouest Nanterre La Défense Octobre 2013

de poursuite et d'application de la sanction disciplinaire, de même, il est un organe non indépendant de l'Etat, représentant des intérêts de la société en droit pénal. Ainsi s'opère l'intrusion d'une autorité étatique et à caractère pénal dans ce qui relève du disciplinaire, ce qui fait dire que « *le droit disciplinaire n'est au fond que le droit pénal particulier des institutions* »¹⁵²⁹ et justifierait l'idée selon laquelle droit pénal et disciplinaire doivent être rapprochés. Il existe une interdépendance processuelle certaine.

2 - Les similitudes observables du fait de la constitutionnalisation du droit disciplinaire

425. Outre ces points communs, le droit disciplinaire est gouverné par deux principes fondamentaux qui s'appliquent avec rigueur au droit pénal. Il s'agit des principes de non rétroactivité et de non cumul des sanctions. Selon le juge constitutionnel, la règle de non rétroactivité découlant de l'article 8 de la CEDH « *ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend à toute sanction ayant un caractère punitif même si le législateur a cru devoir laisser le soin de prononcer à une autorité de nature non judiciaire* »¹⁵³⁰. Aussi, l'appréciation de la faute ne valant que pour le futur, la sanction ne peut avoir d'effet rétroactif. Même si les textes sont silencieux à ce propos, son application est reconnue par CARTON¹⁵³¹. De même, le non cumul des peines qui procède de la légalité des peines et du principe de proportionnalité¹⁵³², s'applique au droit disciplinaire.

426. Des faits identiques pouvant faire l'objet de sanctions tant pénales que disciplinaires, la Cour de cassation a considéré que « *la peine prononcée par le juge pénal et les sanctions disciplinaires étant de nature différente, leur cumul n'est pas concerné par les dispositions de l'article 4 du protocole n°7 de la Convention européenne des droits de l'homme* »¹⁵³³. Si pour des raisons pratiques elles ne peuvent s'effectuer dans le même temps, ce qui reviendrait à les confondre - or la confusion au sens juridique du terme est impossible puisque leur nature diffère - elle s'accomplissent l'une après l'autre. Concrètement, si la juridiction pénale sanctionne un fait commis par une interdiction temporaire d'exercer la profession et qu'à coté

1529LEGAL (A) – BRETHER de la GRESSAYE (J) « *Le pouvoir disciplinaire dans les entreprises privées* » in LAURIE (F) « *La constitutionnalisation du droit disciplinaire* » VIe congrès français de droit constitutionnel Montpellier 2005

1530C const décision n°82-155 30 décembre 1982

1531CARTON (J-P) « *Contribution à l'élaboration d'une droit disciplinaire professionnel* » Thèse 1995

1532C const décision n°89-260 28 juillet 1989 commission des opérations de bourse

1533Civ 1ere 3 février 1998, n°96-12035 Bull civ I n°43

Le Conseil de discipline prononce une peine de suspension, ces deux peines devront s'effectuer dans un ordre certain : d'abord la sanction pénale puis celle disciplinaire, si cette dernière existe bien sur, et plus précisément lorsque la décision qui la prononce devient irrévocable. La ressemblance des sanctions pénales et disciplinaire est ignorée au profit de l'indépendance de chacune. La sanction disciplinaire conserve son autonomie et s'applique sans considération de celle prononcée au pénal.

Il existe une dernière similitude amenant simultanément à distinguer ce qui touche à la responsabilité pénale et à la responsabilité disciplinaire : il s'agit du partage en terme de procédure, de la règle « non bis in idem ». Les effets produits par celle ci, permettent d'introduire le postulat d'indépendance des actions pénales et disciplinaires entre elles.

B - L'autonomie entre droit pénal et droit disciplinaire

Bien que comparables sur certains aspects, l'autonomie entre droit pénal et disciplinaire se vérifie lors du constat de l'indépendance des actions (1) et de l'existence de différences notoires entre ces deux matières (2)

1 - L'indépendance des actions

427. Du fait d'un amalgame courant consistant à considérer peine pénale et disciplinaire comme identique, le contentieux croît. Si selon l'adage un même fait ne peut être réprimé deux fois¹⁵³⁴, cela ne vaut que pour la décision d'une juridiction donnée. La justice pénale ne pourra ainsi condamner à deux reprises, tout comme cela vaut pour la juridiction disciplinaire. L'une et l'autre de ces juridictions, si elles présentent des points communs, restent indépendantes entre elles. Elle peuvent donc prononcer chacune de leur coté une sanction de nature apparente, et ce en toute légalité. En effet, le pouvoir de la juridiction disciplinaire « *est autonome de celui de la juridiction pénale* » bien qu'il s'y « *superpose lorsque les faits reprochés sont à la fois des délits pénaux et des infractions disciplinaires* »¹⁵³⁵. Du fait de cette autonomie, il n'est pas obligatoire que la poursuite pénale soit définitivement jugée pour qu'une action disciplinaire soit envisagée, bien que la juridiction ordinaire attende parfois la fin

1534 *Non bis in idem*

1535 CA Bordeaux 15 décembre 2006 Gaz Pal Rec 2007, juris. p1156

du procès pénal pour statuer. Le criminel « *ne tient plus le disciplinaire- en l'état* »¹⁵³⁶, mais lorsque les faits concernés peuvent revêtir les deux types de qualification, le constat de la matérialité des faits de nature pénale peut avoir une incidence sur l'établissement des manquements professionnels. Pour autant, une relaxe par la juridiction de droit commun ne donnera pas lieu à l'abandon de toute sanction au niveau disciplinaire. Des faits échappant à la qualification pénale pouvant néanmoins constituer des manquements professionnels¹⁵³⁷. Cette autonomie permet donc des poursuites parallèles.

428. La Cour de cassation souligne clairement la logique : les mêmes faits peuvent être poursuivis simultanément par la juridiction pénale et la juridiction disciplinaire, ainsi qu' être sanctionnés par celles ci sans que ne soient violé le principe « *non bis in idem* »¹⁵³⁸ d'une part, ni les articles 4 du protocole n° 7 de la Convention européenne des Droits de l'Homme¹⁵³⁹, pas plus que les articles 14 et 7 du pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques d'autre part¹⁵⁴⁰. Récemment, les juges ont rappelé ce principe concernant un notaire¹⁵⁴¹. Ce dernier avait été condamné pour escroquerie et abus de confiance par la juridiction pénale, ainsi qu'à une peine complémentaire d'interdiction d'exercer une fonction publique ou une activité professionnelle. La Cour d'appel en application de la règle non bis in idem. avait indiqué n'y avoir lieu à sanction disciplinaire. L'arrêt fut cassé. Cette concomitance des peines ne doit pas amener à la conclusion selon laquelle les actions se confondent, malgré la parenté des sanctions. L'indépendance entre l'action pénale et disciplinaire est un fait établi. Concrètement, au nom du principe de l'autonomie des poursuites disciplinaires, il est loisible aux juges disciplinaires de se prononcer quand bien même la juridiction pénale aurait de son côté classé sans suite. Aussi, l'absence de poursuite à l'égard de l'avocat sur le fondement de la législation sur la presse, n'empêche pas pour autant une poursuite disciplinaire¹⁵⁴². D'ailleurs, l'influence que pourrait avoir l'immunité pénale est mesurée puisque c'est dans le cadre de conditions strictement encadrées que l'avocat échappera également aux sanctions disciplinaires. Ceci s'explique notamment car en droit disciplinaire, l'intention frauduleuse

1536Civ 1ere 15 mai 1984 n°83 12 721 D 1985 IR106 obs BRUNOIS – PRALUS DUPUY (J) « *La répression disciplinaire, de l'infraction pénale* » RSC 1992

1537Req 16 juillet 1946 D 1946 375 : pour un manquement grave à la dignité ne constituant pas une infraction pénale

1538« *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement à raison des mêmes faits* »

1539Article 4 du protocole n°7 CEDH : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État* »

1540Civ 1ere 2 avril 1997 n° 95-13.599 Bull. civ. I n° 115 JCP G 1997 IV 1119

1541Civ.1ere 9 avril 2015, n° 14-50.012

1542Paris 24 mars 2011 D actualité 4 avril 2011 obs BIGOT DE LA TOUANE

n'est pas requise pour que la faute soit établie¹⁵⁴³, comme en droit pénal. A l'inverse, une infraction pénale peut être constituée sans revêtir le caractère d'une faute disciplinaire et les deux juridictions ne sont pas liées par la qualification qui sera donnée aux faits¹⁵⁴⁴.

429. Le principe d'indépendance entre ces deux actions est clairement avéré. Si similitude il y a, cela ne pourra concerner que les faits poursuivis, dans la limite de ce qui vient d'être énoncé. Dès lors si deux actions sont possibles, deux sanctions sont prononçables, à condition que soit respecté le principe de proportionnalité des peines qui implique que le montant global des sanctions prononcées par la juridictions pénale puis ordinale, ne dépasse pas le montant maximum de la sanction la plus élevée encourue¹⁵⁴⁵. Pourtant par le passé, un cumul sans limitation avait été permis¹⁵⁴⁶ et ce sans contrevenir à la règle *non bis in idem*. L'autonomie des incriminations souligne d'autant plus cette indépendance. L'immunité pénale prévue par la loi de la presse de 1881 est pour l'heure exclue en matière disciplinaire. D'un autre côté, les manquements à l'honneur la délicatesse et la probité, étant donné la généralité auxquels ces termes renvoient, seront couverts par la voie disciplinaire.

2 - Les autres disparités relevées entre droit pénal et droit disciplinaire

430. D'autres différences essentielles marquent la distinction entre responsabilité pénale et disciplinaire. Par exemple, contrairement à l'action publique, l'action disciplinaire n'est soumise à aucune extinction prescriptive¹⁵⁴⁷. De plus, comme évoqué, les juridictions pénales et disciplinaires ne sont pas tenues l'une envers l'autre quant à la qualification des faits, ceci est anciennement reconnu¹⁵⁴⁸. Autre différence marquante, bien que les instances disciplinaires se fondent sur des manquements professionnels pour asseoir leur décisions, ces manquements ne sont pas précisément déterminés comme l'exige le principe de légalité. Pourtant, alors que toute infraction à caractère pénale se réfère nécessairement au Code pénal, sous entendu à des manquements à l'instar du droit disciplinaire ; le Code pénal contient de

1543Civ 1ere 10 mars 1992 Bull. civ I n°76 ; JCP G 1992, IV, 1401 ; Gaz. Pal. 1992 2 JCP p 210 D 1992 IR p 21

1544Civ 1ere 5 mai 1959 JCP G 1959, II, 11132

1545Ce maximum est en terme d'interdiction professionnelle, de cinq ans : Récemment, un arrêt a rappelé que la juridiction pénale est maître de se prononcer sur une interdiction professionnelle dans la limite de cinq ans, soit une durée allant au delà de ce que peuvent prononcer les Conseils régionaux de discipline (trois ans). Le stade ultérieur étant la radiation. Crim.9 avril 2015 n° 13-86 112

1546Civ 1ere 3 février 1998 Bull. civ 1998, I n° 43, à propos de la destitution d'un notaire

1547C const 25 novembre 2011 n°2011-199 QPC s'agissant du droit disciplinaire des vétérinaires « aucune loi de la République antérieure à la Constitution de 1946 n'a fixé le principe selon lequel les poursuites disciplinaires sont nécessairement soumises à une règle de prescription »

1548Civ 4 janvier 1950 D 1950 174 – Civ 1ere 5 mai 1959 JCP G 1959 II 11132

manière concise la description de ce qui constitue une infraction, et ce en référence à un élément moral matériel et légal. Ces prescriptions sont conformes aux exigences du conseil constitutionnel, commandant clarté, précision et l'absence d'incertitude de la loi¹⁵⁴⁹. Ainsi, même si la référence aux manquements professionnels se retrouvent à l'article 25 de la loi du 27 novembre 1971, qui renvoie aux obligations prescrites par le serment ; force est de constater que la formule usitée est large, sans nulle comparaison possible avec le contenu du Code pénal. Selon BENTHAM¹⁵⁵⁰, le but des lois est de rédiger la conduite à tenir du citoyen, pour ce faire elles doivent donc impérativement revêtir les qualités énoncées. Tel n'est pas le cas pour le droit disciplinaire, non soumis au principe de légalité du moins s'agissant des faits qu'il considère comme des infractions, qui plie l'avocat au « régime de l'infraction indéterminée »¹⁵⁵¹, pour une faute disciplinaire « innommée ». L'élément légal est donc imparfait, l'élément moral inexistant¹⁵⁵², seule la matérialité des faits est vérifiée puisque les autorités disciplinaires s'en remettent à leur constat par le biais d'un enquête. Le seul terme de faute disciplinaire suffit à justifier une sanction, sans nulle autre exigence. Il appartiendra au pouvoir disciplinaire lors de l'instance d'interpréter la faute et de juger de son existence, contrairement au juge pénal qui est lié à une définition stricte de la faute. La rupture la plus significative entre droit pénal et droit disciplinaire réside ainsi dans l'absence d'application du principe fondamental de légalité. Le droit disciplinaire face au droit pénal est constitué d'approximation.

431. De la même manière qu'initialement étaient comparés droit pénal et disciplinaire par rapport à leur but commun : les intérêts qu'ils défendent. Il convient à présent de nuancer ces termes afin de marquer les différences fondamentales séparant ces deux disciplines. En ce qu'elle embrasse l'ensemble de la société, la répression pénale n'a pas de marquage social déterminé, et s'exécute par un pouvoir de nature judiciaire. A l'inverse, la répression disciplinaire assurée ou non par des organismes juridictionnels ne tend que vers la protection d'un « territoire » donné. Espace qui à défaut de se dissoudre totalement au sein de « l'institution primaire »¹⁵⁵³ qu'est l'Etat, existe à côté en tant que groupement corporatif, ou institution secondaire. Il obéit à une *lex privata*¹⁵⁵⁴, un privilège au sens ancien, une loi privée au sein de l'Etat. Le public visé n'est pas comparable. Quand une globalité est visée pour le

1549C const décision n° 80-127 19 et 20 janvier 1981, sécurité et liberté

1550BENTHAM (J) « *Traité de législation civile et pénale* » Dalloz 2010

1551DECIMA (O) in « *Responsabilité pénale de l'avocat et du notaire* » p 51

1552Civ 1ere 10 mars 1992 n°90-20.360

1553Extraits MOURGEON (J) « *La répression administrative* » in LAURIE (F) « *La constitutionnalisation du droit disciplinaire* » VIe congrès français de droit constitutionnel Montpellier 2005

1554ENCINAS (R) « *Les sources positives de la déontologie* » RTD civ 2007 p 67

droit pénal, nonobstant les qualités de l'agent pénal – encore qu'il existe des infractions spéciales pour certains eu égard à leur mandat ou leur fonction hiérarchique -, le droit disciplinaire et a fortiori le droit disciplinaire des avocats, n'a vocation à s'adresser qu'aux uniques membres ayant cette qualité, c'est à dire les avocats et eux seuls. Si pour certains, « *l'intérêt du corps et l'honneur de la profession prennent la place de l'intérêt social proprement dit* »¹⁵⁵⁵ tel qu'il est recherché par le droit pénal, ce dernier se caractérise par une certaine universalité, lorsque le droit disciplinaire poursuit un dessein plus restreint, ne visant que des individus sur la seule base de la profession qu'ils exercent. Même si l'action disciplinaire tend à englober ce qui se rattache à la sanction judiciaire des manquements du professionnel, elle n'en demeure pas moins une action *suis generis*. Cette nature particulière a été reconnue par la jurisprudence¹⁵⁵⁶. Elle s'analyse à raison de son fondement à une action à caractère familial, car elle constitue une manifestation du caractère corporatiste de la profession¹⁵⁵⁷. Droit pénal et disciplinaire ne sont donc pas jumeaux. Ce dernier, « *n'est pas colonisé par le droit criminel, il façonne pour ses propres besoins les techniques pénales* »¹⁵⁵⁸, puisque ce droit « *s'appuie sur la force propre que l'institution a conscience d'avoir pour se faire justice elle même* »¹⁵⁵⁹.

Le droit disciplinaire existe à coté du droit civil et du droit pénal, indépendamment de ces deux matières, nonobstant certaines similitudes. Il renvoie en effet à une identité particulière. Celle d'une profession ayant souhaité se doter de règles pour gérer ses membres. La responsabilité qui en découle est tout aussi singulière. Elle exprime de plein fouet l'impact de la profession sur son régime de responsabilité.

1555TROPLONG note sous Cass req 6 mai 1844 DP 1844 I 193

1556Req 26 juin 1933 GP 1933 II 662 - CE 16 juillet 1946 D 1946 p 375 – Civ 17 février 1948 D 1948 226

1557MARTINEAU – BOURGNIGNAUD « *Droit privé et déontologie* » Thèse Nantes 1995 p 93

1558PRALUS-DUPUY (J) « *Cumul et non cumul des sanctions en droit disciplinaire* » D 1993 chronique 135

1559HAURIOU (M) « *Principes de droit public* » 1916 2eme édition p 130

TITRE II

LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE, OU L'IMPACT DIRECT DE LA PROFESSION EN MATIERE DE RESPONSABILITE

432. Pour AVRIL, « *la responsabilité disciplinaire, est la matière à travers laquelle transparait la modernisation de la profession d'avocat* »¹⁵⁶⁰, même si l'action en justice qui s'y rattache, est considérée comme étant de nature familiale¹⁵⁶¹. ADER et DAMIEN continuent d'ailleurs à évoquer « *l'esprit paternel de la juridiction ordinale* »¹⁵⁶². En effet, selon eux, l'action disciplinaire « *n'est ni une action pénale ni une action civile. Son caractère familial doit être souligné. La juridiction ordinale et la cour d'appel doivent redresser les erreurs commises par les avocats. Elles le font avec l'esprit paternel de la juridiction ordinale* »¹⁵⁶³. Il s'en dégage un aspect manichéen teinté à la fois de tradition et de modernisme. Au delà, la notion de responsabilité disciplinaire reste une nébuleuse dans les esprits dans la mesure ou pour pouvoir l'explicitier le plus précisément possible, il est fait recours par renvoi à d'autres notions jugées voisines, telles que la discipline, la déontologie, ou encore la morale et l'éthique. Il est donc davantage procédé à une association d'idées qu'à l'apport d'une réelle définition. Cette combinaison de termes n'est a priori pas dénuée de sens ni d'intérêt, puisque leur promiscuité est avérée. En effet, si ces notions sont confondues, voire parfois à dessein, c'est car leur intention est commune, elles visent l'appellation de pratiques formalisées.

433. Les acteurs participant à l'effectivité de la responsabilité disciplinaire sont le Barreau et l'Ordre des avocats. Le Barreau est une organisation démocratique. Il est composé de tous

1560AVRIL (Y) « *La responsabilité des avocats* » 2015-2016, extrait quatrième de couverture

1561CREMIEU « la nature juridique de l'action disciplinaire dans la profession d'avocat » D 1949 chron 49

1562ADER (H) - DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* » 14eme édition 2013 n° 81.06

1563ADER (H) – DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'Avocat* » Dalloz, 2008-2009, n°81.07

les avocats en exercice auprès d'un même tribunal de grande instance¹⁵⁶⁴. L'article 21 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 a conféré la personnalité morale à chaque Barreau qui peut donc agir en justice tout comme posséder un patrimoine. Le Barreau est dirigé et représenté par un Bâtonnier assisté d'un Conseil de l'Ordre qui l'administre. L'Ordre des avocats comprend en outre les avocats honoraires. Aucun texte ne lui donne la personnalité civile ou morale, même si d'aucuns lui ont reconnu un statut d'établissement d'utilité publique. L'Ordre est une émanation du Barreau qui lui donne certaines missions. Il consiste pour sa part en un groupement corporatiste sans personnalité ni patrimoine. Pour CUVELLIEZ, il existe une idée fautive selon laquelle les Ordres constitueraient des « *manières de mafia de « milieux » vivant en marge du droit et de la société, incontrôlable et irresponsable* »¹⁵⁶⁵. L'auteur poursuit « *ce qui tourne autour des Ordres est nourri d'approximation de préjugés favorables ou défavorables, mais en parler contribue à enrayer une logorrhée passionnelle* »¹⁵⁶⁶. C'est bien ce qui sera effectué dans les développements qui suivront.

L'approche de la responsabilité disciplinaire passe par l'étude du droit disciplinaire, tout comme le droit civil et pénal ont été évoqués pour développer la question du champ d'application des responsabilités correspondantes. C'est par cet intermédiaire que la question de la nature de la responsabilité disciplinaire de l'avocat est posée (chapitre 1), sera ensuite étudié le régime de cette responsabilité (chapitre 2)

1564 Il peut cependant y avoir plusieurs Barreaux pour un même TGI

1565 CUVELLIEZ (M-T) - FONTAINE (C) « *Les Ordres professionnels : liberté ou corporatisme ?* » La revue nouvelle Tome LXXV n°3 mars 1982 p 241

1566 CUVELLIEZ (M-T) – FONTAINE (C) précité p 235

CHAPITRE I – LA NATURE DE LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE

Le droit disciplinaire permet d'apprécier le respect de la réglementation interne d'une profession. Dans le cas contraire, le membre de cette profession peut engager sa responsabilité sur le plan disciplinaire. Il n'existe que très peu d'études sur la responsabilité disciplinaire de l'avocat. Les conséquences de la responsabilité sont le plus souvent envisagées sur le plan civil, voire au niveau pénal, car elles intéressent au delà du professionnel le justiciable. La responsabilité disciplinaire ne concernant pas ce dernier, la justice qui la prononce est beaucoup moins connue, moins identifiable. C'est pourquoi, une approche théorique de la notion (section 1) de même que l'examen pratique de la responsabilité disciplinaire (section 2) permettront de cerner au mieux cette notion.

Section I – L'APPROCHE THEORIQUE DE LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE

L'approche théorique commande d'apporter des précisions en terme de définitions (§1)

Paragraphe I - Définitions et caractéristiques

Pour ce faire, seront distinguées les notions de droit disciplinaire en parallèle avec la discipline (A), de même que droit disciplinaire et déontologie (B)

A - Droit disciplinaire et discipline

434. L'expression « discipline » provient du latin « *disciplina* »¹⁵⁶⁷, ou éducation, elle permet selon le Littré, l'instruction, ainsi qu'une direction morale. Par extension, elle suggère « *une manière de se conduire suivant les règles d'une profession ; ensemble des règles et*

1567GOELZER (H) « *Dictionnaire de latin* » Bordas 1993 – Extrait partie « étymologie » in <http://www.littre.org/definition/discipline>

devoirs professionnels imposés aux membres d'un Ordre, d'une corporation »¹⁵⁶⁸. La notion renvoie donc à l'appartenance à un corps dont les membres doivent respecter des règles particulières, sous peine de sanctions distribuées par ce corps lui-même¹⁵⁶⁹ ; or, la profession d'avocat, profession libérale réglementée¹⁵⁷⁰, constitue bien un corps, soumis à une discipline. Il s'agit de celle de l'Ordre, applicable tant dans le cadre de la vie professionnelle que dans celui de la vie privée¹⁵⁷¹. Il n'existe pas de définition précise quant à la nature juridique de l'Ordre, mais le CE a souligné la mission d'intérêt général qui s'y rattache (l'Ordre se fait police de la profession, et veille à l'organisation et au contrôle de la profession). Il a pour mission l'intérêt professionnelle, en assurant la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession. Ceci suppose un certain monopole, donnant lieu à l'octroi de privilèges et l'existence de règles strictes.

435. Pour RICOL¹⁵⁷², discipline et droit disciplinaire se confondent. De cette confusion, facilitée par la phonétique, il pourrait aisément être déduit que le droit disciplinaire est la l'application juridique de la discipline Néanmoins, il convient d'apporter quelques nuances. La discipline peut être vue comme un ensemble de règles assujettissant les membres d'un groupe à des obligations spéciales¹⁵⁷³. Elle est ainsi la manifestation d'une identité commune. Cette organisation poursuit un but, en effet selon NEZARD, la discipline tend au maintien de la considération, la confiance, et à l'honneur du groupe, indispensable complète HAURIOU, à la réalisation de la mission du groupe considéré. La définition et la finalité rattachées à la notion sont donc très claires. La discipline permet la gestion d'un corps, par l'édiction de règles, afin que celui ci demeure légitime et intègre aux yeux de l'extérieur. Le droit disciplinaire pour sa part, est d'approche plus complexe. HAURIOU s'exprime ainsi : « *si on n'a pu définir jusqu'à présent sa nature, c'est parce qu'on a pas cherché du côté de l'institution, il est de nature institutionnelle comme la morale juridique avec laquelle il se confond* »¹⁵⁷⁴.

1568 Extrait du Littré <http://www.littre.org/definition/discipline> n° 1 et 3

1569 MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Litec 10e édition. n°510

1570 Il existe 27 professions libérales réglementées. Elles sont soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ayant fait l'objet d'un décret d'application concernant soit la loi du 29 novembre 1966 sur les Sociétés civiles professionnelles, soit la loi du 31 décembre 1990 sur les sociétés d'exercice libéral, soit les deux. Certaines professions libérales réglementées sont organisées en Ordres professionnels : architectes, avocats, experts-comptables, géomètres-experts, infirmiers, médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes, vétérinaires. D'autres font l'objet d'un statut particulier : administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs, agents généraux d'assurances, professions paramédicales. D'autres sont regroupées sous le terme d'officiers publics ou officiers ministériels : avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, avoués près les Cours d'appel, commissaires-priseurs, greffiers des tribunaux de commerce, huissiers de justice, notaires

1571 Article 17 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

1572 CARTON (J-P) « *Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel* » Thèse Lille 1995 p 367

1573 NEZARD (H) « *Les principes généraux du droit disciplinaire* » Thèse Paris 1903 in CARTON (J-P) « *Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel* » Thèse Lille 1995 p 80

1574 HAURIOU (M) « *Principes de droit public* » 1916 2eme édition p 131

Une telle ébauche renvoie à l'idée que la notion n'est pas facilement identifiable et qu'elle peut le cas échéant être assimilée par l'intermédiaire de deux autres concepts : ceux d'institution et de morale Il est donc nécessaire de les identifier à leur tour.

436. L'institution telle qu'évoquée ici, est à entendre comme une organisation sociale, soit un groupe, tout comme il y est fait référence dans la définition de la discipline. L'existence d'un pouvoir qui s'organise est constaté, de même que des organes de pouvoir et l'application de procédures spécifiques. Cela correspond tout à fait à la structure observable au sein de l'Ordre des avocats qui administre le Barreau qui « *statue sur l'inscription, l'omission, la démission ou l'honorariat des avocats, organise les services généraux. ; prépare et exécute le budget de l'Ordre et gère le patrimoine du Barreau et arrête le règlement intérieur du Barreau* »¹⁵⁷⁵. Quant à la morale, elle se distingue du droit disciplinaire selon KELSEN, lorsque ce dernier est conçu comme un ordre de contrainte¹⁵⁷⁶, encore faut il que cette contrainte soit acceptée. Ce sont donc les sources juridiques qui permettent de légitimer la contrainte, plus précisément pour ce qui concerne les avocats, les textes législatifs ou réglementaires et la déontologie¹⁵⁷⁷. Pour HAURIOU, il s'agit d'une morale juridique autant qu'un droit¹⁵⁷⁸, et à se référer au contenu des notions énumérées par l'article 183 du décret du 27 novembre 1991, soit « la probité, l'honneur ou la délicatesse » ; l'exigence d'une « *honnêteté au sens moral le plus fort, celui qui implique l'accomplissement de ses devoirs, non pour éviter les sanctions ou par crainte de l'opinion, mais par exigence personnelle* » se dessine clairement.

437. En s'attardant sur ces trois notions, force est de constater que le droit ne les définit pas. Les textes et la jurisprudence y font référence et sanctionnent sur leur base sans en dire davantage, pourtant ces valeurs sont incontournables, elles appartiennent au fond commun de l'humanité¹⁵⁷⁹. MORET BAILLY et TRUCHET soulignent que les textes sont d'un faible secours car ils accumulent les vertus professionnelles sans beaucoup de cohérence mais avec beaucoup de redondances¹⁵⁸⁰. Ainsi, l'honneur peut s'apparenter à la dignité, dignité essentielle mais générale au point qu'elle irrigue toutes les autres vertus¹⁵⁸¹. Les juges ont tenté de fournir une définition de cette notion phare qu'est l'honneur « *vif sentiment de sa propre dignité qui*

1575Extraits de <http://www.avocats-montpellier.com>

1576KELSEN (H) « *Théorie pure du droit* » in CARTON thèse p 21

1577La déontologie cette « *science des devoirs* » supra Partie I Titre I Chapitre I, souligne d'autant plus l'idée de contrainte évoquée. Les devoirs, ce qui est dû, s'impose.

1578HAURIOU (M) « *Principes de droit public* » 1916 2e édition précité p 131

1579MORET BAILLY (J) – TRUCHET (D) « *Déontologie des juristes* » Licence droit PUF 2010 P 18

1580MORET BAILLY (J) – TRUCHET (D) « *Déontologie des juristes* » Licence droit PUF 2010 p 17

1581MORET BAILLY (J) – TRUCHET (D) « *Déontologie des juristes* » précité p 17

anime un individu et qui le pousse à agir de manière à conserver l'estime des autres ainsi que les principes moraux qui sont la base de ce sentiment »¹⁵⁸². Le Littré évoque « *l'estime glorieuse qui est accordée à la vertu, au courage, aux talents* ». La délicatesse renvoie pour sa part à l'idée de bonne conduite et au respect des codes de comportements qui s'imposent en fonction des circonstances, ce qui permet in fine « *l'aptitude à juger finement et avec sensibilité* »¹⁵⁸³. Le terme est à rapprocher de l'honneur, il en serait même une simple émanation, même s'il a toute sa place au sein du corpus déontologique¹⁵⁸⁴. Ces différents termes difficiles à définir de façon précise, sanctionnent la malséance, les comportements « qui ne se font pas ». Quant à la probité, notion encore plus philosophique et complexe, elle tendrait vers une exigence générale d'honnêteté, qui bien que visant un objectif allant au delà du strict cadre professionnel, en ce qu'elle est « *relative aux devoirs envers autrui et aux devoirs de la vie civile* »¹⁵⁸⁵, serait désormais davantage rattachée à la profession. Etre digne, agir avec honneur et délicatesse s'entend et s'emploie couramment dans bien d'autres circonstances. La notion de probité est pour sa part bien moins usitée. Le terme provient du latin « *probus* »¹⁵⁸⁶ qui renvoie à la récolté ou au végétal qui pousse bien droit¹⁵⁸⁷. DOMAT au XVIIIe siècle considérait que « *celui qui exerce une charge ne peut le faire sans probité, au risque de commettre plusieurs injustices* »¹⁵⁸⁸. Pour certains auteurs¹⁵⁸⁹, la probité est indissociable de l'exercice d'une profession, notamment d'une profession libérale dite « *d'aristocratie morale* »¹⁵⁹⁰, et du corporatisme¹⁵⁹¹. En effet, confirme BERGEL, « *la probité est conçue et mise en oeuvre par les Ordres professionnels* ». Elle fait partie de ces règles déontologiques « *engendrées par les milieux professionnels eux même, règles de nature corporatiste, empirique et pragmatique* ». Un professionnel plein de probité, est donc une personne qui observe parfaitement les règles morales, respecte scrupuleusement ses devoirs, les règlements les lois¹⁵⁹². De plus, la probité est « *soeur rigoureuse du désintéressement et de l'honnêteté* »¹⁵⁹³, caractéristiques particulièrement remarquées chez l'avocat.

1582CA Aix en Provence 24 novembre 1989 Gaz Pal 1990 I, J p 240 note DAMIEN

1583Extraits du Littré note 9 in littrereverso.net

1584BRIGAND in AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » Dalloz 2015-2016 n °51.51

1585Extraits du Littré in littrereverso.net

1586GOELZER (H) « *Dictionnaire de latin* » Bordas 1993

1587GARRUS R « *Les curiosités étymologiques* » in Thèse *Contribution à l'étude de la probité* » BRIGANT (J) p 13

1588DOMAT (J) « *Les lois civiles dans leur ordre naturel* » Paris Durand 1777 p 236 in « *Contribution à l'étude de la probité* » BRIGANT (J-P) p 17

1589DUBRAR (C) – TRIPIER (P) « *Sociologie des professions* » 2005 in « *Contribution à l'étude de la probité* » BRIGANT (J-P) p 24

1590BRIGANT (J-P) « *Contribution à l'étude de la probité* » p 25

1591ROUSSILLON (H) « *Déontologie et partis politiques* » Thèse in « *Contribution à l'étude de la probité* » BRIGANT (J-P) p 27

1592Extrait de définition du grand Larousse universel in Thèse « *Contribution à l'étude de la probité* » p 13

1593VERET B « *La vraie vie, manuel pratique des devoirs de l'homme et du citoyen* » in Thèse précitée p 21

L'idée d'exigence exposée plus haut est telle, que transparaît indiscutablement l'idée de morale. La tentative de définitions apportées ne contredit pas ce constat. Il est ainsi plus aisément compréhensible en quoi le droit disciplinaire peut être décrit comme une sorte d'institution dotée de règles à connotation morale.

438. Au surplus, le droit disciplinaire professionnel a cette particularité d'évoluer « *dans un cadre circonscrit au monde du travail* »¹⁵⁹⁴, la discipline y détermine les interdits. Il apparaît ainsi que la discipline fait partie du droit disciplinaire en identifiant des comportements contestables. Le droit disciplinaire a donc plusieurs facettes : il est composé d'un ensemble de règles que forme la discipline, dont le respect est assuré par un processus répressif qu'est la répression disciplinaire. Il est tout à la fois normatif fixant droit et obligation, et s'impose car est appliqué par une autorité exerçant une contrainte. Sa vocation instrumentale englobe une fonction organique et une vocation répressive reposant sur les concepts de faute et de sanction¹⁵⁹⁵. Ce résumé permet à HAURIOU de dégager une définition du droit disciplinaire, comme étant un droit constitué « *par l'ensemble des actes juridiques et règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée, qui ont pour objet soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose* »¹⁵⁹⁶. Il est donc admis que la déontologie est une manifestation d'autonomie du groupe dans la société¹⁵⁹⁷.

439. A ce titre, DUMONT relève une idéologie holiste qui « *valorise la totalité sociale et néglige ou subordonne l'individu humain* »¹⁵⁹⁸. La déontologie étant une « *technique de contrôle social qui agit sur les consciences individuelles par la pression sociale des groupes dont chaque individu est solitaire* »¹⁵⁹⁹. FOUCAULT complète en ces termes : l'exclusion de toute réciprocité et l'unilatéralité du processus disciplinaire, en fait « *une sorte de contre-droit* »¹⁶⁰⁰ ou sous couvert du droit, s'exerce une discipline totalitaire en autarcie. Le contrôle des membres se ferait dans le cadre d'un rapport de docilité utilité, par une « *police des*

1594 CARTON (J-P) « *Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel* » Thèse Lille 1995 p 367

1595 CARTON (J-P) Thèse précitée p 69

1596 HAURIOU (M) « *Principes de droit public* » 1916 2e édition p 131

1597 CAUSIN E « *Déontologie* » in Thèse « *Contribution à l'étude de la probité* » p30

1598 DUMONT (L) « *Essai sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie humaine* » in Thèse MARTINEAU p 45

1599 CAUSIN (E) in MORET-BAILLY « *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 p 21

1600 FOUCAULT (M) « *Surveiller et punir* » Gallimard 1975

conduites ». Ce point de vue doit être nuancé, dans la mesure où l'Etat, conserve « *le bénéfice d'une certaine prééminence sur toute autre institution de droit interne* »¹⁶⁰¹, et ce conformément à la théorie de KELSEN selon laquelle une norme donnée tire sa validité de la norme supérieure. Les rapports entre ordre étatique et ordre déontologique se traduisent en termes d'indépendance mais aussi de subordination et de coordination¹⁶⁰², soit autant de notions qui renvoient à l'idée de *relevance*¹⁶⁰³. ROMANO la définit comme « *l'existence, le contenu, ou l'efficacité d'un ordre, conforme aux conditions mises par un autre ordre* »¹⁶⁰⁴. A ce titre selon BOUILLANT¹⁶⁰⁵, l'ordre disciplinaire commandée par la déontologie n'anéantit pas l'ordre juridique mais s'y superpose, car sa référence est l'ordre, non le droit. La rencontre entre l'ordre étatique et la déontologie est donc inévitable. La création déontologique ne peut donc échapper aux mailles « *des filets récupérateurs de la production juridique moniste* »¹⁶⁰⁶. Au final, il s'opère donc bel et bien un contrôle limitant l'arbitraire, puisque les organes ordinaux ont un pouvoir se résignant à des propositions validées ou non par le pouvoir étatique¹⁶⁰⁷. D'autre part, en application du droit disciplinaire, s'exerce si nécessaire la répression disciplinaire : « *les institutions professionnelles ne tolérant pas les errements de leur ressortissants, instaurent un régime répressif destiné à préserver leur propre finalité* »¹⁶⁰⁸. Celle-ci donne lieu à des sanctions de même nature. Mais en amont, il existe un corpus de règles, celui-là même qui édicte les sanctions et les comportements réprimés. Ce processus est l'expression de la responsabilité disciplinaire.

En résumé, la responsabilité disciplinaire nécessite pour être mise en œuvre l'application du droit disciplinaire. Elle en est la conséquence. Or de son côté, le droit disciplinaire ne se contente pas pour exister de la discipline, de la sorte la discipline ne peut être résumée comme

1601 MOURGERON (J) in CARTON thèse p 395

1602 BILLIER (J-C) « *Histoire de la philosophie du droit* » in Thèse MARTINAUD p 31

1603 ROMANO (S) « *L'ordre juridique* » in Thèse MARTINAUD p 31

1604 ROMANO (S) « *L'ordre juridique* » Dalloz 1974 p 106

1605 ANCEL (P) – MORET-BAILLY (J) – JEAMMAUD (A) « *Vers un droit commun disciplinaire* » Collection Droit, Publication de l'université de Saint Etienne 2007 p 44

1606 CABROL (V) « *Déontologie et droit* » in BRIGAND (J-P) « *Contribution à l'étude de la probité* » Thèse Paris la Sorbonne 2012 p 31

1607 CE, 6e et 1ere sous. sect. 15 novembre 2006, n° 283475, 284964 et 285065 « *Il appartient au Premier ministre de faire usage du pouvoir réglementaire que lui confère l'article 21 de la Constitution pour fixer les règles de déontologie de la profession d'avocat. Cette compétence s'exerce, en vertu de l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971, par décret en Conseil d'État. Le respect du principe d'autonomie des Conseils de l'Ordre et du caractère libéral de la profession n'impliquait aucunement qu'une partie des règles de déontologie fût soustraite à sa compétence pour être réservée à celle des instances ordinales. L'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971, qui a reconnu au CNB un pouvoir réglementaire pour unifier les règles et usages de la profession, n'a pas eu davantage pour objet ou pour effet de réduire la compétence du Premier ministre. Par ailleurs, celui-ci pouvait légalement réunir dans un même texte les principales règles relatives à la déontologie des avocats, y compris en reproduisant celles d'entre elles qui sont fixées par une norme de niveau supérieur* »

1608 CARTON (J-P) « *Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel* » Thèse Lille 1995 p 69

étant un synonyme du droit disciplinaire comme le propose RICOL¹⁶⁰⁹ Il n'en est qu'un élément qu'il englobe.

La discipline et le droit disciplinaire ont des liens, ceci a été précisé. Il convient à présent de déterminer ceux qui existent entre ce dernier et la déontologie.

B – Droit disciplinaire et déontologie

440. Pour CORNU, « *la déontologie est un ensemble de devoirs inhérents à l'exercice d'une activité libérale professionnelle et le plus souvent définie par un Ordre professionnel* »¹⁶¹⁰. L'avocat quelle que soit son activité demeure soumis à cette déontologie, sa déontologie. C'est « *une coquille qu'il transporte en permanence avec lui* »¹⁶¹¹. SAVATIER poursuit en précisant que « *la déontologie est quelque chose qui aspire à devenir du droit à partir de règles obligatoires imposées par une profession* »¹⁶¹² Le caractère obligatoire que revêt la déontologie est encore une fois souligné. Celle appliquée aux avocats est plutôt ancienne, puisque remontant au 17^e avec le « *Dialogue des avocats* » de LOYSEL, elle est surtout selon ADER, « *la colonne vertébrale de la profession* »¹⁶¹³. MORET et BAILLY adoptent une définition des règles déontologiques en lien avec la discipline professionnelle¹⁶¹⁴, elle serait un « *code moral des règles propres à une profession* »¹⁶¹⁵.

441. Le terme est entré dans le droit positif grâce au professeur PORTES, président du conseil de l'Ordre des médecins. Sur sa demande, le CE a approuvé le Code de déontologie médical le 27 juin 1947, sans en donner une définition¹⁶¹⁶. Le terme pose donc des soucis de sémantique, et est assimilé pour des raisons pratiques à la morale ou encore l'éthique. HALPERIN souligne dans une moindre mesure « *la part non négligeable d'idéologie dans la déontologie professionnelle* », celle ci étant un « *idéal destiné à donner au delà de la réalité la*

1609CARTON (J-P) « *Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel* » Thèse Lille 1995 précité

1610CORNU « *Vocabulaire juridique* » Ed 1987 PUF in Thèse MARINEAUD p 11

1611DAIGRE (J-J) in MORET-BAILLY « *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 introduction

1612CARTON (J-P) « *Contribution à l'élaboration du droit disciplinaire professionnel* » Thèse Lille 1995 p 15 note 30

1613ADER (H) in FRICERO (N) « *Éthique et professions judiciaires* » Collection Droit et procédures –Actes du colloque de mai 2004 p 67

1614MORET-BAILLY (J)« *Qu'est-ce que la de ontologie ?* » in « *Droit et de ontologie de la profession d'avocat* » Gazette du Palais, LGDJ e dition. 2008

1615FORGEAUX (L-M) « *Dictionnaire de la philosophie et des sciences humaines* » édition A. COLIN

1616CARTON (J-P) Thèse Lille précitée p 13

meilleure image de la profession »¹⁶¹⁷. Cet idéal se veut toutefois pragmatique in fine, il ne doit être utopique. Aussi, les termes doivent être différenciés, en effet, la morale s'applique à tous, quand la déontologie n'a vocation à s'appliquer qu'aux professionnels concernés, son objet est donc réduit. De plus, tant qu'un devoir n'est que moral, il n'oblige que celui qui le veut bien, la morale n'est pas assortie de sanctions. Bien plus, celle-ci ne s'exprime pleinement qu'en absence de loi quand aucune punition ne menace. Ainsi, « *la morale serait liberté quand la déontologie s'impose et est contrainte pour le professionnel* »¹⁶¹⁸, puisque cette dernière est « *un ensemble de règles dont le respect s'impose au praticien en fonction de la finalité des actes qu'il accomplit à titre professionnel* »¹⁶¹⁹.

442. La déontologie a failli disparaître à plusieurs reprises du système corporatif, son déclin s'est fait sentir dès la fin de l'ancien régime. TURGOT l'abolit en 1764. Rétablies par NECKER, les corporations sont à nouveau supprimées durant la période révolutionnaire. L'ordre des avocats est ainsi balayé par le décret du 2 et 11 septembre 1789 mais rétabli en 1810. Sous le régime de Vichy, le corporatisme est une idéologie forte dont la vocation serait la lutte contre la pauvreté par l'intermédiaire de l'ordre social chrétien¹⁶²⁰. Si cette tendance a disparu à la fin du régime en 1945, l'organisation des professions libérales a perduré. Ça n'est que dans les années 80 que MITERRAND alors candidat proposait de supprimer l'Ordre des médecins¹⁶²¹, alors qu'au contraire apparaissait un engouement certain dans les années 90 pour la matière. Ceci s'est concrétisé par un mouvement de codification de déontologie assez large. Concernant les avocats, leur Ordre datant du Tableau des avocats rétabli en 1810 n'a pas connu de bouleversements particuliers. Ce maintien de la déontologie puis son développement témoignent de l'importance de la notion au sein des professions dites organisées. Son entrée dans le droit positif a été facilitée par le droit disciplinaire, étape indispensable pour faire respecter la règle déontologique afin d'exercer réellement un pouvoir disciplinaire. Aussi, bien que les deux notions se côtoient, la déontologie couvre un champ plus vaste.

443. De même, la déontologie doit aussi être envisagée autrement que comme étant un simple synonyme d'éthique dans la mesure où les règles déontologiques sont conçues par les professionnels puis reconnues et légitimées par l'Etat par voie de décret le plus souvent, alors

1617 HALPERIN (J-L) in MORET-BAILLY précité p 207

1618 CARTON (J-P) Thèse Lille précitée p 13

1619 RIGAUX (P) « *Le droit de la profession* » Larcier 1973 p 10

1620 MORET-BAILLY (J) « *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 p 165 – 168 – 169.

1621 François Mitterrand : « L'Ordre des médecins est « *une offense à la démocratie* ». Cet organisme (a été) créé sous Vichy dans l'esprit corporatiste qui caractérisa les régimes fasciste et franquiste » justicedisciplinaire.fr

que éthique est une notion relevant davantage de la doctrine, d'un certain questionnement intellectuel, dont le contenu n'a pas de caractère obligatoire et est non assorti de sanction, contrairement à la déontologie. Enfin, l'éthique peut être entendue comme la science de la morale¹⁶²², alors que la déontologie est pour sa part, la science des devoirs. La déontologie est donc une science bien plus formelle et aboutie que celle de la morale ou de l'éthique. En fait, la déontologie professionnelle est passée de simple morale à l'expression d'un droit professionnel. Elle répond d'ailleurs aux critères de juridicité, ce qui signifie qu'elle est placée sous l'empire du droit, contrairement aux normes de la simple vie sociale¹⁶²³ : elle est conçue par une profession structurée, ayant créé des organes chargés de faire respecter ses règles déontologiques, l'application de la déontologie est donc assurée par un pouvoir disciplinaire¹⁶²⁴. Pour autant, la déontologie est-elle assimilable à du droit ? Au delà de son aspect contraignant, la matière tend à créer une sorte d'inspiration intérieure au cercle des adhérents de l'Ordre, sa nature est « communautaire »¹⁶²⁵. Les règles composant la déontologie étant soit d'inspiration générale car traduisant une exigence de conscience collective, ou encore très précises pour être ressenties et cernées par des hommes de pratique¹⁶²⁶. C'est d'ailleurs à ce titre qu'elles sont élaborées par la profession, puis sanctionnées par un système juridictionnel spécifique, alors que le droit dont l'origine est extérieure à une profession en particulier, prévoit des interdits et des obligations qui sont l'oeuvre du législateur, s'adresse à tous sans exception, et est sanctionné par les tribunaux.

444. Néanmoins pour BERGEL, les règles déontologiques constituent bien des règles de droit¹⁶²⁷. La juridicité de la déontologie des avocats ne faisant plus de doute, le Doyen SAVATIER affirmait que « *le droit déontologique est reconnu par les institutions françaises comme un droit positif* »¹⁶²⁸, et un autre auteur de poursuivre : « *la déontologie de l'avocat fut longtemps coutumière et ce trait la rapprochait de la morale. Mais il y a beau temps que le droit écrit s'est introduit en ce domaine comme en d'autres, et aujourd'hui l'origine des règles est devenue diverse* »¹⁶²⁹. AUBY pour sa part tempère, puisque selon lui « *à la différence des règles éthiques qui continuent à demeurer des règles morales, les règles*

1622 Définition extraite du dictionnaire en ligne Littré <http://litre.reverso.net/dictionnaire-francais/definition/ethique> note n° 1

1623 GUILLIEN (R) VINCENT (J) « *Lexique juridique des termes juridiques* » 13ème édition 2001

1624 MARTINEAU – BOUGIGNAUD (V) - « *Droit privé et Déontologie* » Thèse Nantes 1995 p 192

1625 VEDEL (G) « *De la nécessité d'une déontologie en pharmacie* » in « *Droit privé et déontologie* » p 192

1626 VIALA (G) « *L'ordre et l'éthique professionnel* » in « *Droit privé et déontologie* » p 192

1627 BERGEL (J-L) « *Du concept de déontologie à sa consécration juridique* » in « *Droit et déontologies professionnelles* » Librairie de l'Université Aix-en-Provence, 1997, p.16

1628 SAVATIER (R) « *Déontologie* » Encyclopaedia Universalis, corpus 7, p.191

1629 MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Litec 10e édition p.IX n°2

déontologiques ont sur certains points un caractère juridique et l'ont doit y voir sinon des règles de droit, au moins des règles juridiques en état d'émergence, non encore assimilable aux règles du droit positif»¹⁶³⁰. Il admet ainsi la sanction de la règle, mais nullement son appartenance à l'ordre de droit. Pour trancher, il est possible de rattacher le caractère contraignant de la déontologie non directement à la hiérarchie des normes, mais à l'apparence de droit qu'elle revêt. Celle-ci étant acceptée par les professionnels concernés comme par les institutions. Intégrer des règles à forte connotation morale au sein du droit positif est dès lors possible, la création du décret du 12 juillet 2005 « relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat » en est la preuve. L'usage peut donc bel est bien être source de droit, l'article 1135 C. civ l'illustre parfaitement puisque « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Autre exemple flagrant : le recours à la bonne foi tel qu'il est énoncé à l'article 1134 C.civ¹⁶³¹. Ainsi, « le droit peut absorber toute autre règle sociale. Grâce à sa neutralité, la règle juridique, qui est un simple contenant répondant à certains critères, peut s'approprier des règles qui lui sont d'origine étrangère et intégrer dans le système juridique des valeurs sociales ou éthiques sous forme de normes qualitatives et de concepts flexibles, soumis à l'appréciation de ses destinataires, sous le contrôle de l'interprète et du juge »¹⁶³². Les liens entre déontologie et droit disciplinaire sont bien réels. Ce dernier a permis à la déontologie d'être intégrée dans le corpus juridique. Ce constat est approuvé par SAVATIER pour qui « c'est sous forme de droit disciplinaire que la déontologie est entrée dans le droit positif »¹⁶³³ de sorte que juridique et déontologique peuvent se cumuler sans s'exclure¹⁶³⁴. La déontologie fait partie du langage du droit.

La déontologie du fait de la nature et de l'importance des règles qu'elle véhicule est une matière vivante, qui accompagne et guide le quotidien de l'avocat. Par conséquent, après avoir défini la notion, il convient à présent de l'envisager de manière plus concrète. La déontologie si elle n'est pas respectée donne lieu à l'application du droit disciplinaire ou plus précisément à la recherche de la responsabilité disciplinaire du professionnel.

1630AUBY (J-M) « Le code de déontologie » in MORET – BAILLY (J) *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 p 28

1631Article 1134 C.civ « les conventions...doivent être exécutées de bonne foi »

1632BERGEL « Du concept de déontologie à sa consécration juridique » in « Droit et déontologies professionnelles » précité p 16

1633SAVATIER (R) Déontologie *Encyclopedia Universalis* in MORRET – BAILLY (J) « Les déontologies » PU Aix Marseille 2001 p 58

1634CROZE (H) – JOLY – SIBUET (E) in MORET – BAILLY (J) précité p 28

Section II – L'APPROCHE PRATIQUE DU DROIT DISCIPLINAIRE

Le droit disciplinaire s'exprime par l'application d'une responsabilité de même nature. Celle ci nommée responsabilité disciplinaire, sera recherchée à l'encontre d'un avocat négligent ayant agi en méconnaissance totale des règles de sa profession, soit la déontologie . Étudier ce type de responsabilité et ses rouages, conduit au constat d'une véritable autorégulation de la profession (§1)

Paragraphe I - L'autorégulation de la profession

445. Souhaitant garder la maîtrise de la profession qu'ils incarnent, ainsi que celle de son évolution, les avocats ont toujours mis un point d'honneur à affirmer et défendre leur indépendance ; principe cher et indispensable à leur mission. Aucune réforme propre à leur activité ne s'est effectuée sans leur intervention. L'Histoire ne le dément pas. Il existe une véritable autorégulation de la profession. Malgré tout, si la tenue du procès civil et pénal ainsi que les sanctions qui les suivent leur échappent, les professionnels gèrent eux même et selon des règles qui leur sont propres, les conflits inhérents aux manquements déontologiques. Contrairement à de nombreuses autres professions en France¹⁶³⁵, la profession d'avocat n'est pas dotée d'un Code de déontologie en particulier. La matière se retrouve de façon éparpillée au sein de plusieurs de textes distincts. Cette dispersion ne doit pas conduire à la négation de l'existence d'une déontologie forte et affirmée. Au contraire, la profession s'est pourvue de « *principes essentiels* », guidant « *le comportement de l'avocat en toutes circonstances* »¹⁶³⁶. Ceux ci sont énumérés par le décret du 12 juillet 2005, et figurent aussi dans la loi du 31 décembre 1971, le décret du 27 novembre 1991 ou encore le RIN, et dans le Code des avocats.

Forte de ces préceptes dont la valeur morale ne peut être niée, la profession entend justifier son autorégulation (A) qui poursuit des buts bien précis (B).

1635Les médecins, les architectes, les experts comptables, les infirmières, sous forme de professions libérales réglementées.

1636Article 1er du décret du 12 juill. 2005 ; art. 1.3 du RIN

A - La justification de cette autorégulation

446. Quoi de plus naturel pour un corps de métier qui souhaite s'auto-réguler, de maîtriser la formation de ses futurs membres et de les former en adéquation avec les principes qui la gouvernent. Actuellement, les avocats français doivent disposer au minimum d'un niveau d'étude de quatre ans après le baccalauréat pour se présenter à l'examen d'entrée de l'école d'avocat ou CRFPA¹⁶³⁷ dit : « pré-capa ». ou pré- certificat d'aptitude à la profession d'avocat. Le déroulement de cet examen est pour l'instant sous autorité des universités de droit, mais il semblerait que la profession souhaite le gérer¹⁶³⁸. Une fois l'examen obtenu, l'élève avocat suit une formation professionnelle durant dix-huit mois qui se divise en trois blocs : six mois de formation, six mois de travail sur un projet pédagogique, et enfin six mois dans un cabinet d'avocats. Initialement, lorsque le Barreau fut reconstitué, les textes napoléoniens exigeaient le doctorat pour devenir avocat à l'instar des médecins, soit huit ans d'études ou le double du minimum requis désormais. Cependant, la poursuite d'études longues n'étant pas à la portée de toutes les bourses, l'accès à la profession fut simplifié afin que celle ci soit démocratisée et accessible à un plus grand nombre. Ainsi, la profession autrefois dévolue aux fils de bonne famille, devint un ascenseur social, ou le licencié en droit était désormais admis au stage sans passer d'examen. Il suffisait qu'il dépose ses « lettres de licence » auprès du procureur général pour pouvoir prêter serment.

447. L'inflation du nombre de candidats à la profession fut telle que par l'acte dit loi du 26 juin 1941¹⁶³⁹, le régime de Vichy créa le certificat d'aptitude à la profession d'avocat, mesure par ailleurs confirmée par une loi du 8 avril 1954¹⁶⁴⁰. Par décret du 2 avril 1980¹⁶⁴¹, les centres régionaux à la profession furent constitués, imposant aux élèves l'examen final dit CAPA. Ces centres de formation sont financés en majorité par les Ordres d'avocats ainsi que les élèves avocats¹⁶⁴². L'épreuve obligatoire du CAPA est toujours d'actualité, elle a pour but de vérifier

1637CRFPA ou Centre Régional de Formation Professionnelle des Avocats

1638BEIGNIER- BLANCHARD- VILLACEQUE « *Droit et déontologie de la profession* » PUF droit p 69

1639Loi du 26 juin 1941 instituant LE CERTIFICAT D'APTITUDE A LA PROFESSION D'AVOCAT, JORF du 28 juillet 1941 page 3162. www.legifrance.gouv.fr

1640Décret n°54-406 du 10 avril 1954 POUR L'APPLICATION DE LA LOI 54390 DU 08-04-1954 SUR LA PROFESSION D'AVOCAT ET LA DISCIPLINE DU BARREAU, JORF du 11 avril 1954 page 3494. www.legifrance.gouv.fr

1641Décret n°80-234 du 2 avril 1980 RELATIF A LA FORMATION DES FUTURS AVOCATS ET AU CERTIFICAT D'APTITUDE A LA PROFESSION D'AVOCAT (CAPA). www.legifrance.gouv.fr

1642Conformément à l'article 14-1 de la loi n° 71- 1130 du 31 décembre 1971, les centres de formation sont financés grâce à une contribution de la profession d'avocat, une participation de l'Etat (très faible) selon les dispositions de la loi du 16 juillet 1991, et le cas échéant par le paiement de frais d'inscription des élèves, de même que par chaque barreau par l'intermédiaire de sa caisse de règlements pécuniaires.

si le candidat à la profession au terme de sa formation, a compris et acquis les principes de la déontologie à laquelle il sera soumis. S'il existe des dérogations, elles sont encadrées et expressément prévues par le décret n°91-1197 du 27 novembre 1991¹⁶⁴³. Récemment, dans le cadre des exceptions prévues par l'article 98-1 de ce même décret, obligeant toutefois les bénéficiaires de ces dispenses à subir avec succès un examen de contrôle des connaissances en déontologie et réglementation professionnelle devant un jury, le candidat concerné sollicitait son inscription au Barreau de Papeete et avait été inscrit sous réserve de passer l'examen. Cependant, celui-ci estimait que ne pouvant se soumettre à l'examen qu'en se rendant en métropole, aucun Centre de formation professionnelle n'existant à proximité, cela constituait une rupture d'égalité entre avocats. Dans un premier temps la Cour d'appel avait ordonné l'inscription du Barreau sans retenir l'exigence de succès à l'examen. Néanmoins, pour la Cour de cassation il est indispensable que chaque avocat bénéficiant déjà d'une « passerelle » subissent avec succès l'épreuve en matière de connaissances théoriques de déontologie¹⁶⁴⁴. Cette solution est l'expression de l'exacte application des textes relatifs aux dérogations consenties à l'article 98-1 du décret sus cité. En offrant la possibilité au candidat de s'y soustraire, la Cour d'appel en plus de créer à son strict avantage une situation inégale par rapport aux autres avocats, exposait le concerné à de sérieux risques professionnels.

1643 Au titre de l'article 97 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 « sont dispensés de la condition de diplôme prévue à l'article 11 (2°) de la loi du 31 décembre 1971, de la formation théorique et pratique et du CAPA : Les membres et anciens membres du Conseil d'Etat et les membres et anciens membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; les magistrats et anciens magistrats de la Cour des comptes, des chambres régionales des comptes et des chambres territoriales des comptes de la Polynésie française et de la Nouvelle-Calédonie ; les magistrats et anciens magistrats de l'ordre judiciaire régis par l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 ; les professeurs d'université chargés d'un enseignement juridique ; les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ; les anciens avoués près les cours d'appel ; les anciens avocats inscrits à un barreau français et les anciens conseils juridiques. Au titre de l'article 98 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 sont dispensés de la formation théorique et pratique et du certificat d'aptitude à la profession d'avocat : les notaires, les huissiers de justice, les greffiers des tribunaux de commerce, les administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises, les anciens syndics et administrateurs judiciaires, les conseils en propriété industrielle et les anciens conseils en brevet d'invention ayant exercé leurs fonctions pendant cinq ans au moins ; les maîtres de conférences, s'ils sont titulaires du diplôme de docteur en droit, en sciences économiques ou en gestion, justifiant de cinq ans d'enseignement juridique en cette qualité dans les unités de formation et de recherche ; les juristes d'entreprise justifiant de huit ans au moins de pratique professionnelle au sein du service juridique d'une ou plusieurs entreprises ; les fonctionnaires et anciens fonctionnaires de catégorie A, ou les personnes assimilées aux fonctionnaires de cette catégorie, ayant exercé en cette qualité des activités juridiques pendant huit ans au moins, dans une administration ou un service public ou une organisation internationale ; les juristes attachés pendant huit ans au moins à l'activité juridique d'une organisation syndicale ; les juristes salariés d'un avocat, d'une association ou d'une société d'avocats, d'un office d'avoué ou d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, justifiant de huit ans au moins de pratique professionnelle en cette qualité postérieurement à l'obtention du titre ou diplôme mentionné au 2° de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1971 susvisée ; les collaborateurs de député ou assistants de sénateur justifiant avoir exercé une activité juridique à titre principal avec le statut de cadre pendant au moins huit ans dans ces fonctions ; les personnes mentionnées aux 3°, 4°, 5°, 6° et 7° peuvent avoir exercé leurs activités dans plusieurs des fonctions visées dans ces dispositions dès lors que la durée totale de ces activités est au moins égale à huit ans. »

1644 Civ 18 février 2015, n° 13.28473

448. En effet, un avocat non averti car ignorant des principes essentiels de sa profession au quotidien, est une source directe de complication pour le client. Cette solution délétère a été fort heureusement écartée. En revanche, pour le cas d'un juriste d'entreprise souhaitant intégrer le Barreau sur le fondement de l'article 98 3° du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991¹⁶⁴⁵, la Cour d'appel de Rennes en audience solennelle a considéré que le candidat consacrant plus de quarante heures par semaine à des activités juridiques, et non du recrutement et de l'évolution de carrières conformément aux fonctions habituelles d'un directeur de relations humaines, pouvait prétendre à une carrière d'avocat¹⁶⁴⁶. Il avait déjà été précisé par ailleurs que cette voie ne s'adresse pas à toute personne assumant des fonctions juridiques au sein d'une entreprise, mais uniquement à celle qui exerce exclusivement ses fonctions au sein d'un service spécialisé, chargée dans l'entreprise de traiter les problèmes juridiques posés par l'activité de l'ensemble des services qui la constituent¹⁶⁴⁷. De même, au titre de l'alinéa 6 de l'article 98 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, est recevable la demande du juriste salarié d'un avocat justifiant de huit ans au moins de pratique professionnelle, postérieurement à l'obtention d'un titre ou diplôme mentionné au 2° de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1971. Dans ce cas de figure, la Cour de cassation vérifie « *l'expérience pratique réelle et effective pour la durée requise ainsi que la nature des fonctions* », de sorte qu'« *une « employée de bureau » ne semble pas remplir les conditions prévues, dans la mesure où un travail à temps partiel à raison de dix à quinze heures par semaine ne permet pas d'acquérir la pratique professionnelle requise, condition de la dispense de formation et du certificat d'aptitude* »¹⁶⁴⁸. La profession n'est pas hermétique et ne s'oppose pas à l'accueil de nouveaux confrères issus de voies moins conventionnelles, ceci sous réserve toutefois qu'ils démontrent leur aptitude et leur fiabilité à rejoindre le Barreau.

449. Si pour certains auteurs, « *l'examen d'entrée au CRFPA est contestable dans ses modalités et délicat à organiser, source d'injustice évidentes et flagrantes* »¹⁶⁴⁹, il est manifeste que l'entrée dans l'Ordre n'est possible que par l'obtention de diplômes préalables et d'épreuves d'admission, ayant pour but de tester à minima, le niveau en droit des futurs

1645 Article 98 3° du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 « *les juristes d'entreprise justifiant de huit ans au moins de pratique professionnelle au sein du service juridique d'une ou plusieurs entreprises* »

1646 CA Rennes audience solennelle du 22 mai 2015 n° 14/09418

1647 Civ 1ere 28 novembre 1995, n° 93-18606 : Bull. civ. I, n° 432 - civ.1ere 14 novembre 1995, n° 94-10002 : Bull. civ. I, n° 410 in Gazette du Palais, 11 juillet 2015 n° 192, p. 10 - CA Montpellier, 2 mars 2015, n° 14/07415, Dame C. c/ conseil de l'ordre du barreau de C

1648 Civ 1ere 5 février 2009, n° 08-10036 : JCP édition G 2009, 295, observations. MATHIAS - CA Montpellier, 2 mars 2015, n° 14/04581, B. c/ conseil de l'ordre du barreau de B

1649 BEIGNIER – BLANCHARD - VILLACEQUE « Droit et déontologie de la profession » PUF droit p 69 note 38

apprentis avocats. En effet, la profession d'avocat nécessite une formation universitaire puis professionnelle de haut niveau, à la hauteur de qualité du service qu'elle souhaite proposer aux clients. Le premier moyen pour la profession d'encadrer au mieux ses membres, passe par la garantie d'une formation de qualité que l'Etat consent à déléguer aux centres de formation. La déclaration commune des présidents des Barreaux européens et de la Méditerranée va dans ce sens et précise ainsi que « *la profession d'avocat doit s'exercer sur la base d'une formation universitaire et professionnelle, initiale et continue, de haut niveau adaptée aux exigences des clients afin de leur garantir le plus haut degré de sécurité juridique. Elle doit intégrer une dimension européenne et internationale* »¹⁶⁵⁰. Ce n'est pas le rôle de l'université française, ni même d'écoles privées à l'instar des notaires, de former les futurs avocats. Ils le sont par leurs pairs lors de l'apprentissage acquis durant les stages, et par l'étude durant six mois consécutifs apportée par des professionnels, des principes de la déontologie qui leur sera par la suite appliqués. Cette discipline est d'ailleurs sanctionnée par un examen final, afin que soit vérifiée l'assimilation de la déontologie par les élèves avocats. En effet, il paraît évident de connaître ses devoirs avant de les pratiquer. A ce propos, le professeur VILLACEQUE affirmait que « *pour être pratiquée, la déontologie doit être étudiée* » Il s'oppose ainsi à ROUSSEAU, déclarant que « *les romains ayant pratiqués la vertu, la perdirent lorsqu'ils commencèrent à l'étudier* »¹⁶⁵¹. Par ailleurs, l'ancien stage a été supprimé par la loi du 11 février 2004¹⁶⁵², en compensation de la prolongation des études au centre de formation.

450. C'est en étant initialement responsable de la formation technique et concrète qu'elle apporte à ses futurs membres, que la profession entend d'un part les contrôler donc s'auto réguler ; mais également revendiquer la régence de tout contentieux relatif au mépris de la déontologie qu'elle a pris soin d'enseigner à ses membres, par le biais de la responsabilité disciplinaire. Si une entité ou organisation est responsable d'un enseignement, elle peut légitimement par la suite prétendre à sanctionner individuellement les professionnels qui n'ont pas respecté les règles prescrites. La formation telle qu'elle existe n'est pourtant pas indemne de critiques. Selon JAMIN¹⁶⁵³, l'exemple de l'Ecole de Droit de Sciences Po montrerait qu'il n'est pas nécessaire de prévoir au moins cinq ans pour former de bons professionnels. ; ce qui permettrait de libérer du temps pour un apprentissage plus professionnel et moins théorique.

1650Extraits de la troisième conférence des Présidents des Barreaux européens et de la Méditerranée, organisée par le CNB à Marseille les 2-3 juillet 2010 : cnb-avocat.fr

1651 ALBIGES (C) –HUGON (C), et autres auteurs collectifs, « *Les déontologies des professions du droit : quel avenir ?* » LAMY Axe Droit 2010, p 103-104

1652Loi n°2004-130 du 11 février 2004 portant réforme du statut de certaines professions judiciaires ou juridiques et des experts judiciaires

1653JAMIN (C) « *La cuisine du droit* » LGDJ 2012 p284

451. Pour être fondée à exercer individuellement son autorité sur ses membres, la profession doit présenter davantage de garantie que la simple affirmation et reconnaissance d'une formation poussée. Les avocats et même les futurs avocats doivent obligatoirement être exemplaires. C'est pourquoi pour être admis au serment, une fois les divers examens et diplômes requis obtenus, le candidat doit présenter des conditions de moralité, telles qu'établies par les dispositions de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1971¹⁶⁵⁴. L'inscription du candidat sera acceptée, seulement lorsque la vérification de ces conditions aura été effectuée par le bâtonnier, et ce grâce au relevé du bulletin n°2 du casier judiciaire que lui transmet le procureur général. Par conséquent ce n'est qu'en cas de faits d'une gravité suffisante¹⁶⁵⁵, sur la base de remontrances motivées tant en fait qu'en droit¹⁶⁵⁶, que l'inscription au Tableau¹⁶⁵⁷ pourra être refusée. Le Conseil de l'Ordre ayant le pouvoir de statuer sur l'inscription au Tableau des avocats, conformément à l'article 17-1 de la loi du 31 décembre 1971.

452. L'amnistie, cette mesure législative annulant le caractère punissable de certains actes¹⁶⁵⁸, n'enlève pas le caractère délictueux des faits perpétrés, sauf au regard de l'action publique. Il en va de même pour la réhabilitation¹⁶⁵⁹. Pour la profession, il n'y pas de prescription en matière de morale, car « être avocat n'est pas seulement un métier, c'est avant tout un état¹⁶⁶⁰ ». Dès lors, même si l'article 11 de la loi du 31 décembre 1971¹⁶⁶¹ sanctionne par un refus d'inscription les condamnations de nature pénale, disciplinaire ou administrative, la jurisprudence a admis que si ces faits sont contraires à l'honneur et à la probité, le Conseil

1654 Art. 11 loi du 31 déc. 1971 : « Nul ne peut accéder à la profession d'avocat s'il ne remplit pas les conditions suivantes : (...) 4° N'avoir pas été l'auteur de faits ayant donné lieu à condamnation pénale pour agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs ; 5° N'avoir pas été l'auteur de faits de même nature ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ; 6° N'avoir pas été frappé de faillite personnelle ou d'autre sanction en application du titre VI de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises »

1655 Civ 1ère 7 juillet 1987 D. 1988, somm. 233, obs BRUNOIS (A)

1656 Civ 1ère 13 juin 1982, Gaz. Pal. 1982, panorama 86

1657 Selon un arrêt de règlement rendu en 1344 par le parlement de Paris « Nul n'aura le titre d'avocat s'il n'a été reçu en la Cour après serment et la qualité d'avocat ne donnera le droit de plaider qu'autant que l'avocat sera inscrit au Tableau » MELLOTT « Règles sur la profession d'avocat » Paris 1842 T1 p 207 in MARTIN (R) « Déontologie de l'avocat » Pratique Professionnelle Litec 9e édition 2005-2008.

1658 Extraits définition du Barreau de Paris www.avocatparis.org

1659 Civ. 1ère 24 janvier 1995, n° 92 – 22056, Bull. Civ. I, n° 48, p. 34).

1660 TAISNE (J-J) « La déontologie de l'avocat », Connaissance du droit éd. Dalloz 2009 p.10

1661 Article 11 loi du 31 déc. 1971 : « Nul ne peut accéder à la profession d'avocat s'il ne remplit pas les conditions suivantes : (...) 4° N'avoir pas été l'auteur de faits ayant donné lieu à condamnation pénale pour agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs ; 5° N'avoir pas été l'auteur de faits de même nature ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ; 6° N'avoir pas été frappé de faillite personnelle ou d'autre sanction en application du titre VI de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises (...) »

de l'Ordre peut refuser l'inscription au Barreau de l'auteur de ces agissements¹⁶⁶². De même, des faits antérieurs à la demande d'inscription qui seraient contraires aux règles déontologiques comme l'indélicatesse¹⁶⁶³, l'atteinte à la probité et au désintéressement¹⁶⁶⁴, l'absence de garanties de dignité, d'honorabilité ou de probité¹⁶⁶⁵, peuvent donner lieu au refus d'inscription. Récemment, un candidat à la profession a soulevé l'illégalité des dispositions de la législation professionnelle nationale sur l'inscription au Tableau.. Condamné pénalement, il souhaitait faire juger que leur application, entraînant un refus d'inscription, constituait une double peine. La CA¹⁶⁶⁶ a rejeté ce moyen, conformément à une décision plus ancienne¹⁶⁶⁷ ou, condamné au pénal, une personne s'était rendue coupable de meurtre, de l'incendie de l'appartement de la victime et du vol de ses bijoux. Durant son incarcération la personne avait obtenu plusieurs titres universitaires, dont une licence en droit, et avait exercé après sa libération une activité libérale de rédacteur d'actes juridiques. Les juges refusèrent l'accès à la profession au regard des qualités de modération, de dignité et d'honneur attendues des auxiliaires de justice. sur la base des textes

453. Les faits de nature civile¹⁶⁶⁸ telle que la concurrence déloyale, ou encore l'existence d'une ancienne procédure disciplinaire à l'encontre d'un candidat¹⁶⁶⁹, peuvent également faire obstacle à l'inscription. En revanche, dès que l'inscription du candidat est acceptée, le bâtonnier le présente à la Cour d'appel pour qu'il prête le serment qui fera de lui un avocat donc un auxiliaire de justice. Ce serment socle de la déontologie reprend d'ailleurs les qualités essentielles que l'avocat s'engage solennellement à respecter durant toute sa vie professionnelle : « *Je jure comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité* »¹⁶⁷⁰. L'obligation d'une moralité à toute épreuve est donc fortement marquée. L'Ordre entend intégrer des professionnels dignes, dont la réputation n'est pas entachée. En effet, l'admission d'un avocat auteur d'agissements répréhensibles aurait pour conséquence de ternir la réputation de la profession dans son ensemble. L'inscription au Tableau signifiant la reconnaissance par la profession d'un de ses pairs, la portée de cette décision n'est pas qu'individuelle. Les répercussions vont au delà, et portent atteinte à un bien commun¹⁶⁷¹. C'est bien par le contrôle des qualités morales de ses membres, effectué avant

1662CA ROUEN 7 juillet 1992, Gaz. Pal. 16 sept. 1993, observations DAMIEN (A)

1663CA Colmar 8 juillet 1974, Gaz. Pal. 1975, 530 - CA Nîmes 25 septembre 1978, Gaz Pal 1979 1 19

1664CA Montpellier 31 mars 1992, D. 1994, somm. 131, observations. BRUNOIS

1665Civ 1ère 2 juin 1981, JCP 1981, IV, 294

1666CA Grenoble, 28 octobre 2014, n° 14/00276

1667Civ. 1ère 9 décembre 1997, n° 95-17186, Bull. Civ. I, n° 357, p. 241

1668CA Bordeaux 20 décembre 1984, Gaz. Pal. 1985, 241, note DAMIEN. (A)

1669Civ 1ère 10 juillet 2001, JCP 2002, I, 136 n°6, observations MARTIN.(R)

1670Article 3 de la loi du 31 décembre 1971

1671Cass 30 mai 2005 : la conduite en état d'ivresse d'un avocat est un agissement portant atteinte à la considération due aux avocats et constitue un manquement à l'honneur. In HARNAIS (S) sous sa direction « *Régula-*

qu'ils n'entrent en exercice, que la profession peut légitimer une certaine autorégulation, puis assoir son autorité au sein du corps qu'elle forme.

454. Ces impératifs ne s'arrêtent pas au seuil de la candidature du futur avocat. Il existe des cas d'incompatibilité prévus par la loi une fois le professionnel en exercice. En effet l'article 115 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991, précise par principe que « *La profession d'avocat est incompatible avec l'exercice de toute autre profession, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires particulières* ». Les incompatibilités sont énumérées à l'article 111 de ce même décret¹⁶⁷², et ne s'apprécient qu'après la date de la prestation de serment, à laquelle l'exercice de la profession d'avocat est subordonnée¹⁶⁷³. A défaut du respect de toutes les obligations mentionnées, des sanctions disciplinaires s'appliquent. Elles sont l'expression du contrôle des comportements des avocats par la profession elle-même, sous entendu un dispositif de régulation interne. Cette auto régulation organisée poursuit un but particulier, il s'agit en effet de sauvegarder la réputation de la profession dont l'avenir dépend, mais pas seulement. En outre, les mandats politiques ne font pas partie de ces incompatibilités. François Mitterrand le 10 mai 1981 remportait la victoire au second tour de l'élection présidentielle Pour la première fois au sein de la Ve République, un avocat occupait la charge la plus importante de l'Etat. Néanmoins, il faut préciser que ses liens avec la profession tiennent surtout à sa formation initiale. MITTERAND a peu plaidé et a été inscrit tardivement au Barreau. Il paraît difficile de concilier avec sérieux la mission d'avocat et de chef de l'Etat.

455. Par ailleurs, le projet de loi n° 208 du 17 septembre 2013 sur la transparence de la vie publique, souhaitait interdire à un parlementaire d'exercer toute activité professionnelle qui n'était pas la sienne avant le début de son mandat. Il lui interdisait en outre d'exercer une fonction de conseil, sauf dans le cadre d'une profession libérale ou soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et qu'il exerçait avant le début de son mandat¹⁶⁷⁴. A ce sujet, le déontologue de l'Assemblée nationale Ferdinand MELIN-

tions professionnelles et pluralisme juridique : une analyse économique de la profession d'avocat » Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice p 117

1672 La profession d'avocat est incompatible :

- a) Avec toutes les activités de caractère commercial, qu'elles soient exercées directement ou par personne interposée ;
- b) Avec les fonctions d'associé dans une société en nom collectif, d'associé commandité dans les sociétés en commandite simple et par actions, de gérant dans une société à responsabilité limitée, de président du conseil d'administration, membre du directoire ou directeur général d'une société anonyme, de gérant d'une société civile à moins que celles-ci n'aient, sous le contrôle du Conseil de l'Ordre qui peut demander tous renseignements nécessaires, pour objet la gestion d'intérêts familiaux ou professionnels

1673 Civ 1re, 20 mars 2014, F-D, n° 13-14.663

1674 AVRIL (Y) www.yvesavril.com

SOUCRAMANIEN, dans le cadre de son rapport annuel consacré au progrès de la déontologie au sein de la représentation nationale s'est penché sur la question du cumul des activités de parlementaire et d'avocat. Il a rappelé que les dispositions de l'article LO 149 du code électoral interdisant aux avocats investis d'un mandat de député de plaider ou de consulter contre l'Etat, les sociétés nationales et les collectivités ou établissements publics, doivent s'étendre aux collaborateurs du cabinet, ainsi qu'aux associés de l'avocat parlementaire. Il a par ailleurs indiqué qu'il était nécessaire de séparer strictement l'activité d'avocat de celle de député, tout en considérant que « *les risques de conflits d'intérêts liés à la profession d'avocat sont faibles* »¹⁶⁷⁵. Le Conseil constitutionnel sollicité a estimé que ces interdictions, par leur portée, excédaient ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de l'électeur, l'indépendance de l'élu, ou prévenir les risques de confusion ou de conflit d'intérêts¹⁶⁷⁶.

456. En outre, par exception au principe général d'interdiction du cumul des professions, l'article 115 alinéa 2 du décret du 27 novembre 1991 prévoit une liste d'activités compatibles avec la profession d'avocat. Il s'agit notamment des fonctions d'enseignement, de collaborateur de député, de suppléant du juge d'instance, de conseiller prud'hommes, ou encore d'arbitre et de médiateur. L'avocat peut également être désigné comme administrateur judiciaire mais il lui est interdit d'être simultanément ou successivement avocat et administrateur judiciaire d'une même entreprise. De plus, l'avocat peut être mandaté par l'Etat de missions temporaires telles que l'accomplissement d'une expertise judiciaire¹⁶⁷⁷. La profession est également protégée via la sanction de son exercice illégal. Néanmoins, il a été jugé que chiffrer et négocier des montants d'indemnisation pour le compte d'un assuré n'est pas pratiquer le droit. Ainsi fut relaxé un expert d'assuré auquel l'Ordre des avocats reprochait d'exercer illégalement la profession d'avocat¹⁶⁷⁸.

Ainsi pour assurer un contrôle interne efficace sur les membres qui la composent, la profession dispose de moyens qu'elle met elle-même en œuvre, dans le but de préserver son honneur, la qualité des services qu'elle offre et la confiance qu'elle doit inspirer au justiciable.

1675 « *Les progrès de la déontologie à l'Assemblée nationale* » Rapport public annuel sur la mise en œuvre du Code de déontologie remis au Président et au Bureau de l'Assemblée nationale par Ferdinand Mélin-Soucranien, Déontologue de l'Assemblée nationale, en application de l'article 80-3 du Règlement, 17 juin 2015 http://www2.assemblee-nationale.fr/static/deontologue/deontologue_rapport_2015.pdf

1676 Conseil constitutionnel, décision du 9 octobre 2013, n° 2013-675 DC et n° 2013-676 DC

1677 Articles 6 bis de la loi du 31 décembre 1971 et 116 du décret du 27 novembre 1991

1678 CA Amiens 18 juin 2014, n° 13/00961

B - Les buts poursuivis par cette autorégulation

457. L'exigence de qualité de la formation professionnelle de l'avocat et la moralité de ses membres telle qu'évoquée, serait guidée par l'intérêt du client. Et pour cause, la sécurité juridique indispensable aux échanges économiques et sociaux, devient présente dans les relations entre l'avocat et son client. L'intérêt du client est ainsi mis en avant par une obligation de qualité du service fourni par le professionnel. Cette nécessité se traduit par des garanties données par la déontologie de l'avocat, qui « *constitue un socle incontestable guidant son comportement en toutes circonstances* »¹⁶⁷⁹. Cette démarche tendant vers un service qualitatif est bien plus que souhaitée par la profession, elle lui est nécessaire pour continuer à être crédible et permettre de créer une relation de confiance avec le justiciable : « *les services juridico-judiciaires produits par les avocats constituant des biens de confiance* »¹⁶⁸⁰.

458. Si l'autorégulation de la profession apparaît comme étant l'expression d'un corporatisme certain, ce point de vue gagne en noblesse lorsqu'il a pour fin de servir l'intérêt du justiciable. D'autre part, inciter celle-ci à contrôler que ses membres fournissent des services de qualité, permet d'assurer sa bonne réputation. Ces deux desseins sont indissociables : « *offrir un bon service devient pour un avocat un problème de réputation* »¹⁶⁸¹. L'engouement pour la certification ISO 9001 gage de qualité pour les clients dans les années 2000 est une pratique plutôt abandonnée à présent, il demeure néanmoins la réputation comme substitut à l'évaluation de qualité. Le client profane n'est pas apte à juger des compétences et qualités réelles de l'avocat, ce pourquoi il paie c'est sa réputation, signe pour lui d'une garantie d'efficacité et de savoir faire. Le professionnel qui se comporte conformément aux prescriptions de sa déontologie comme l'énonce l'article 3 du décret du 12 juillet 2005, soit faire preuve à l'égard de ses clients de « *compétence, diligence, dévouement, prudence* », et exerce ses fonctions « *avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment* » atteint ces deux buts. La rédaction de cet article n'est pas anodine, elle lie au sein d'un même texte les deux objectifs principaux que la profession poursuit. Plus que coexister, ils sont interdépendants, et non applicables au

1679 Déclaration commune 3^{ème} conférence des présidents des Barreaux européens et de la méditerranée, Marseille, 2-3 juillet 2010

1680 HARNNAIS (S) sous sa direction « *Régulations professionnelles et pluralisme juridique : une analyse économique de la profession d'avocat* » Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice, Université Paris Ouest Nanterre La Défense Octobre 2013 p 47

1681 HARNNAIS (S) précité p 47

détriment l'un de l'autre. Il serait donc faux de prétendre que les règles déontologiques servent avant tout, voire exclusivement, des intérêts corporatifs plutôt que l'intérêt général. Certes la déontologie s'applique uniquement aux membres d'une profession, elle a pourtant des impacts directs et certains sur le client. En effet, elle permet de réduire le risque de comportement inapproprié de l'avocat qui pourrait profiter de la faiblesse du justiciable, tout comme « *le serment d'Hippocrate des médecins limite la production de soins de santé de mauvaise qualité* »¹⁶⁸².

459. La déontologie et la justice disciplinaire, plus que des outils corporatifs sont un mode de gestion collective de la qualité des services. Tels sont les avantages d'une autorégulation, qui passent nécessairement par l'autoproduction de règles propres, et a posteriori l'application d'une sanction interne. La profession se préserve ainsi d'atteintes qui jetteraient l'opprobre sur ses membres. Sa gouvernance se justifie donc par la recherche du bien être du client et le maintien du lien de confiance qui doit le lier à son avocat, ainsi qu'à la bonne réputation de la profession, elle même indispensable à la création de ce lien. Il convient de souligner à nouveau l'interdépendance exposée plus haut : la qualité de service offerte au justiciable, nécessite et dépend d'une renommée sans faille. Cette dernière est rendue possible grâce à la stricte observation de principes et de règles définies et édictées par la profession ; celle ci étant la mieux placée pour apprécier les comportements adéquats ou au contraire inadaptés face aux exigences qu'elle s'est fixée. L'autorégulation permet la production de service professionnel de qualité supérieure, bien plus que si d'autre mode régulateurs extérieurs existaient. De plus la discipline apparaît selon FAURE comme un « *mode effectif de sanction de l'offre de service juridique de basse qualité des avocats réprimant les manquements déontologiques., avec en complément la justice civile et pénale les sanctionnant à l'instar des citoyens lambda* »¹⁶⁸³. Ce type de corporatisme ne peut qu'être défendu. Il est ainsi plus aisé de comprendre pourquoi l'intervention de l'autorité étatique par le biais de réformes touchant au secret professionnel a été tant décriée par la profession. Cette intrusion dans ce qui se révèle être des règles séculaires participant à l'entretien de bonnes relations entre avocat et client, ne pouvant que nuire à la réputation de la profession, en faisant naître dans l'esprit du justiciable que ce secret n'est qu'un privilège de corporation.

460. Néanmoins, Thierry WICKERS ancien président du Conseil national des Barreaux n'hésite pas à souligner que compétence et déontologie ne suffiront pas à préserver la profession dans l'avenir. Dans une récente interview accordée à la Gazette du palais, l'auteur

1682HARNAIS précité p 116

1683FAURE (B) « *Le devoir de conseil de l'avocat* » mémoire CFRPJ Limoges 2000 p 2 résumé final

rapportait l'existence d'un « *phénomène massif d'absence de connaissance des droits et d'accès au droit* », d'autant que « *le marché du droit est mal desservi, et l'offre des avocats ne correspond pas du tout à la demande* »¹⁶⁸⁴. Ainsi, plus de 50 % de la population n'aurait pas accès au droit. Les potentiels clients, pour certains, ignorent le caractère juridique de leurs problèmes et leur possibilité de faire appel à un avocat. WICKERS s'appuie également sur un sondage réalisé aux USA et transposable en France, selon lequel 80 % des entreprises ne passent pas par des avocats, ce chiffre en droit de la famille atteint 90 %. Aussi, « *lorsque l'on demande à des américains moyens : avez-vous rencontré un problème juridique dans les douze derniers mois ?, 90 % répondent non. Mais si on leur demande s'ils ont connu une difficulté avec leur patron, leur banquier, ou leur propriétaire, on réalise que près de 75 % ont, en fait, rencontré un problème juridique* »¹⁶⁸⁵.

461. Pour WICKERS « *la théorie de l'innovation explique que ce qui importe, c'est la structure du marché au moment où l'innovation se présente. Si les consommateurs ne sont pas satisfaits par l'offre existante, ils vont opter pour l'offre alternative.* » Ainsi, l'autre type de clientèle arbitre entre le prix et la qualité, prêt à avoir recours à un service de moins bonne qualité, mais qui répondra à un besoin ponctuel. Faire interdire ce type de prestation de droit à la chaîne¹⁶⁸⁶, en se servant de la déontologie comme bouclier n'est pas une solution pour l'auteur. Celui ci préconise l'évolution de la profession et suggère implicitement à ses confrères l'abandon systématique et défensif du recours aux principes essentiels de la profession contre le « *non avocat* », en privilégiant une « *réponse alternative et efficiente* » au justiciable. Il cite à titre d'exemple l'AGN (Agence nouveaux avocats), « *ou trois avocats ont ouvert une agence boutique visible de la rue, à Paris, avec des tarifs affichés en totale transparence. Dès le premier jour, de nombreux clients potentiels sont entrés, tous habitants des rues voisines, attirés par le logo et la vitrine. C'est bien la preuve que le besoin de droit ne demande qu'à s'exprimer et que les avocats doivent simplement transformer leur manière d'y répondre* ». WICKERS conclut en ces termes sibyllins sonnante comme un avertissement : les avocats doivent s'adapter « *face à un monde qui évolue et qui pourrait très vite faire sans eux* », d'autant que « *la profession libérale, dans sa conception traditionnelle,*

1684 WICKERS (T) Propos recueillis par Eve BOCCARA, Gazette du Palais 25 octobre 2014 n° 298, p. 5

1685 WICKERS (T) Propos recueillis par Eve BOCCARA, précité.

1686 L'auteur fait référence à la création du site « Demanderjustice.fr » qui vante ses services notamment sur les réseaux sociaux, en mentionnant ceci : « *VOTRE DOSSIER JURIDIQUE COMPLET EN MOINS DE 10 MN, sans se déplacer, sans assistance, sans besoin de connaissances juridiques, sans frais d'avocats* », créant ainsi une concurrence directe avec la profession. Celle ci a tenté de faire interdire le site sans succès. En revanche, un site vantant le divorce rapide et à bas prix a été interdit par voie de référé, cette activité étant d'évidence constitutive d'un trouble manifestement illicite CA Aix-en-Provence, 1^{er} ch. C, 2 avr. 2015, n° 2015/243

est morte ou du moins qu'elle agonise »¹⁶⁸⁷. Ces propos rejoignent ceux d'ADER qui déjà en 2004, lors d'un colloque dédié à l'éthique des professions judiciaires, soulignait les modifications à venir quant aux règles et usages de la profession¹⁶⁸⁸.

L'emploi initial de la déontologie se voulait protecteur, tant à l'égard de la profession que du justiciable. En effet, la matière est considérée comme le ciment fédérateur des avocats, la garantie première du justiciable, l'âme véritable de la profession. Mais désormais, les lois de la profession sont soumises à celles du marché, de sorte que la déontologie est passée de bouclier à handicap. Il semblerait qu'un assouplissement des règles professionnelles en phase avec les exigences actuelles, permettent de reconquérir la clientèle afin que l'équilibre premier et les buts visés par la profession soient rétablis. Les avocats sont ainsi appelés à réfléchir à une réelle évolution de leur profession. Cette modernisation doit passer par la prise en compte des intérêts et attentes du justiciable, car ce sont eux qui donnent sens et font vivre la profession. Néanmoins, selon le Bâtonnier BRUNEL¹⁶⁸⁹, elle ne pourra se faire au détriment des principes de confiance et de secret absolu.

1687 ADER (H) - DAMIEN (A) « Règles de la profession d'avocat », Dalloz Action, 14^{ème} édition 2013-2014, n°04.43 p 21

1688 ADER (H) in FRICERO (N) « Éthique et professions judiciaires » Collection Droit et procédures – Actes du colloque de mai 2004 p 67

1689 Maître BRUNEL a prêté serment en 1974 et est Bâtonnier de l'Ordre de Montpellier depuis janvier 2015

CHAPITRE II – LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE DE L'AVOCAT

L'étude du régime de la responsabilité disciplinaire nécessite en premier lieu de porter attention aux infractions disciplinaires et les sanctions qui s'y rattachent (S1) afin d'envisager la procédure devant les instances disciplinaires (S2)

Section I- LES INFRACTIONS DISCIPLINAIRES ET LES SANCTIONS Y AFFERENTS

462. L'infraction disciplinaire découle d'une faute de même nature, soit la faute disciplinaire. Pour MOREAU et TRUCHET, il n'existe aucune définition de la faute disciplinaire, celle-ci s'appréciant au cas par cas¹⁶⁹⁰. Elle peut néanmoins être perçue comme une violation des devoirs professionnels selon NEZARD¹⁶⁹¹, soit un véritable manquement aux devoirs de la profession tel qu'édictés par la déontologie. A noter que pour l'avocat il est difficile de parler de Code de déontologie dans la mesure où ce terme renvoie à une compilation unique de dispositions, le texte s'y rapprochant est le RIN, or il y a un RIN pour chaque Barreau donc une déontologie différente possible pour chacun. Une notion plus large est communément acceptée en ce qu'elle assimile à une faute les actes de la vie privée portant atteinte à la profession. Cette idée est reprise pour les fonctionnaires¹⁶⁹² pour qui « *les actes hors du service et de nature à porter atteinte à l'exercice de la fonction* » sont aussi des fautes professionnelles. De ce point de vue, apparaît une des fonctions de la déontologie : sanctionner l'immoralisme d'un de ses membres, puisque pour MOLLOT, en plus d'une « *probité commune* », il faut au professionnel une « *extrême délicatesse* ». CRESSON complétant : « *on ne devient pas avocat sans être un honnête homme* »¹⁶⁹³. Aussi, « *la vie privée ne saurait être explorée lorsqu'elle n'a pas causé de scandale public, mais il en va autrement quand les désordres de la vie privée sont devenus publics jusqu'au scandale* »¹⁶⁹⁴.

1690 MOREAU – TRUCHET in MORET-BAILLY (J) « *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 p 173

1691 CARTON (J-P) « *Contribution à l'élaboration d'un droit disciplinaire professionnel* » Thèse 1995 p131

1692 MARTY (C) « *Répression pénale et répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics* » thèse Paris 1947 in CARTON p 80

1693 MORET – BAILLY « *Les déontologies* » PU Aix Marseille 2001 p 220

1694 MORET-BAILLY précité p 221 – Conseil de l'Ordre de Lyon 20 mars 1874 : « *si la vie purement privée de l'avocat échappe au pouvoir disciplinaire, tous ses actes peuvent en devenir à bon droit justiciables, quand leur caractère reprochable, leur fréquence, leur notoriété, leurs conséquences fâcheuses viennent les signaler au public ; quand ils compromettent ainsi, dans l'avocat qui les commet, cette considération tenue à si*

Cette logique vaut toujours, peu importe l'époque considérée, c'est le résultat de l'incidence disciplinaire de faits extraprofessionnels. Aussi, l'avocat condamné pour agression sexuelle sur ses filles ne peut échapper à la juridiction disciplinaire au motif que les faits relèvent de sa privée, « *ceux ci étant d'une extrême gravité et constituant à tout le moins un manquement très grave à l'honneur* »¹⁶⁹⁵

463. Par ailleurs, l'infraction disciplinaire ou faute, se définit tant dans le cadre de l'action que l'omission au même titre qu'une faute de droit commun, imputable à son auteur et punie d'une sanction disciplinaire. Pour MOLLOT¹⁶⁹⁶, il est impossible de spécifier en fait, les infractions et les fautes dont le conseil de l'Ordre est appelé à connaître parce qu'elles se présentent avec des nuances infinies. Il suffit de rappeler qu'elles résultent de tous les actes qui sont contraires aux règles de l'exercice légal de la profession. Résumer ainsi la notion d'infractions disciplinaires appelées encore manquements disciplinaires, c'est souligner le caractère vaste qui les définit. Ca n'est que par empirisme qu'il est possible d'en identifier certaines.

Cette section fera donc l'objet de l'étude des infractions relevées dans la pratique (§1) et des sanctions prononçables à leur encontre (§2)

Paragraphe I- Les infractions constatées

464. Les textes relatifs aux infractions disciplinaires sont peu nombreux. On recense la loi du 31 décembre 1971 s'agissant de la suspension provisoire, le décret du 27 novembre 1991 évoquant à l'article 183 les fautes disciplinaires de manière très large, ainsi que la « *nomenclature des peines disciplinaires* » en son article 184, puis le RIN aux articles 1.3 et 1.4 sur l'interprétation et le respect des règles. Il est donc totalement impossible d'établir une comparaison avec cet autre droit prévoyant des incriminations au sein du Code pénal, qu'est le droit pénal. Il n'existe aucune compilation légale ou réglementaire officielle des manquements assimilés à des infractions disciplinaires, qui pourrait constituer un Code¹⁶⁹⁷, et encore moins

haut prix par le corps auquel il appartient, quand ils amoindrissent ce patrimoine d'honneur que la solidarité confraternelle rend propre à chacun des membres de l'Ordre comme elle l'en rend comptable vers tous » - La Cour de cassation considère par ailleurs « *qu'il est impossible de distinguer... l'homme de l'avocat ; que l'honneur et la dignité de l'avocat, sur lesquels le Conseil de discipline est appelé à veiller, ne peuvent exister sans l'intégrité de la vie privée* »

1695Conseil régional de discipline 27 février 2007 in AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » Dalloz 2015-2016 n°71.31

1696MOLLOT in ADER - DAMIEN « *Règles de la profession d'avocat* » p 791

1697Certes depuis 2011 un Code de l'avocat existe, mais son contenu est quasi similaire aux divers ouvrages existants sur la déontologie de la profession. D'ailleurs son titre plutôt général, traduit le caractère global des

de définition ce ceux ci. De même, une définition à contrario précisant ce en quoi pourrait constituer les devoirs déontologiques n'est apportée, comme le souligne LE TOURNEAU. Or les devoirs ne sont pourtant ni à négliger, ni à mépriser¹⁶⁹⁸, puisque pouvant engager la responsabilité du professionnel. L'interprétation en la matière est donc large, et finalement, « les définitions légales de la faute disciplinaire ne sont surtout que des mentions du cadre général dans lequel s'inscrit la reconnaissance de cette faute »¹⁶⁹⁹. DAMIEN à ce titre, n'hésite pas à souligner : « avec une définition aussi large de l'infraction disciplinaire, on peut dire que l'avocat est soumis au régime de l'infraction indéterminée. » Et de poursuivre, « tout fait quelconque même non professionnel, commis à n'importe quel moment, n'importe ou, dès lors que l'auteur est avocat, peut être justiciable de sanctions disciplinaires »¹⁷⁰⁰. Ces conclusions amènent à constater que le droit disciplinaire de la profession n'est pas soumis au principe de légalité, selon lequel la définition d'une incrimination doit inclure l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non¹⁷⁰¹, et ce même si le conseil d'Etat prétend soumettre à ce principe les sanctions administratives¹⁷⁰² comme pénales.

465. Par ailleurs, la justice disciplinaire n'étant pas une justice étatique, le juge constitutionnel reconnaît au législateur la faculté pour lui d'attribuer un pouvoir de répression à une autorité ne relevant pas du pouvoir judiciaire¹⁷⁰³, tout comme la substitution par le législateur d'une sanction créée par la loi à une autre n'est pas inconstitutionnelle¹⁷⁰⁴. On peut donc aisément comprendre pourquoi la référence aux sanctions administratives et pénales ne peut avoir vraiment d'impact, si ce n'est à pur titre comparatif. Par conséquent, n'étant pas une sanction administrative, la sanction disciplinaire de l'avocat ne peut être soumise à l'autorité du conseil d'Etat. Quant à la Cour de cassation, voire la Cour d'appel, elles interviennent pour les cas ou les instances disciplinaires ne se prononcent pas, ou encore lorsqu'elles pour des questions de droit pur, elles ne peuvent que s'en remettre au juge judiciaire qui demeure le juge du droit. Si pour certains le droit disciplinaire se constitutionnalise¹⁷⁰⁵, notamment

informations qu'il comporte. Ce n'est donc pas un Code de discipline des avocats. Code de l'avocat édité chez Dalloz.

1698LE TOURNEAU « *Ethique et droit* » in « *Contribution à l'étude juridique de la probité* » Thèse Paris la Sorbonne 2012 précitée p 38

1699Extraits : FREDERIC (L) « *La constitutionnalisation du droit disciplinaire* » à l'occasion du VI^e congrès français de droit constitutionnel A.F.D.C. Montpellier 9-11 juin 2005.

1700BLANCHARD in BEIGNIER (B) BLANCHARD (B) VILLACEQUE (J) « *Droit et déontologie de la Profession d'avocat* » PUF Droit Collection Droit Fondamentale 1^{ere} édition 2002p 452-453

1701C const n°99-411 DC du 16 juin 1999 Sécurité routière RJC I-820 ; AJDA 1999 p.763 et p 690 chron.

SCHOETTL (J-E) RDP 1999, p 1287, note LUCHAIRE (F)

1702C const n°88-248 DC du 17 janvier 1989, Conseil supérieur de l'audiovisuel

1703C const 29 septembre 2011 n° 2011-179 QPC JO 30 septembre 2011 p 16472 D 2012 1638 obs BERNAUD et JACQUINOT

1704C const n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Sécurité et liberté et décision précitée.

1705FREDERIC (L) « *La constitutionnalisation du droit disciplinaire* » à l'occasion du VI^e congrès français de droit constitutionnel A.F.D.C. Montpellier 9-11 juin 2005. précité

concernant le statut des magistrats judiciaires¹⁷⁰⁶ ou des fonctionnaires¹⁷⁰⁷, force est de constater que d'une part c'est davantage le droit européen qui appuie son autorité sur la discipline des avocats, par le truchement de son article 6, que le droit interne. En fait, « *le principe de légalité de l'incrimination entendu au sens formel, c'est à- dire dans le sens de l'existence d'un texte législatif, n'est certainement pas applicable en matière disciplinaire* »¹⁷⁰⁸. Pour nuancer ce point, on pourrait se satisfaire des références précitées qui se bornent à énoncer les obligations auxquelles est soumis l'avocat. Aussi peu complètes et imprécises soient elles, cela suffit pour contester l'absence totale d'application du principe de légalité aux fautes disciplinaires, si l'on s'en réfère à une décision récente¹⁷⁰⁹. S'agissant des sanctions leur existence est établie. Il n'y a pas d'exception au principe de non rétroactivité, et le principe de non cumul procédant de celui de légalité, est bien respecté. Ceci étant précisé, il convient d'examiner ce que la pratique, considère comme des manquements.

Se distinguent les manquements envers autrui (A) et ceux constatés à l'encontre des confrères (B)

A - Les manquements déontologiques en dehors de la profession

Les manquements à la déontologie sont ressentis au delà du cercle professionnel ou d'un Barreau stricto sensu . En ne respectant pas ses obligations l'avocat va à l'encontre de la société (1) même si les non- avocats ne sont pas concernés directement par la déontologie, certains manquements sont tels qu'ils marquent une globalité, soit chacun d'entre nous. En outre, les profanes peuvent être touchés par un manquement déontologique plus spécifiquement en leur qualité de client (2)

1 - Les manquements à l'égard de la société en général

466. Pour MORET-BAILLY et TRUCHET, « *la déontologie est à la mode dans tous les secteurs de la société* », au delà, elle traduit « *une aspiration profonde à la loyauté et à*

1706 Décision n°93-336 DC du 27 janvier 1994, Loi organique modifiant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958, relative au statut de la magistrature, RJC I-579 ; décision n°2001-445 DC du 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature

1707 Décision n°87-230 DC du 28 juillet 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social, décision n°77-83 DC du 20 juillet 1977, loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961 (obligation de service des fonctionnaires), RJC I-315 ; RFDA , 1987, p. 807, note GENEVOIS (B)

1708 AUBY (J-M) « *Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics* » in « *Droit privé et Déontologie* » MARTINEAU – BOUGIGNAUD (V) Thèse Nantes 1995 p 192

1709 CE 22 juin 2012 req n° 353854 NP

*l'équité dans les relations de professionnels entre eux , mais aussi avec leurs clients et leurs usagers, et plus largement avec le public »*¹⁷¹⁰.

467. L'avocat du fait de sa qualité d'auxiliaire de justice doit être irréprochable, et agir conformément à de nombreux principes. BLANCHARD souligne avec force cet impératif : « *l'avocat porteur de civilisation doit être irréprochable en tout et pour tout* »¹⁷¹¹. Il incarne étant donné sa profession certaines qualités, dont l'irrespect est sanctionnable. Dans ce cas, il est estimé que l'avocat commet un manquement global, ressenti et perpétré à l'égard de tous et de tout le monde, y compris envers ses pairs, car il jette l'opprobre sur la profession en entier. Comme précisé précédemment¹⁷¹², l'avocat est tenu à certains égards envers les magistrats dont les manquements sont susceptibles d'être constitutifs de délits d'audience. Il en est de même envers l'institution judiciaire en son ensemble. Illustration de cette dernière exigence : l'avocat lorsqu'il plaide devant une juridiction extérieure au ressort de son Barreau, doit se présenter au président et au magistrat du ministère public tenant l'audience, avant celle-ci. De même l'avocat ne peut jeter l'opprobre sur les jurés d'assises et remettre en cause leur probité. Déclarer : « *j'ai toujours su que l'acquittement était possible. Un jury blanc, exclusivement blanc où les communautés ne sont pas toutes représentées, avec il faut bien le dire une accusation extrêmement molle, des débats dirigés de manière extrêmement orientée. La voie de l'acquittement était une voie royale offerte. Ce n'est pas une surprise* », a été assimilé à un manquement au devoir de modération et délicatesse justifiant le prononcé d'un avertissement¹⁷¹³.

468. L'avocat doit en tout état de cause être digne, y compris dans le cadre de sa vie privée. Il n'y a pas de césure temporelle ni professionnelle, car « *l'avocat ne cesse pas d'être avocat dans sa vie privée, il s'agit d'un état en sus d'une profession ,souvenir de l'état de clerc dont il est issu* »¹⁷¹⁴. La vie privée est contrôlée non du point de vue de la morale mais sur le fondement d'un critère fonctionnel : la réputation du professionnel, car elle demeure liée à sa crédibilité en justice. Ainsi un avocat ne doit pas faire la manche : « *la profession d'avocat interdit pour celui qui entend l'exercer, de solliciter la générosité du public, en jouant de la musique dans les rues et sur les marchés en dehors de toute organisation officielle. Pour qu'il y ait atteinte à la dignité de l'exercice de la profession d'avocat, il faut qu'extérieurement,*

1710MORET-BAILLY (J) – TRUCHET (D) « Déontologie des juristes » Licence droit PUF 2010 propos introductifs p 16

1711BEIGNIER (B) - BLANCHARD (B) - VILLACEQUE (J) « *Droit et déontologie de la Profession d'avocat* » PUF Droit Collection Droit Fondamentale 1ere Edition 2002 p 469 - Gazette du Palais LGDJ Ed 2008 p 451

1712Voir l'immunité judiciaire chapitre II , section 1, les causes d'irresponsabilités pénales

1713Civ 1ere 5 avril 2012 n° 11-11.044

1714MARTIN (R) « *Déontologie de l'avocat* » Paris litec 10e édition 2008 n° 373

*ostensiblement , un signe rappelle la double qualité du concertiste, l'appréciation du cumul des deux activités devant s'effectuer objectivement et non subjectivement »*¹⁷¹⁵.

469. Les manquements peuvent être illustrés de bien des manières. La gestion des difficultés financières est aussi un point délicat. Ainsi, l'endettement important estimé à plus d'un million de francs, la carence permanente à régler ses cotisations fiscales et sociales, l'incapacité à réduire son passif, sont des faits qui caractérisent un manquement grave aux obligations de dignité et de délicatesse. En conséquence, une peine de six mois d'interdiction fut infligée au professionnel concerné¹⁷¹⁶. Pour autant, le caractère discret des dettes ne constituent pas des manquements à l'honneur et la probité. Dans le cas d'un redressement judiciaire, le procureur général a obtenu une interdiction de 8 mois contre celle de 6 mois auparavant prononcée par le Conseil de l'Ordre, en effet « *la gravité des agissements du fait de l'abus de plusieurs clients après versement d'honoraires excessifs , détournement de fonds confiées, et abandon des dossiers* » est contraire aux exigences professionnelles. Le fait de recourir à des manoeuvres dilatoires ou empreintes de mauvaise foi, pour honorer des dettes anciennes et faire preuve, à tout le moins, d'une désinvolture caractérisée à propos d'une affaire à l'égard tant de ses créanciers que des autorités appelées à intervenir, constituent un manquement aux principes essentiels d'honneur et de probité passible de sanction disciplinaire¹⁷¹⁷. En l'espèce, une peine d'interdiction temporaire de 4 mois fut prononcée, assortie de la privation de faire partie du Conseil de l'Ordre, du CNB et des autres organismes professionnels pendant une durée de cinq ans. Ne pas régler les frais inhérents à son mariage, alors qu'un jugement avait constaté l'irrespect des promesses réitérées de paiement par règlement échelonné a été considéré comme un manquement à la probité à l'honneur et à la délicatesse. Ceci même si les faits n'intéressaient pas la profession, l'avocat fut condamné à quinze jours d'interdiction temporaire avec sursis¹⁷¹⁸. Enfin, dans le cadre d'une conduite en état d'ivresse, si le Conseil de l'Ordre n'a pas admis l'atteinte à l'honneur le Parquet général ayant fait appel y est pour sa part parvenu¹⁷¹⁹.

470. De manière générale, les manquements rapportés bien que de nature extra-professionnelle, font offense à la déontologie sous entendu à la profession toute entière, puisque chaque avocat prête le même serment et est soumis à des principes essentiels identiques. En cela, la responsabilité disciplinaire signe toute son originalité. L'article 183 du

1715CA Bordeaux 1er ch 3 juin 2003 jcp 2004 G II 10 027 note MARTIN

1716CA Nancy 12 octobre 2000 juris data 146 664

1717CA Paris 28 septembre 2006 RG n°45

1718CA Paris 30 avril 1997 Gaz Pal 4 juillet 1997

1719 Civ 1ere 30 mars 2005 D 2005 IR P 1109

Décret du 27 novembre 1991 résume bien ceci puisque « *toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extra-professionnels, expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires énumérées à l'article 184* ». Enfin, l'article 25 de la loi du 31 décembre 1971 dispose en son premier alinéa, que « *toute juridiction qui estime qu'un avocat a commis un manquement aux obligations que lui impose son serment, peut saisir le procureur général en vue de poursuivre cet avocat devant l'instance disciplinaire dont il relève* ». Il s'agit des dispositions relatives au délit d'audience, déjà présentées. S'agissant de la procédure applicable lors de manquements constatés, le procureur général peut saisir l'instance disciplinaire, mais en dehors de ce contexte il ne peut pas se saisir d'office et doit avoir préalablement été saisi par les juridictions¹⁷²⁰. Il appartient ensuite à cette instance de statuer dans un délai de quinze jours à compter de la saisine. Si elle ne le fait pas, elle est réputée avoir rejeté la demande et le procureur général peut interjeter appel. La Cour d'appel ne peut prononcer de sanction disciplinaire qu'après avoir invité le Bâtonnier ou son représentant à formuler des observations.

2 - Les manquements à l'égard du client

471. De manière générale, l'article 3 du décret du 12 juillet 2005 dispose que l'avocat « *fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence* ». Mais les manquements constatables ne relèvent pas uniquement de ces seules obligations. Les atteintes à l'honneur, la probité et la délicatesse sont aussi concernées et sanctionnées. Ces valeurs cardinales précédemment évoquées font partie des seize principes essentiels de la profession d'avocat, source de la déontologie, elles dictent la conduite opportune que l'avocat doit suivre que ce soit dans le cadre de son activité de conseil, de représentation ou d'assistance, à l'égard de ses clients mais aussi de tous. Elles sont d'ailleurs rappelées lors de la prestation du serment¹⁷²¹. L'avocat jure d'exercer en considération de ces qualités qui deviennent indissociables de la profession.

472. À l'égard de ses clients, au titre de la compétence, l'avocat doit conseiller ses clients au mieux de leurs intérêts. Cela renvoie au devoir de conseil précédemment évoqué. Etre compétent signifie s'abstenir de fautes grossières, comme par exemple ne pas engager une action dans les délais de prescription, ou encore ne pas exploiter les informations données par le client, tout comme commettre une erreur d'appréciation de la loi en l'interprétant mal.

1720Civ 1ere 15 novembre 1989 JurisData n°1989-703808 Bull civ I n°347

1721Article 3 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 - article 3 du décret du 12 juillet 2005

S'agissant de l'obligation de dévouement et de diligence, il est attendu de l'avocat qu'il étudie le dossier de son client et défende ses intérêts, qu'il aille aux audiences¹⁷²², qu'il fasse toutes les vérifications nécessaires¹⁷²³, et signifie les jugements¹⁷²⁴. Il doit également veiller à ne pas exercer actions et voies de recours tardivement¹⁷²⁵. En somme tous les actes qu'il doit accomplir dans l'exercice normal de son activité, en bon professionnel. A défaut, il est tout à fait compréhensible que la communauté à laquelle il appartient prétende à des manquements, et que l'avocat engage sa responsabilité. Un professionnel qui n'effectue pas les diligences pour lesquelles il est mandaté n'a pas sa place, il est donc légitime que ses pairs lui demandent de rendre des comptes. Exemple édifiant d'un manque de dévouement, le cas d'un avocat ayant menti à son client en lui laissant croire durant 5 ans tout en lui donnant des informations mensongères, qu'il défendait ses intérêts dans une instance relative à une action en indemnisation de désordres affectant une ensemble immobilier¹⁷²⁶. D'après le Littré, être dévoué signifie être « *disposé à tout pour le service de* ». L'attitude décrite ci dessous correspond bien mal si n'est absolument pas au dévouement.

473. Le fait pour un avocat de s'occuper dans une procédure de divorce sur requête conjointe des deux époux, alors qu'il se trouvait être l'amant de l'épouse dont il défendait les intérêts constitue un manquement à la délicatesse¹⁷²⁷. De même, la Cour de Rennes¹⁷²⁸ a refusé à un avocat le fait de plaider contre un ancien client dans le même procès et dans une affaire autre, au nom du principe de délicatesse, car il existait une « *connexité étroite avec les affaires dont il avait été primitivement chargé* » Il doit aussi éviter le conflit d'intérêts en ne plaidant pas pour deux parties ayant des intérêts opposés¹⁷²⁹, et ce conformément au Décret du 12 juillet 2005. D'ailleurs, en cas d'inaction de la part du Conseil de l'Ordre, la juridiction de droit commun est compétente pour connaître de ce conflit¹⁷³⁰. Plaider contre son ancien employeur constitue aussi pour l'avocat un manque évident à la délicatesse, notamment car il a pu avoir connaissance en tant que tel du litige, voire y participer¹⁷³¹. Le professionnel ayant

1722Civ 1ere 16 mars 1965 Bull civ I n° 194 – CA Bordeaux 1983 Gaz Pal 1983 2 384 : lorsque son ministère se limite à aller à la barre plaider, l'avocat sauf s'il n'avait pas été averti du jour retenu, engage sa responsabilité.

1723CA Pontoise 8 janvier 1975 Lampe c/ X

1724CA Paris 29 mars 1999 D 1999 IR 120

1725Civ 1ere 11 mai 1964 Bull civ I n° 245

1726CA Versailles Ch S 1 10 janvier 2013 n° 11/03382

1727Civ 1ere 17 juillet 1996 D IR 96 p 206

1728CA Rennes 13 mai 1980 Gaz Pal 1981 1 11 note DAMIEN

1729Civ 1ere 30 juin 1981 n° 80 15 557 Bull civ I n° 237 – CA Paris 11 décembre 2013 n° 12/15892 : Dans le cadre d'une procédure de saisie immobilière avec vente aux enchères publiques, le tiers saisi et l'adjudicataire ont des intérêts radicalement opposés. L'avocat qui représente ces deux parties manque à son devoir de loyauté et engage sa responsabilité

1730Civ 1ere 27 mars 2001 n° 98 16 508 Bull civ I n° 89

1731CA Paris 10 février 1993 Gaz Pal 21 août 1994 : en l'espèce une peine de quinze jours d'interdiction d'exercice assortie du sursis fut prononcée

reçu une provision de 5000 francs à l'occasion d'une affaire dont il fut déchargé peu de temps après, et qui la retient plusieurs années, attendant l'engagement d'une poursuite disciplinaire pour la restituer partiellement, est en plus d'être indélicat, coupable d'un manquement à la probité¹⁷³², justifiant une interdiction temporaire de deux mois.

474. Par ailleurs, dans une décision pour le moins étonnante¹⁷³³, une avocate a été condamnée pour avoir porté plainte pour vol contre une de ses clientes ayant emporté son dossier lors d'une querelle. En l'espèce la cliente a été une première fois condamnée pour ces faits en vertu d'un jugement rendu le 3 mars 2004 par le Tribunal correctionnel de Paris et confirmé par un arrêt du 21 janvier 2005. Sur le pourvoi qu'elle a formé, cet arrêt a été cassé et annulé par la Cour de cassation puis les parties renvoyées devant la Cour autrement composée. La cliente a été relaxée des fins de la poursuite par un arrêt du 12 septembre 2007. Un nouveau pourvoi, formé par l'avocate n'a pas été admis, sa cliente a donc été définitivement relaxée des faits de vol qui lui étaient reprochés. Par la suite cette dernière a intenté une action en justice contre son avocate pour dénonciation téméraire et manquement aux devoirs de prudence et de modération. Si dans un premier temps le tribunal de grande instance de Paris l'a déboutée de sa demande de dommages et intérêts par jugement du 23 septembre 2009, la Cour d'appel a fait droit à sa demande. Les juges ont estimé « qu'une décision de relaxe, même prononcée au bénéfice du doute relativement *au fait dénoncé*, constitue une présomption irréfragable de la fausseté du fait dénoncé, et cela peu important les circonstances du différend et du dépôt de la plainte, et même si les poursuites pénales ont été engagées par le procureur de la République, il n'en demeure pas moins qu'auteur d'une plainte fausse, l'avocate a engagé sa responsabilité et celle de la SCP pour laquelle elle travaillait. Par conséquent, il est dû réparation à sa cliente ». Du fait des incertitudes qui pèsent sur le régime juridique du dossier professionnel et des éléments qui le composent, l'incrimination de vol a bien été écartée, mais ce qui rend cette décision originale et notable, c'est que la Cour s'est prononcée sans fondement apparent. S'il est constant que la responsabilité du dénonciateur est engagée dès lors qu'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour formuler l'accusation portée¹⁷³⁴, en l'espèce la plainte a été jugée pleine de légèreté et témérité, ;les juges n'ont pas repris à l'appui de leur décisions les moyens avancés par la demanderesse. Pourtant, la solution envisagée semble faire indirectement référence à la déontologie et aux principes essentiels de la profession. En effet en déposant une « *fausse plainte* », quand bien même des poursuites avaient été engagées par le Procureur de la

1732Civ 1ere 9 février 1999 juris data 000 632

1733CA Paris 8 février 2011 RG: 09/213267

1734Civ 2eme 7 octobre 2004 n° 02-14226

République contre sa cliente, l'avocate a agit semblerait-il pour les juges de manière non conforme à la profession, laquelle exige d'exercer ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment, tout en respectant les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie. Il n'en demeure pas moins que cette solution est particulièrement sévère à l'égard de l'avocate qui a été condamnée à l'instar du cabinet ou elle exerce à payer une somme conséquente au titre de dommages et intérêts à son ancienne cliente. Tout cela du fait d'une mésentente sur la procédure suivie dans le cadre d'un divorce, et au terme d'années de procès, de renvoi, d'épuisement de voies de recours interne. Peut être l'avocate aurait elle gagné à s'en remettre directement au Bâtonnier plutôt qu'à la justice pénale. L'absence de fondement signant comme un malaise de la part des juges à se prononcer dans le fond sur un tel litige. La Cour de cassation n'a pas été saisie suite à cette décision, peut être aurait-elle davantage clarifié la situation.

475. Dans le cadre de la relation avec son client, les torts imputables au professionnel se basent dans bien des hypothèses sur un manquement au devoir de prudence¹⁷³⁵. Pour illustration, il est attendu de l'avocat qu'il sache refuser certains dossiers pour lesquels il ne pourra pleinement s'affairer, soit qu'il ne dispose pas du temps nécessaire, soit que la cause requiert des compétences toutes particulières¹⁷³⁶. Dans le cas contraire il manquerait à son devoir de prudence. Le manquement au devoir de prudence a également été retenu à l'encontre d'un avocat à qui plusieurs justiciables reprochaient de leur avoir conseillé de continuer à conduire un véhicule à moteur malgré l'avis d'invalidation de leur permis de conduire et tout en leur assurant qu'ils ne commettaient pas d'infractions¹⁷³⁷. C'est pourquoi, selon la Cour de cassation, le professionnel doit conseiller avec une « *prudence élémentaire* »¹⁷³⁸. La prudence sous entend aussi l'obligation pour le professionnel, en vue d'assurer au mieux les intérêts de son client, de recueillir de sa propre initiative tous les éléments d'information et les documents nécessaires à dessein¹⁷³⁹. L'avocat qui se contenterait des pièces uniquement sélectionnées par le client se montrerait imprudent voire négligent.

1735Article 1.5 RIN « *En toutes circonstances, la prudence impose à l'avocat de ne pas conseiller à son client une solution s'il n'est pas en mesure d'apprécier la situation décrite, de déterminer à qui ce conseil ou cette action est destiné, d'identifier précisément son client. A cette fin, l'avocat est tenu de mettre en place, au sein de son cabinet, une procédure lui permettant d'apprécier, pendant toute la durée de sa relation avec le client, la nature et l'étendue de l'opération juridique pour laquelle son concours est sollicité* ».

1736CA Nîmes 23 mars 1981 JCP 1983 IV 362 – RIN article 21.3.1.3 « *l'avocat n'accepte pas de se charger d'une affaire s'il sait ou devrait savoir qu'il n'a pas la compétence nécessaire pour la traiter, à moins de coopérer avec un avocat ayant cette compétence. L'avocat ne peut accepter une affaire s'il est dans l'incapacité de s'en occuper promptement, compte tenu de ses autres obligations* »

1737CA Paris 10 décembre 2009 n°09/11900

1738Civ 1ere 27 février 2001 n° 98 10 756 NP JCP 2001 I348 obs MARTIN

1739Civ 1ere 4 juin 2014 n°13-16.959

Les manquements à la déontologie peuvent aussi avoir lieu aussi « en interne », ce qui signifie impacter sur les confrères de l'avocat fautif.

B - Les manquements à la déontologie envers ses confrères

Il est possible de répertorier les manquements à la déontologie envers les autres avocats en deux catégories. Les manquements envers les confrères de façon générale (1) et les manquements plus spécifiques à l'égard de la hiérarchie, tel que le Bâtonnier et l'Ordre (2).

1 - Les manquements envers les confrères

476. Les manquements entre confrère amènent à s'interroger au préalable sur la nature des relations que les professionnels doivent entretenir entre eux. ADER souligne la situation particulière des avocats, toujours en opposition avec leurs confrères¹⁷⁴⁰. Pourtant, le métier est difficilement imaginable sans confiance réciproque au cœur des relations entre magistrats et avocats, ainsi qu'entre ces derniers, et ce tant en matière juridique que judiciaire¹⁷⁴¹. Ceux ci doivent entretenir des relations de confraternité, plus précisément selon HAMELIN et DAMIEN, « *se tempérer grâce à un sentiment d'union, de solidarité et d'attachement aux mêmes règles, au même idéal* »¹⁷⁴². Cette notion de confraternité est contenue dans l'article 17, 3° de la loi du 31 décembre 1971¹⁷⁴³, elle est ainsi considérée légalement comme un des fondements de la profession. Dans cette perspective, le Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris a placé la confraternité dans le RIN en son article 1.3, comme un principe essentiel de la profession¹⁷⁴⁴. MARTIN confirme en qualifiant la confraternité de « *vertu cardinale* »¹⁷⁴⁵. Pour tendre vers celle ci et entretenir une sérénité certaine, il est attendu de la part des avocats d'un Barreau similaire ou non, et partageant la même profession réglementée, de ne pas oublier les liens qui les unissent. En plus du serment commun prêté, ce sont des valeurs

1740 ADER (H) in « *Ethique et professions judiciaires* » FRICERO (N) « *Ethique et professions judiciaires* » Collection Droit et procédures – Actes du colloque de mai 2004, p 67

1741 BEIGNIER (B) - BLANCHARD (B) « *La famille judiciaire* » in VILLACEQUE (J) sous sa direction, « *Droit et déontologie de la profession d'avocat* », Lextenso 2008 p. 199

1742 HAMELIN (J) – DAMIEN (A) in MORET-BAILLY « *Les déontologies* » PU Aix Marseille p 229

1743 Article 17,3° de la loi du 31 décembre 1971 « *Le conseil de l'ordre a pour attribution de traiter toutes questions intéressant l'exercice de la profession et de veiller à l'observation des devoirs des avocats ainsi qu'à la protection de leurs droits. Sans préjudice des dispositions de l'article 21-1, il a pour tâches, notamment : De maintenir les principes de probité, de désintéressement, de modération et de confraternité sur lesquels repose la profession et d'exercer la surveillance que l'honneur et l'intérêt de ses membres rendent nécessaire* »

1744 Article 1.3 du RIN « *Les principes essentiels de la profession guident le comportement de l'avocat en toutes circonstances. L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment. Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie. Il fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence* »

1745 MORET – BAILLY (J) : « *Les déontologies* » PU Aix- Marseille 2001 p 230

identiques qui doivent guider chaque professionnel au quotidien. Comme l'affirme BLANCHARD¹⁷⁴⁶, ces valeurs sont des règles qui constituent un idéal de vie. L'avocat est tenu d'entretenir de bonnes relations avec ses confrères, soit agir avec confraternité. Au delà de la notion en tant que principe essentiel de la profession stricto sensu, la confraternité peut être appréhendée comme l'expression d'un « *sentiment familial* »¹⁷⁴⁷, devant animer chaque professionnel dans son comportement. Cette référence se comprend aisément à l'examen de la racine du terme : con-fraternité, soit avec fraternité, ou plus précisément agir en considération d'un lien de « *parenté entre frères et soeurs* » ou de la « *liaison étroite de ceux qui, sans être frères, se traitent comme frères* »¹⁷⁴⁸. Les professionnels peuvent se ranger dans cette seconde catégorie, d'autant qu'au sens strict, le devoir de confraternité ne concerne que les professions libérales, dont l'avocat fait partie¹⁷⁴⁹.

477. Bon nombre de comportements peuvent s'apprécier comme allant à l'encontre de ce sentiment de confraternité. Il a été ainsi considéré que l'avocat qui a « *abusé de la présomption de mandat que lui conférait la loi pour représenter un client en justice, il a trompé la juridiction en se faisant passer pour l'avocat du défendeur et a également trompé son contradicteur qui a continué à ignorer la situation de la société locataire* », ces faits constituant « *un manquement aux principes essentiels d'honneur et de confraternité* »¹⁷⁵⁰. Tout comme l'avocat qui prétendant contre toute évidence n'avoir pas été informé de la demande de renvoi de la part de la partie adverse, plaide néanmoins, sans chercher à en informer son contradicteur préalablement ni ultérieurement, et sans même lui faire connaître la date du délibéré. Aussi, le Conseil de discipline de l'Ordre des avocats de Paris a retenu un manquement au principe de confraternité, par méconnaissance du principe du contradictoire¹⁷⁵¹. En revanche, le fait pour un avocat salarié de dénoncer son employeur (avocat également donc confrère) en l'accusant de faux, par une lettre au Bâtonnier, n'est pas constitutif d'un manquement dans la mesure où ces faits constituent des infractions pénales et des fautes disciplinaires susceptibles d'entraîner des poursuites¹⁷⁵². La Cour de cassation a admis que la concurrence déloyale et l'infraction aux règles de publicité individuelle étaient assimilables à un manquement au principe essentiel de loyauté, modération et de

1746 ADER – DAMIEN « *Droit et déontologie de la profession d'avocat* » - Dalloz action 13ème édition 2012-2013 p 451

1747 ADER- DAMIEN *Droit et déontologie de la profession d'avocat* » précité p294

1748 Définition extraite du dictionnaire en ligne Littré <http://www.littre.org/definition/fraternité> n°2

1749 MORET BAILLY (J) – TRUCHET (D) « *Déontologie des juristes* » Licence droit PUF 2010 p 17

1750 Décision du Conseil de discipline de l'Ordre des avocats de Paris 30 octobre 2007 formation de jugement n°3 n°158212

1751 Conseil de discipline de l'Ordre des avocats de Paris, séance du 25 avril 2006, formation de jugement n°3

1752 Crim 18 septembre 2012 n°11-87.357 NP

discrétion¹⁷⁵³. En l'espèce l'avocat utilisait des noms de domaine très généraux, sans mention du nom du Cabinet, de nature à créer la confusion dans l'esprit du public. Pour les juges, cette pratique « *aboutissait à une appropriation d'un domaine d'activités que se partage l'ensemble de la profession* » et « *constituait une infraction aux règles sur la publicité individuelle, ainsi qu'un acte de concurrence déloyale* ». L'association d'un nom général avec un site lié à l'activité propre de l'avocat entretenait la confusion dans l'esprit du public. Par ailleurs l'avocat poursuivi avait continué à utiliser le nom de domaine « *avocats-paris.org* » après son inscription au Barreau des Hauts de Seine faisant croire au public qu'il était toujours inscrit au Barreau de Paris.

478. Une solution similaire était rendue quelques années plus tôt, les juges estimant « *qu'aucun auxiliaire de justice ne peut s'approprier, même indirectement, le terme générique de sa profession sur un site internet et laisser ainsi entendre aux tiers non avertis qu'il représente l'intégralité de cette profession* »¹⁷⁵⁴. Cette idée de monopole d'exercice suggérée aux justiciables, n'est pas une attitude conforme à la bienveillance attendue entre confrère. Elle peut même être qualifiée d'abusives, car pouvant nuire au client. Son choix de se tourner vers un professionnel plus que vers un autre peut s'en trouver restreint voire fausser. L'article 10 du RIN est consacré à la « *communication* » que peuvent faire les avocats sur leur activité. Intitulé comme tel, il précise la manière dont doivent se faire la publicité et la sollicitation personnelle. L'article 10.3 précise que toute publicité doit être communiquée sans délai au conseil de l'Ordre. Le choix du nom du domaine n'est pas strictement encadré, mais l'Ordre l'apprécie dans la forme. Il existe donc bel et bien un système de contrôle de la publicité effectuée par les instances supérieures pour détecter d'éventuels abus. Ceci n'est pas inutile à en croire les cas d'espèce soumis.

479. Autre exemple, viole le principe de confraternité l'avocat qui trompe la confiance de l'un de ses confrères en lui demandant de le remplacer à l'audience des ventes sur saisies immobilières et qui invoquant la mutuelle confiance entre avocats évite de lui verser les garanties nécessaires.¹⁷⁵⁵ En l'espèce, l'abus d'ancienneté et de confiance du professionnel mis en cause constituait bien un manquement au principe de confraternité. Ce cas d'espèce permet de souligner le cas particulier d'exigence de confraternité entre générations. En effet, si vis à vis de leurs aînés les jeunes avocats doivent se comporter avec bienséance, les anciens ont aussi un rôle à tenir, celui du confrère qui montre l'exemple, et agit avec bienveillance.

1753Civ 1ere 4 mai 2012 n°11-11180

1754Toulouse 15 février 2001, D. 2001. AJ 3345 observations MANARA (C)

1755Civ 1ere 12 juin 1990 n° 89 11 583

L'opposition des générations n'a pas lieu d'être, car comme le disait LOISEL « *il y a de la place pour tous au Barreau* »¹⁷⁵⁶. Récemment, il a été nécessaire pour les juges de préciser que l'avocat qui a cédé le droit de présentation de sa clientèle à un confrère, engage sa responsabilité en conservant certains dossiers et en continuant à représenter d'anciens clients¹⁷⁵⁷. Un tel comportement n'étant pas conforme aux principes guidant la profession, si l'avocat a renoncé à sa clientèle en la présentant à un confrère, il doit s'interdire de la reprendre. De même, l'ancien associé ne dispose pas librement de tous les dossiers qu'il traitait. En fonction des statuts il peut devoir délaissier à la structure ceux pour lesquels il n'avait pas reçu de mandat *ad litem*. S'il emporte des dossiers de cette nature, il peut être condamné à les restituer avec d'autres documents et ce sous astreinte¹⁷⁵⁸. En revanche, pour les dossiers où l'ancien associé avait été mandaté, la solution ne sera pas forcément similaire, car l'avocat reste en charge de ces dossiers et que sa responsabilité peut être recherchée à titre personnel par ses clients¹⁷⁵⁹. Autre cas avéré, celui de l'avocat qui transmet déloyalement à son confrère adverse des écritures différentes de celles adressées à la juridiction. Celui ci fut poursuivi devant le conseil de discipline qui approuva la plainte afférente au fait d'avoir « *remis au juge des conclusions différentes de celles adressées à son confrère adverse, et ce en violation du contradictoire figurant à l'article 5-1 du RIN* », et d'avoir « *déposé une requête en rectification sans lui en avoir adressé copie avec la date d'audience, portant ainsi atteinte à ce même principe* », et condamné à à trois mois de suspension d'exercice, dont deux avec sursis¹⁷⁶⁰. Dans le même esprit, l'avocat ami d'une partie, qui s'immisce dans une transaction sans aviser ses confrères alors qu'il n'était pas mandaté ; rédigeant l'accord, recevant des sommes qu'il aurait dû faire transiter par la CARPA, puis déposant plainte contre l'avocat adverse sans même en aviser le bâtonnier, a manqué à ses obligations de confraternité, de courtoisie, de prudence et de loyauté, telles que visées à l'article 1 du RIN. Si en l'espèce aucune sanction ne fut prononcée à l'encontre de l'avocat, il n'en demeure pas moins que sa responsabilité « n'est pas de nature à être diminuée » selon BELBAL¹⁷⁶¹. De manière générale, le défaut du respect du principe de communication de pièces constitue bien une faute disciplinaire¹⁷⁶²

480. Une affaire récente et locale est pour le moins surprenante. A ce sujet, VILLACEQUE n'hésitait pas à titrer dans la Gazette du Palais du 11 juillet 2015 « *les nuisances d'un avocat*

1756ADER- DAMIEN Dalloz action 13eme édition 2012-2013 précité p 294

1757Civ 1ere 15 octobre 2014 n° 13-24.948

1758CA Montpellier, aud. sol., 8 avril. 2015 n° 14/00474

1759CA Montpellier, aud. sol., 8 avr. 2015, n° 14/00465

1760CA Paris, P. 2, 1ere ch., 11 décembre 2014, n° 13/20148

1761CA Paris, P. 2, 1^{re} ch., 10 avr. 2014, n° 13/15463, BELBAL (B) Gazette du Palais, 13 décembre 2014 n° 347, p 18

1762CA Rouen 12 février 2008 RG n°07/00245

déséquilibré ». En l'espèce, en 2012, un avocat, ayant déjà fait l'objet en 1998 d'une sanction disciplinaire, envoya au procureur général deux courriers pour dénoncer un confrère de son barreau, et l'accusa de blanchiment d'argent. Il saisit également le procureur de la République pour violences contre le même avocats et d'autres confrères. Les journalistes locaux en firent choux gras. Par la suite il reconnut que les accusations portées étaient le pur fruit de son imagination et retira sa plainte pour violences. En 2013, il dénonçait à nouveau son confrère en se plaignant de ce que celui-ci aurait harcelé huit ans plus tôt un juge d'instruction, pour ouvrir une information à son encontre du chef d'intimidation d'un magistrat dans l'exercice de ses fonctions. Par la suite le conseil de discipline fut saisi par le Bâtonnier L'avocat concerné eut droit au bénéfice du doute du chef d'actes d'intimidation à l'encontre de M^e X et de provocation adressée à ses confrères sous l'adresse intitulée « Le mur des cons ». En outre le Conseil déclara coupable l'avocat des infractions disciplinaires de diffusion dans la presse de fausses accusations contre des confrères, et le condamna à trois ans d'interdiction temporaire d'exercice de la profession d'avocat, dont un avec sursis ; l'avocat fit appel de la décision. Les juges tout en soulignant l'intention de nuire, retinrent qu'il avait été porté « *atteinte à l'honneur et à la considération du barreau local ainsi qu'à la réputation de l'ordre lui-même en dénonçant dans la presse des faits particulièrement graves et imaginaires* ». L'avocat ayant « *bafoué la notion même de confraternité et porté gravement atteinte à l'honneur et à la réputation de M^e X en l'accusant faussement de blanchiment, et, méconnu les règles les plus élémentaires de la confraternité et de la modération en dénonçant des violences imaginaires de ses confrères* »¹⁷⁶³. La peine prononcée en amont fut maintenue. Un tel cas de figure reste bien sur exceptionnel et fort heureusement.

481. Les autorités disciplinaires ont tendance à plus de sévérité à l'égard du professionnel que les juridictions de droit commun. Pour illustration, la Cour d'appel de Paris n'a pas hésité à réformer une décision du Conseil de discipline de l'Ordre des avocats de Paris, pour un professionnel qui avait eu un comportement grossier à l'encontre de l'un de ces confrères, en précisant que « *le manquement à l'obligation de courtoisie, de délicatesse et de confraternité reproché à M. X est nourri par, la discorde, tenace, entretenu par celui-ci envers son confrère Y ; que les rapports, dépourvus d'aménité, ont conduit chacun des deux avocats à user d'expressions peu délicates, ce qui a pu conduire M. X à exprimer, ab irato, à son adversaire l'idée selon laquelle il ne pouvait décidément se résoudre à l'appeler « confrère » sans que cela apparaisse toutefois comme un manquement disciplinaire* »¹⁷⁶⁴. Les avocats doivent se

1763CA Nîmes, audience. Solennelle du 11 décembre. 2014, n° 14/02172 in Gazette du Palais du 11 juillet 2015 n° 192 p 19

1764CA Aix en Provence Ord Réf 2 mai 2003 JCP G 2003 II 1011 note MARTIN (R)

tenir à l'audience, et lorsqu'ils s'opposent doivent concilier « *la consciencieuse défense des intérêts qui leur sont confiés et une entière correction à l'égard de leur confrère contradicteur* »¹⁷⁶⁵.

482. Un thème spécifique fait partie des manquements disciplinaires constatés envers les confrères, il s'agit de la confidentialité des correspondances. Sur ce point, les litiges déjà anciens¹⁷⁶⁶ ont été nombreux, « *empoisonnant les rapports entre avocats, la vie des barreaux et encombrant parfois, pour des enjeux limités, pour ne pas dire dérisoires, les enceintes judiciaires* »¹⁷⁶⁷. L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 soumet au secret professionnel les correspondances échangées entre les avocats, de même l'article 3.1 du RIN¹⁷⁶⁸ rappelle leur caractère confidentiel. Ceci est d'ordre public, en dépit de la nature professionnelle originale du principe, et est d'autant plus légitimé par la nécessité de respecter la loyauté des échanges et des débats judiciaires. Par conséquent, les correspondances échangées entre avocats ne peuvent être ni saisies, ni produites aux débats judiciaires qu'ils soient civils ou pénaux, et il appartient au professionnel de convenir des conditions d'utilisation des correspondances et de leur caractère confidentiel ou non sur la base de l'article 3 du RIN, puis d'en informer son client. La levée de la confidentialité par un Bâtonnier autrefois possible selon l'usage, est désormais inopérante¹⁷⁶⁹, et ce officiellement depuis la loi n°97-308 du 7 avril 1997 relative aux professions judiciaires et juridiques. Contre ce principe constitue un véritable manquement à la confraternité, mais aussi à l'honneur, à la probité et à la délicatesse. Il existe néanmoins des exceptions à cette interdiction, puisque les lettres de procédure et les correspondances entre avocat ou non, portant la mention « *officielle* » ne sont plus sujettes au secret et ce depuis la loi n°2004-130 du 11 février 2004, modifiant ainsi l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971¹⁷⁷⁰. A noter que l'avocat ne peut rendre public un courrier couvert par la confidentialité en y apposant par la suite la mention « officiel », il n'est pas possible de contourner la règle fixée par les articles 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, ainsi que les articles 2 et 3 du RIN, par « *un tour de passe-passe consistant à tenter de*

1765 ADER – DAMIEN *Droit et déontologie de la profession d'avocat* précitée n° 32.22

1766 Toulouse 10 juin 1909, D. 1909. 2. 293

1767 AVRIL (Y) « *Lettre entre avocats : la fin d'une querelle* » Recueil Dalloz 2010 p. 1502

1768 Article 3 du RIN « *Tous échanges entre avocats, verbaux ou écrits quel qu'en soit le support (papier, télécopie, voie électronique ...), sont par nature confidentiels. Les correspondances entre avocats, quel qu'en soit le support, ne peuvent en aucun cas être produites en justice, ni faire l'objet d'une levée de confidentialité* ». En revanche, le code de déontologie de des avocats de l'UE pose le principe de non confidentialité, dans ce cas lors d'échange avec un professionnel y compris un avocat non communautaire, l'avocat français doit procéder à un accord de confidentialité.

1769 CA AIX-EN-PROVENCE 21 mars 2000 JCP G 2000 IV 2902

1770 Article 3-2 du RIN « *Peuvent porter la mention officielle et ne sont pas couverts par le secret professionnel, au sens de l'article 66.5 de la loi du 31 décembre 1971, une correspondance équivalant à un acte de procédure ; une correspondance ne faisant référence à aucun écrit, propos ou éléments antérieurs confidentiels. Ces correspondances doivent respecter les principes essentiels de la profession définis par l'article 1er du présent règlement* »

« déconfidentialiser » une correspondance secrète par nature en la joignant soudain à une lettre dite « officielle »¹⁷⁷¹. Ni l'auteur du courrier, ni quiconque n'ayant le pouvoir de lever la confidentialité d'une correspondance entre avocats. La levée de la confidentialité par la mention « officiel » ne vaut que pour la correspondance entre avocat¹⁷⁷², les autres professionnels du droit en sont exclus, le but étant la protection du secret des confidences entre conseils. La loi de 20004 a ainsi permis d'écarter les courriers officiels, ceux ci pouvant être produits en justice, les lettres scellant un accord entre parties comme les transactions¹⁷⁷³, ou encore celles se substituant à un acte de procédure. Une décision a par ailleurs confirmé cet apport de la loi¹⁷⁷⁴.

483. S'il appartient au Bâtonnier de régler les différends entre avocat en vertu de l'article 179-1 du décret du 27 novembre 1991¹⁷⁷⁵, c'est le président du tribunal de grande instance qui a le pouvoir de rendre exécutoire une décision du bâtonnier, à l'exclusion du premier président de la cour d'appel¹⁷⁷⁶. Cette solution bien que juridiquement fondée sur la base de l'article 179-7 du décret du 27 novembre 1991¹⁷⁷⁷, est quelque peu surprenante puisque donnant moins de pouvoir à la juridiction supérieure qu'au premier juge. En outre, seule la juridiction saisie d'une contestation peut se prononcer à propos des pièces produites devant elle¹⁷⁷⁸, le Bâtonnier en est exclu. Maître BRUNEL par ailleurs Bâtonnier du Barreau de Montpellier interrogé pour les besoins de cette étude¹⁷⁷⁹, regrette que les ordonnances rendues par le Bâtonnier nécessitent d'être examinées par un magistrat afin de revêtir la force exécutoire. Il affirme la nécessité pour le Bâtonnier de devenir une autorité juridictionnelle, la procédure serait ainsi plus rapide et libérerait les magistrats. Cette réforme serait actuellement en discussion.

1771CA Paris, 22 janvier 2015, n° 14/01614, LANDRY (D) – VILLACEQUE (J) « *Chronique de jurisprudence de droit et de déontologie de la profession d'avocat* » Gazette du Palais, 11 juillet 2015 n° 192, p 14

1772Civ 1ere 14 janvier 2010 n°08-21.854 Bull civ I 2010

1773Civ.1ere 26 juin 1974, D. 1975. 254, note GAURY (C)

1774Civ 1ere 8 décembre 2009 n° 09-81.341

1775Article 179-1 du Décret du 27 novembre 1991« *en cas de différend entre avocats à l'occasion de leur exercice professionnel et à défaut de conciliation, le Bâtonnier du Barreau auprès duquel les avocats intéressés sont inscrits est saisi par l'une ou l'autre des parties* ». **contra** : CA Aix en Provence 5 septembre 2013 n° 2013/469 les conflits entre avocats ne relèvent pas de la procédure disciplinaire

1776CA Paris 2 juillet. 2014, n° 14/11802

1777Article 179-7 du décret du 27 novembre 1991« *Lorsqu'elles ne sont pas déférées à la cour d'appel, les décisions du bâtonnier peuvent être rendues exécutoires par le président du tribunal de grande instance auprès duquel est établi son barreau.* »

1778Civ 1ere 15 décembre 2011 n° 10 25 437 Bull civ I n°213 D 2012 1J 157 obs AVRIL : annulation d'office pour excès de pouvoir la sentence du Bâtonnier qui décide qu'un avocat doit retirer deux correspondances échangées entre conseils, produites à l'appui d'une plainte pénale.

1779Entretien auprès de Monsieur le Bâtonnier de Montpellier Maître BRUNEL en date du 14 septembre 2015.

2 - Les manquements envers la hiérarchie

484. Les avocats doivent répondre de leurs agissements devant leur supérieurs hiérarchiques, identifiés comme étant le Bâtonnier et l'Ordre. Historiquement, le pouvoir disciplinaire appartenait au Parlement, le bâtonnier n'ayant qu'une autorité de réprimande. Les magistrats du parlement disposaient de moyens de coercition divers : « *l'amende très souvent prononcée contre les avocats qui ne sont pas ponctuels ou ne répondent pas à l'appel de leurs causes, l'expulsion de l'audience, la suspension, la privation de postuler, l'emprisonnement à la Conciergerie, la saisie des chaperons quand les avocats se présentent à la barre sans chaperon fourré* »¹⁷⁸⁰ Puis au XVIIIe siècle, le pouvoir disciplinaire passe au Bâtonnier¹⁷⁸¹. Ce dernier est élu pour deux ans – période qui devrait être portée à trois ans selon le Bâtonnier BRUNEL¹⁷⁸² pour plus de continuité et de stabilité dans le traitement des cas qui lui sont soumis - par l'assemblée générale des avocats inscrits au Barreau institué dans le ressort de chaque TGI, afin d'assurer, entre autre, la présidence du Conseil de l'ordre.

485. Comme le rappellent ADER et DAMIEN, l'avocat est sous la protection du Bâtonnier et de l'Ordre du Barreau auquel il appartient, de sorte que celui ci doit par respect pour cette autorité ne rien faire qui puisse « *nuire à leur réputation* »¹⁷⁸³, et doit s'accommoder de leur décision. Ici la confraternité se double d'une exigence de considération à l'égard des supérieurs hiérarchiques. La CEDH souligne et confirme la légitimité de cette autorité, précisant que « *l'Ordre professionnel poursuivant un but d'intérêt général, en l'espèce la protection de la défense libre du citoyen, cette seule considération suffit à justifier à son profit des prérogatives exorbitantes du droit commun consistant en un certain contrôle public de l'exercice de la profession, utilisant à cette fin des procédures de la puissance publique, dès lors que sa création par l'Etat n'empêche pas les praticiens de fonder entre eux des*

1780RENAUL (R-H) « *Les avocats, de l'Empire romain à la fin du XVIIIe siècle* » in « *Avocats, le verbe et la robe* », édition Prat Eds 2009 p. 113

1781Le titre de Bâtonnier apparaît au XiVe siècle, il est donné au prieur de la confrérie de Saint Nicolas, association religieuse rassemblant avocats et procureur, car celui ci portait le bâton ou bourdon dans les processions. Lors de la reconstitution de l'Ordre en 1810 l'appellation fut confirmée pour nommé le chef de l'Ordre, désigné par le procureur général. Puis en 1830, il est élu par ses pairs. Dès lors sa nature change, il passe de chef de l'Ordre à primus inter pares. Selon l'article 21 de la loi de 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques il « *représente le barreau dans tous les actes de la vie civile* ».

1782Propos recueillis lors de l'entretien auprès de Monsieur le Bâtonnier de Montpellier en date du 14 septembre 2015

1783ADER -DAMIEN *Droit et déontologie de la profession d'avocat* » p294 - Civ 1ere 4 décembre 1979 Bull civ I n°301 : l'envoi d'une lettre adressée par un avocat à son client, destinée à être publiée, laissant entendre faussement que les membres du Conseil de discipline portent atteinte au principe du libre choix d'un avocat par un justiciable, constitue un manquement à la probité intellectuelle et à la délicatesse donnant lieu à application d'une sanction disciplinaire

associations professionnelles et d'y adhérer »¹⁷⁸⁴. A ce titre, l'avocat doit impérativement répondre à une question du chef de l'Ordre, et se rendre disponible¹⁷⁸⁵ pour ce faire, sans quoi il manque à ses obligations professionnelles¹⁷⁸⁶. La Cour d'appel a précisé que « *la fin de non-recevoir opposée aux convocations répétées d u Bâtonnier constitue un manquement manifeste aux principes de courtoisie de confraternité et de délicatesse, et qu'en outre le style agressif et insolent, les termes désobligeants employés sont autant de manquements au respect et à la déférence dus au Bâtonnier qui ne peuvent être excusés par l'éventualité d'une saisine du conseil de discipline* ». Cette transgression des articles 1.3 et 1.4 du règlement intérieur national, justifiait donc pleinement le prononcé d'une sanction d'avertissement¹⁷⁸⁷. La Cour de cassation constatant le mépris manifesté par M. X pour les décisions rendues par la juridiction de son Ordre en refusant de mauvaise foi, de se soumettre à la sentence que le Bâtonnier avait estimé nécessaire d'assortir de l'exécution provisoire pour préserver les intérêts de son ancienne collaboratrice, a pu décider que ce comportement constituait un manquement à la délicatesse, lui permettant de confirmer la décision des juges du fond¹⁷⁸⁸. De même, un avocat commis d'office ne peut se faire juge de la régularité de cette commission et refuser son ministère sans avoir fait approuver ses motifs d'excuse par l'autorité qui l'a désigné. Le professionnel fut interdit d'exercice pendant un mois avec sursis¹⁷⁸⁹. L'Ordre est également en mesure d'adresser à un avocat une injonction fondée sur des motifs du conflit d'intérêts, pour qu'il ne plaide pas, pas plus que son associé¹⁷⁹⁰.

486. Le respect dû par l'avocat à l'Ordre et à sa hiérarchie en général a évolué. Cette mutation traduit le renouveau des exigences en fonction de l'époque considérée. La profession bien qu'attachée à ses valeurs ancestrales ne demeure pas pour autant figée. Ainsi, au XIXe siècle il fut interdit à deux avocats de porter la moustache à l'audience. Ignorant l'injonction qui leur avait été faite, il fut reconnu à leur encontre « *une infraction aux règles de la discipline, à la dignité de la justice et un manque de respect envers les magistrats* »¹⁷⁹¹. La condamnation fut la censure. Aujourd'hui, une telle sanction ne pourrait plus être appliquée pour les mêmes faits. L'irrespect reste punissable mais il est envisagé fort heureusement bien

1784CEDH 23 juin 1981 n°6878/75 et n°7238/75 LE COMPTE, VAN LEUVEN et DE MEYERE c/ BELGIQUE, note DELAMARRE (G) Gaz Pal 1981 2 775

1785CA Versailles 19 mars 2008 RG n°07/0002 : tel est le cas d'un avocat qui bien que convoqué à plusieurs reprises par son Bâtonnier, ne se présente pas et, alors qu'il se trouve aux Etats-Unis, refuse de communiquer l'adresse à laquelle il pouvait être contacté laissant seulement un numéro de téléphone portable qui n'a jamais permis de le joindre

1786Lyon 6 décembre 1993 Gaz Pal 12 mai 1994 note DAMIEN

1787CA Rennes 23 mai 2008 RG n°07/06067

1788Civ 1ere 30 mai 1995 pourvoi n°93-16337

1789Civ 1ere 28 novembre 1995 A n° 1808 juris data n° 003 306

1790Civ 1ere 9 mai 2001 n°98-18868

1791Req 6 aout 1844 Sirey 1847 p 578

différemment. En revanche, l'avocat qui dans une lettre destinée à être publiée laisse entendre que les membres du Conseil de discipline statuant à son égard portent atteinte au principe du libre choix d'un avocat par un justiciable, a été jugé auteur d'un manquement à la probité intellectuelle et à la délicatesse, donnant lieu à application d'une sanction disciplinaire¹⁷⁹². De la même façon un avocat a été suspendu quinze jours pour avoir mis en doute l'impartialité du Conseil de l'Ordre¹⁷⁹³. Ces décisions bien que datant, correspondent à l'esprit contemporain.

487. Au delà de se soumettre aux décisions émanant de l'autorité, le professionnel doit remplir ses obligations pécuniaires, c'est à dire payer les cotisations ordinaires mises à sa charge par son Ordre et par le CNB. S'y dérober sans raison valable peut faire non seulement l'objet de l'omission au Tableau selon le Décret du 27 novembre 1991, mais aussi de sanctions disciplinaires¹⁷⁹⁴. Dans le même esprit, la violation des règles relatives au maniement de fonds et défaut de représentation de fonds constitue une faute disciplinaire¹⁷⁹⁵. Il existe en effet un contrôle déontologique inhérent à la comptabilité des professionnels, le maniement de fonds clients étant une activité « *anxiogène par nature* »¹⁷⁹⁶. Non seulement, « *les opérations de chaque avocat sont retracées dans des documents comptables destinés, notamment, à constater les versements de fonds et remises d'effets ou valeurs qui lui sont faits au titre de ses opérations professionnelles ainsi que les opérations portant sur ces versements ou remises* », conformément à l'article 231 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat. ; mais ceux ci sont également tenus de présenter leur comptabilité à toute demande du bâtonnier¹⁷⁹⁷. Dans l'histoire de la profession, un fait marquant a permis de souligner d'une part la nécessité de ce contrôle, mais également la faiblesse des dispositions alors en vigueur : il s'agit du sinistre de Rodez. Dans les années quatre vingt dix, se jouant des règles du contrôle déontologique que les ordres et CARPA mettaient pourtant en œuvre, un avocat réussit à détourner des fonds qui lui étaient confiés, par le biais de chèques CARPA comme cela existait à l'époque. Il fut condamné au pénal, de même que l'Ordre des avocats de Rodez le fut devant les juridictions civiles. ADER a retranscrit les propos des représentants du Barreau de Rodez à l'époque : « *notre compte CARPA est à sec. Un de nos confrères a tiré un chèque sur son compte CARPA de dix sept millions de francs. Il doit être payé au plus tard le lundi 30 mai. La banque nous a mis en demeure de payer, nous menaçant de poursuites et d'une interdiction auprès de la Banque de France* ». Le sinistre fut réglé grâce au partage de

1792Civ 1ere 4 décembre 1979 n°78-13.967 Bull civ I n°301 D 1980 jur 328 note DAMIEN

1793Civ 1ere 3 mars 1987 n°85-12.000 NPT D 1987 IR 57

1794Riom 25 septembre 1978 Gaz Pal 1979 1 19 – Civ 1ere 9 avril 2002 juris data 013995 la cessation de paiement des cotisations entraîna en l'espèce une peine d'interdiction d'exercer pendant un an

1795CA Rouen 12 février 2008 RG n°07/00245 précitée

1796MARRIGUES (J-C) « *Le statut juridique des CARPA* » Thèse Toulouse décembre 2014 p 8

1797Article 232 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991

responsabilités à raison de trois quarts pour la banque, et d'un quart pour le barreau et la CARPA. Cet incident majeur provoqua une réforme, dont les objectifs principaux furent de renforcer les obligations mises à la charge des avocats maniant des fonds-clients, instituer des organes de contrôle des CARPA internes et externes à la profession d'avocat et enfin, revoir et harmoniser les règles relatives à la création et au fonctionnement des CARPA. Ces dispositions sont toujours en vigueur¹⁷⁹⁸. La nature disciplinaire de toutes fautes relatives au maniement de fonds et défaut de représentation de fonds est justifiée. En effet, la conduite d'un seul avocat malveillant a pour conséquence de précipiter tous les autres avocats de son Barreau dans une situation délicate, les clients devant quoi qu'il en soit recevoir leurs fonds. Il apparaît opportun dans ce cas de figure, que le professionnel réponde de ses agissements devant ses pairs.

488. Autre exemple illustrant le respect dû à la hiérarchie mais aussi au Tribunal en général : lors d'une plaidoirie hors Barreau, l'avocat doit se présenter devant le président et le magistrat représentant le ministère public. Cet usage de courtoisie vaut également devant le Bâtonnier, ainsi que devant le confrère représentant les intérêts de la partie adverse. Bien qu'abrogée par le Décret du 16 juillet 2005, cette obligation de visite est reprise par l'article 1 bis du RIN et conserve son caractère impératif¹⁷⁹⁹, de sorte qu'un avocat qui ne s'y prête pas encourt des sanctions professionnelles.

La diversité des faits assimilés à des manquements est appréciable. Les situations ne relevant pas du champ professionnel sont également examinées et peuvent donner lieu à des condamnations de nature disciplinaire. Il s'en dégage une idée de plénitude de responsabilité, outre celles envisagées en matière civile ou pénale et touchant à des cas plus précis. La discipline sorte d'épée de Damoclès, martèle la vie de l'avocat en permanence y compris à l'extérieur de son cabinet. Dans ces conditions il paraît difficile d'aboutir à une liste concise des manquements interdits, il appartient toujours à la jurisprudence de les dégager.

1798MARRIGUES (J-C) « *Le statut juridique des CARPA* » précité p 8 et 9

1799Article 1bis du RIN « *En application du principe de courtoisie, l'avocat doit, lorsqu'il plaide devant une juridiction extérieure au ressort de son Barreau, se présenter au président et au magistrat du ministère public tenant l'audience, au Bâtonnier et au confrère plaidant pour la partie adverse.* »

Paragraphe II - Les sanctions prononcées

489. Toute audience disciplinaire ne donne pas forcément lieu au prononcé d'une peine. S'il est estimé que les comportements incriminés ne constituent pas une faute disciplinaire, les pairs renvoient aux fins des poursuites. A titre illustratif, dans le cadre d'une étude¹⁸⁰⁰ réalisée en 2013, et couvrant la période allant de 2009 à 2011 auprès de deux grands conseils non nommés, le renvoi concernait 12% des affaires. Un peu moins de 66% passant en audience, donnait lieu à des sanctions. Selon cette même étude, la radiation représentait 10,65% des cas, le blâme 11,11%, l'avertissement 14,35% et l'interdiction d'exercice 63,89%. Dans la majorité des cas l'interdiction est requise, signant ainsi l'effectivité de la justice disciplinaire. Il existe à coté de ces sanctions principales, des sanctions accessoires qui peuvent être cumulées. Sont assimilées comme telles, la privation du droit de faire partie d'une instance professionnelle (28,23% des cas pour une durée moyenne de 6,5 ans), la publicité de la peine représente 12,94% des cas, la condamnation aux dépens 32%. Dans 4,7% des cas la peine disciplinaire fut alourdie d'une privation des droits, d'une publicité de la peine, et du paiement des dépens. Les chiffres étant précisés, il convient de s'attarder sur ce en quoi consistent les sanctions disciplinaires Elle sont toutes énumérées à l'article 184 du décret du 27 novembre 1991. AVRIL constate leur caractère limitatif.

Parmi elles, se trouve ce qui constitue de véritables sanctions disciplinaires (A). Il existe à côté d'autres mesures qui ne peuvent être qualifiées comme des sanctions, puisque leur nature purement disciplinaire n'est pas avérée (B)

A - Les sanctions disciplinaires

Les sanctions disciplinaires sont d'envergure différente. Certaines seront légères (1) d'autres plus sévères donc conséquentes (2)

1 - Les peines légères

490. Les sanctions mineures se matérialisent sous forme d'un avertissement ou d'un blâme.

1800HARNAIS (S) sous sa direction « *Régulations professionnelles et pluralisme juridique : une analyse économique de la profession d'avocat* » Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice , Université Paris Ouest Nanterre La Défense Octobre 2013

Selon le Littré le blâme est « *l'expression de l'opinion, du jugement par lequel on trouve quelque chose de mauvais dans les personnes* ». Concrètement, en plus d'exprimer un jugement de valeur, le blâme permet la réprobation de l'attitude ou des agissements d'un professionnel. Il fait donc officiellement fonction de sanction disciplinaire. La prononciation du blâme suppose l'existence de règles préalable, d'une déontologie. Elle est donc légitimée dans la mesure ou en toute connaissance de ces prescriptions, le professionnel est allé tout de même à leur rencontre. Ce faisant il n'ignore pas qu'il s'expose à une sanction. L'avocat, en plus d'être soumis à diverses règles déontologiques a prêté serment. Encourir une sanction disciplinaire s'apparente à une méconnaissance du contenu de ce dernier. Attitude critique, en considération de son caractère sacramental. En comparaison, l'avertissement peut être défini comme une menace de sanction seulement. Il n'est pour le Littré qu'un « *appel à l'attention de quelqu'un* ». de ce fait, il peut être une première étape avant le prononcé d'un blâme, voire de poursuites disciplinaires. C'est en quelque sorte un premier degré de sanction disciplinaire. En cela, l'avertissement est sensiblement moins grave que le blâme.

491. L'avertissement et le blâme sont des peines à valeur morale, de ce fait elle ne peuvent être assorties du sursis. Par contre leur prononcé peut être accompagné de peine accessoire, et s'opposer à la possibilité d'être élu Bâtonnier, ou à tout autre organisme professionnel pour une durée n'excédant pas dix ans. A ce détail près, elles ne produisent aucun effet particulier, puisque le professionnel peut continuer à exercer, mais leur prononcé n'est pas pour autant anodin. En effet, si le professionnel est de nouveau jugé par ses pairs, il sera tenu compte de l'existence d'un avertissement ou d'un blâme passé, pour aggraver potentiellement la nouvelle sanction encourue. Il appartient aux instances disciplinaires de prononcer ces sanctions. Si l'avocat concerné fait partie du Conseil de l'Ordre, il doit en démissionner. A titre de peine complémentaire, l'affichage de la sanction dans les locaux de l'Ordre peut être décidé. Selon l'étude proposée¹⁸⁰¹, blâme et avertissement forment seulement un quart des peines prononcées. Ainsi, le maniement de fonds en dehors de la CARPA, le prélèvement « forcé » d'honoraires importants sur les dits fonds et la résistance prolongée aux demandes d'explications et aux injonctions de reversement des sommes faites par le Bâtonnier, constituent indiscutablement des manquements caractérisés aux obligations de probité et de délicatesse, visées à l'article 183 du décret numéro 91-1197 du 27 novembre 1991 justifiant un avertissement¹⁸⁰². Ou encore, la non-réponse systématique au Bâtonnier et l'absence sans excuse à une première enquête déontologique diligentée puis le retard à la

1801 Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice précité.

1802 DÉCISION DU CONSEIL DE DISCIPLINE DES BARREAUX DE LA COUR D'APPEL DE BORDEAUX du 22 mars 2012 in <http://conseil-regional-discipline-des-avocats-cour-appel-bordeaux.fr>

seconde¹⁸⁰³, constituent des manquements caractérisés à l'obligation de délicatesse visée à l'article 183 du décret suscité. Des poursuites pénales engagées contre un avocat ayant causé un accident de la circulation suite à une conduite en état d'ivresse (0,42 mg par litre d'air expiré), et coupable de délit de fuite¹⁸⁰⁴, justifie le prononcé d'un blâme, car ce type de comportement constitue un manquement caractérisé aux obligations de probité, d'honneur et de délicatesse. En revanche, il a été admis que des problèmes de santé nécessitant un traitement lourd et ayant conduit à des manquements professionnels, justifient une dispense de peine¹⁸⁰⁵. Le même jour, les membres du Conseil de discipline ont décidé d'une dispense alors même que l'infraction était constitu e¹⁸⁰⁶, et en l'absence de faits justificatifs contrairement au premier cas exposé. En l'espèce, l'avocat a bien été reconnu coupable de manquements aux obligations de probité et de délicatesse visées à l'article 183 du décret né 91-1197 du 27 novembre 1991. Il refusait de payer la somme de 897,50 euros correspondant à la franchise restant à sa charge, après une condamnation, et n'a apporté aucune réponse au Bâtonnier le priant de régler cette dette.

2 - Les peines sévères

492. Dans l'échelle des sanctions disciplinaires vient ensuite l'interdiction temporaire d'exercer, qui ne peut être prononcée pour une durée dépassant trois années. Elle se rapproche beaucoup de l'interdiction prononcée sur le plan pénal. Cette sanction est d'une particulière gravité, puisque l'avocat doit cesser tout acte professionnel. Au delà d'un an d'inactivité, cela peut s'avérer fatal pour la survie d'un petit cabinet, or la période d'exécution de la sanction prononcée n'est pas susceptible d'un recours. Tout comme le blâme et l'avertissement, l'interdiction d'exercer peut à titre facultatif comporter la privation de faire partie du Conseil de l'Ordre, du CNB et des autres organismes professionnels, ainsi qu'être élu Bâtonnier. Ce sont des peines accessoires qui, dans la pratique, sont peu utilisées hormis l'interdiction de faire partie du Conseil de l'Ordre. De même, l'utilisation du délai maximum encouru soit 10 ans pour ces peines, n'est pas constaté. Une fois la sanction effectuée, l'avocat peut reprendre l'exercice de ses fonctions, sans qu'il ne soit nécessaire de faire une demande de réinscription au Tableau, ce n'est pas le cas pour la radiation. Lorsque l'avocat est interdit d'exercer, et bien

1803DECISION DU CONSEIL DE DISCIPLINE DES BARREAUX DE LA COUR D'APPEL DE BOR-DEAUX du 23 juin 2011 in <http://conseil-regional-discipline-des-avocats-cour-appel-bordeaux.fr>

1804DECISION DU CONSEIL DE DISCIPLINE DES BARREAUX DE LA COUR D'APPEL DE BOR-DEAUX du 28 avril 2011 in <http://conseil-regional-discipline-des-avocats-cour-appel-bordeaux.fr>

1805DECISION DU CONSEIL DE DISCIPLINE DES BARREAUX DE LA COUR D'APPEL DE BOR-DEAUX du 21 novembre 2011 in <http://conseil-regional-discipline-des-avocats-cour-appel-bordeaux.fr>

1806DECISION DU CONSEIL DE DISCIPLINE DES BARREAUX DE LA COUR D'APPEL DE BOR-DEAUX du 21 novembre 2013 in <http://conseil-regional-discipline-des-avocats-cour-appel-bordeaux.fr>

que son cabinet existe toujours légalement sous l'administration provisoire d'un confrère du même Barreau, il ne doit plus s'adonner à la moindre activité en rapport avec la profession. Cette condamnation peut être assortie du sursis, cela concernait d'ailleurs 76% des interdictions prononcées selon enquête. Dans le cas, du sursis, aucun administrateur n'est nommé, et la peine n'est pas exécutée. Si dans un délai de cinq ans l'avocat est à nouveau sanctionné sur le plan disciplinaire il exécutera alors la peine initiale sans confusion avec la seconde, conformément aux exigences de l'article 184 du décret du 27 novembre 1991¹⁸⁰⁷. Il apparaît selon les chiffres transmis que la durée moyenne d'interdiction d'exercer est de 10,8 mois, la durée moyenne du sursis 5,9 mois.

493. La radiation du Tableau constitue la peine la plus grave. L'article 185 du décret de 1991 prévoyait également la radiation sur la liste du stage, mais celui-ci a disparu le 1er septembre 2007, cette radiation ne peut donc plus avoir cours. Ce type de sanction est légitimé eu égard à la gravité des faits sanctionnés. Tel fut le cas pour un avocat condamné à huit ans d'emprisonnement pour des faits de viols commis sur mineur de quinze ans par ascendant, agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans par ascendant et corruption sur mineurs de quinze ans¹⁸⁰⁸. Autre exemple, l'encaissement par un avocat dans une banque étrangère d'un chèque de 7.500.000 euros à l'ordre de la CARPA qui devait être remis à un confrère dans le cadre d'une transaction intervenue, puis le fait de ne pas avoir restitué intégralement le règlement au créancier¹⁸⁰⁹. Concrètement, le nom du concerné disparaît du Tableau car il n'est plus du tout considéré comme appartenant à la profession. La radiation vaut pour tous les Barreaux. Cette sanction est déshonorante, elle illustre le rejet définitif d'un individu de la grande famille des avocats. Elle est également lourde de conséquence puisque celui qui passe outre peut être poursuivi pénalement pour exercice illégal de la profession. En effet, selon l'article 72 « *sera puni des peines prévues à l'article 433-17 du Code pénal quiconque aura, n'étant pas régulièrement inscrit au Barreau, exercé une ou plusieurs des activités réservées au ministère des avocats dans les conditions prévues à l'article 4, sous réserve des conventions internationales* ». Puisqu'il n'est plus régulièrement inscrit au Barreau, et qu'il ne dispose plus du titre attaché à sa profession, l'avocat radié atteint dorénavant au monopole

1807 Article 184 du décret du 27 novembre 1991 modifié le 21 décembre 2004 « *La peine de l'interdiction temporaire peut être assortie du sursis. La suspension de la peine ne s'étend pas aux mesures accessoires prises en application des deuxième et troisième alinéas. Si, dans le délai de cinq ans à compter du prononcé de la peine, l'avocat a commis une infraction ou une faute ayant entraîné le prononcé d'une nouvelle peine disciplinaire, celle-ci entraîne sauf décision motivée l'exécution de la première peine sans confusion avec la seconde* »

1808 DECISION DU CONSEIL DE DISCIPLINE DES BARREAUX DE LA COUR D'APPEL DE BORDEAUX du 24 mai 2012 in <http://conseil-regional-discipline-des-avocats-cour-appel-bordeaux.fr>

1809 REUNION DU CONSEIL DE DISCIPLINE DES BARREAUX DE LA COUR D'APPEL DE BORDEAUX du 26 novembre 2009 in <http://conseil-regional-discipline-des-avocats-cour-appel-bordeaux.fr>

légale en donnant cours à des activités d'assistance, de représentation en justice, de postulation et de plaidoirie ou encore de consultation et de rédaction d'actes sous seing privé . Le fait de s'y livrer constitue un délit au sens du Code pénal¹⁸¹⁰. Il ne doit donc plus s'adonner à la moindre activité tant juridique que judiciaire. Après avoir été radié du Barreau de Paris un ancien avocat a fait usage de sa fausse qualité d'avocat au Barreau d'Aoste. Faisant état de cette qualité, le prévenu s'est fait remettre des fonds en donnant l'assurance illusoire à une personne en redressement judiciaire de monter des structures pour assurer la reprise de ses sociétés françaises. L'ancien avocat fut condamné à six mois d'emprisonnement pour exercice illégal de la profession¹⁸¹¹. Autre illustration, le professionnel ne peut former un recours en annulation contre une délibération du Conseil de l'Ordre interdisant aux membres du Barreau de collaborer avec lui¹⁸¹², en effet ce recours est ouvert uniquement aux membres. Le radié n'a plus cette qualité, il ne peut donc être fondé à agir. En terme d'effet pour les avocats exerçant en société, si le radié a qualité d'associé, ses parts sociales devront être cédées. La radiation de tous les associés ou celle de la société entraîne de plein droit la dissolution de la société et sa liquidation. Ceci prend effet dès que la radiation est passée en force de chose jugée.

494. Une réinscription au Tableau peut être admise, en cas de réhabilitation, d'amnistie, ou de révision en cas de faits nouveaux. Il faut à cette fin que l'innocence du radié soit prouvée, ou que le comportement du professionnel le permette, s'il a fait preuve de son amendement. Si le juge national s'est révélé particulièrement frileux si ne n'est sévère¹⁸¹³ pour considérer les demandes de réinscription, préférant l'exigence de « *circonstance exceptionnelles* » ; la CEDH consultée pour cette question, admet le recours d'un avocat tout en condamnant l'usage de « *circonstances* » terme trop imprécis¹⁸¹⁴. A noter que si l'avocat poursuivi est un avocat honoraire, l'honorariat peut lui être retiré. En effet, les conseils de discipline sont compétents pour statuer sur les infractions commises par d'anciens avocats inscrits au Tableau à l'époque des faits qui leur sont reprochés. La demande de réinscription doit être soumise au Barreau ayant prononcé la radiation, qui détermine si l'avocat présente des preuves suffisantes de sa moralité. Aucune clause de non rétablissement, même si elle a été acceptée par le concerné ne peut être admise¹⁸¹⁵. L'amnistie n'entraîne pas de plein droit la possibilité de demander la réinscription. En effet, elle concerne avant tout la condamnation pénale ayant provoqué la

1810 *L'usage, sans droit, d'un titre attaché à une profession réglementée par l'autorité publique ou d'un diplôme officiel ou d'une qualité dont les conditions d'attribution sont fixées par l'autorité publique est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* »

1811 Crim. 14 janvier 2015, n° 13-85868 in yvesavril.com

1812 Civ 1ere 9 juillet 1996 n°95-18.507 Bull cov I n° 300 JCP 1966 IV 2048

1813 CA Paris 20 juillet 1949 S 1950 193

1814 CEDH 30 novembre 1987 D 1988 somm 231 note BRUNOIS-MAURO Gaz pal 1988 534

1815 Civ 1ere 7 juillet 1993 Bull civ I n°248

radiation, et elle ne permet pas l'effacement des faits. De ce fait, il appartient à la juridiction qui a prononcé la sanction de se prononcer sur l'amnistie¹⁸¹⁶. De plus, la loi d'amnistie écarte du bénéfice de celle-ci « *les faits constituant des manquements à la probité, aux bonnes moeurs et à l'honneur* », à moins que l'amnistie soit accordée par mesure individuelle du Président de la République¹⁸¹⁷.

495. Il convient de noter que les peines d'interdiction et de radiation, de nature et gravité différentes ne peuvent se confondre¹⁸¹⁸. La radiation d'un avocat honoraire se concrétise par le retrait de l'honorariat. Ces deux sanctions se ressemblent puisque celui dont l'honorariat a été retiré ne peut plus se prévaloir de son titre et encourt les mêmes poursuites que l'avocat radié s'il en fait l'usage. Ceci car il reste soumis aux obligations découlant du serment¹⁸¹⁹. Il est souvent cité l'exemple d'un avocat honoraire qui fit état de son ancienne qualité professionnelle pour rendre visite à un client détenu. En se présentant faussement comme tel, c'est à dire en prétendant à une qualité qui n'était plus la sienne, il a été jugé qu'il avait manqué à la probité. Son titre lui fut retiré¹⁸²⁰. De même, l'avocat honoraire qui assiste un client, revêtu de sa robe lors de l'audience, et ce sans avoir préalablement sollicité ni obtenu l'autorisation du Bâtonnier, crée une confusion entre son statut d'avocat honoraire et celui d'avocat en exercice. Cette attitude constitue une infraction disciplinaire, dans la mesure où les articles 109 et 110 du décret du 27 novembre 1991 ainsi que l'article 13 du RIN et l'article 21 du décret du 12 juillet 2005 disposent que l'avocat honoraire ne peut exercer aucun acte de la Profession, hormis la consultation ou la rédaction d'actes et sur autorisation du Bâtonnier. Le retrait de l'honorariat fut donc prononcé¹⁸²¹.

De façon générale, pour prononcer la sanction la plus adéquate, il est fait application du principe de la personnalité des peines. L'instance disciplinaire peut modérer ou aggraver¹⁸²² une sanction, selon le profil¹⁸²³ du prévenu, sa situation personnelle. De la même manière pour « défaire » une peine, c'est le cas de la réhabilitation, les autorités disciplinaires procèdent à un examen du comportement de l'intéressé. Il appartient ensuite au procureur général

1816Civ 1ere 12 juin 1990 n°89-13238

1817Civ 1ere 25 octobre 1989 n°87-14290 Bull civ I n°328 p 218

1818Civ 1ere 4 janvier 2005 D 2005 précité

1819Article 21 du décret du 12 juillet 2005 - article 13 du RIN

1820Civ 10 décembre 2002 n°00-11.091 Bull civ I n°301- JCP 2003 I 140 n°21 observations MARTIN (R)

1821REUNION DU CONSEIL DE DISCIPLINE DES BARREAUX DE LA COUR D'APPEL DE BORDEAUX du 17 juillet 2008 in <http://conseil-regional-discipline-des-avocats-cour-appel-bordeaux.fr>

1822Conseil de discipline de l'Ordre des avocats de PARIS, 6 nov. 2007, formation de jugement n°1 n°167808 : « (ces faits) doivent être sanctionnés en tenant compte des antécédents disciplinaires de Monsieur X (...) »

1823Conseil de discipline de l'Ordre des avocats de Paris 21 novembre 2005, formation de jugement n° n°23.4899 : « *Considérant néanmoins que l'ancienneté des faits et la reprise par Monsieur X d'une activité postérieure aux faits qu'il n'a donné lieu à aucun reproche conduiront le conseil de discipline à appliquer une sanction relativement modérée* »

d'assurer et surveiller l'exécution des peines disciplinaires¹⁸²⁴. Il doit en outre effectuer la diffusion des décisions disciplinaires auprès de tous les parquets généraux et les notifier au Bâtonnier de l'Ordre dont relève l'avocat sanctionné. Les décisions contenant les sanctions prononcées figurent au dossier disciplinaire de l'avocat.

B - Les autres mesures

D'autres mesures existent, mais elles ne sont pas incluses à l'article 184. Il s'agit de la convocation devant le Bâtonnier ou mesure de mise en garde, anciennement désignée comme admonestation paternelle et l'injonction (1), ainsi que la suspension provisoire et l'omission au Tableau (2)

1 – L'ancienne admonestation et l'injonction

496. Ces mesures n'ont pas véritablement de nature disciplinaire, leur régime est par conséquent non figé, contrairement aux sanctions exposées jusqu'alors. Jusqu'à présent existait l'admonestation, dite admonestation paternelle, appliqué pour une « *faute qui ne mérite pas une grande punition* »¹⁸²⁵. Cette mesure, usage multiséculaire interne à la profession, ne constituait pas en une sanction mais en une simple remontrance que le Bâtonnier pouvait adresser sans condition de forme ou de procédure lorsqu'elle n'était pas inscrite au dossier individuel de l'avocate. Dès lors elle était insusceptible de recours¹⁸²⁶, car équivalant à une simple remontrance adressable sans condition de forme ou de procédure particulière. Le décret de 2005¹⁸²⁷ n'a pas supprimé cette pratique, mais n'a pas non plus codifié non plus, aussi celle-ci est restée en l'état sous l'appellation « lettre de reproche ». A contrario, l'admonestation inscrite au dossier individuel constituait une véritable sanction faisant grief et pouvant être soumise à recours¹⁸²⁸. A ce titre elle n'était plus une simple mesure de mise en garde, c'est pourquoi la chancellerie l'a supprimée au motif qu'elle pouvait créer une confusion entre les autorités de poursuite et de jugement, contrairement au principe du procès équitable. L'ancien Bâtonnier de Narbonne Maître BLANQUER, propose d'instaurer une procédure simplifiée qui ne pourrait être demandée que par le bâtonnier de l'ordre, et qui

1824 Article 197 décret du 27 novembre 1991

1825 Extraits définition du Dictionnaire en ligne Littré, vient du verbe « admonester » <http://litre.reverso.net/dictionnaire-francais/definition/admoneter/799>

1826 Civ 1^{ere} 16 mai 2012 Bull civ I n° 107 D 2012 Actu 1412 ibid 1868 Gaz pal 2012 1433

1827 Décret du 24 mai 2005 n° 2005-531 modifiant le décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat et relatif à la discipline : JO 26 mai 2005, p. 9107.

1828 Civ 1^{ere} 7 mai 2008 n° 07_10.864 Bull civ I n° 124 D 2008 1735 obs AVRIL

déboucherait sur une admonestation prononcée par le président du conseil régional de discipline ou son délégataire. Cette mesure remplacerait ainsi la défunte admonestation du bâtonnier, et seul ce dernier de prononcer cette admonestation sans qu'il ne soit nécessaire d'instruire¹⁸²⁹. Il s'agirait à la fois « *d'offrir les moyens aux bâtonniers de remplir les missions qui leur ont été confiées, notamment de veiller au respect de la déontologie par ses confrères, et de parvenir à réduire – parce que la réponse du bâtonnier sera plus systématique ou pourra l'être –, le nombre des manquements déontologiques les moins importants qui, malgré tout, par leur répétition, portent gravement atteinte à la confraternité, et plus généralement à l'image de l'avocat* ». Une telle réforme nécessiterait un fondement juridique, car une autorité de poursuite ne peut délivrer une sanction sans base textuelle, en effet « *le bâtonnier dans le silence des textes, ne dispose pas du pouvoir d'infliger à un avocat une admonestation, dès lors qu'elle est inscrite au dossier individuel* »¹⁸³⁰. Pour l'heure, le bâtonnier conserve bien le droit de faire savoir à l'un de ses confrères qu'il n'est pas d'accord avec son comportement, mais ce droit reste limité à un simple courrier dit lettre de reproche ou convocation à son bureau, démarche qui ne peut être portée ni conservée au dossier de l'avocat.

497. De même, l'injonction du Bâtonnier qui ne fait que « *commander expressément et avec autorité* »¹⁸³¹, à un de ses confrères, ne relève pas de la discipline du Barreau, elle vaut simple avis, et ne peut à ce titre faire l'objet d'un recours¹⁸³². Si les manquements sont suffisamment graves ou répétés, le Bâtonnier recourt alors au disciplinaire et peut ouvrir une enquête déontologique ou saisir directement le Conseil de discipline. Il peut être considéré que l'admonestation et l'injonction se situent sur le terrain du pré-contentieux, puisqu'en amont de toute action disciplinaire.

2 - La suspension provisoire et l'omission au Tableau

498. La suspension provisoire figure à l'article 24 de la loi du 31 décembre 1971. Elle est davantage considérée comme une mesure de sûreté, qu'une sanction disciplinaire¹⁸³³. C'est en cela qu'elle se distingue de l'interdiction temporaire véritable peine disciplinaire, dont

1829BLANQUER (B) « *Réforme de la procédure disciplinaire : pour l'instauration d'une admonestation à la demande du bâtonnier* » Gazette du Palais, 18 septembre 2012 n° 262, p. 11

1830Civ 1ere 7 mai 2008, n° 07-10864

1831Extraits définition du Dictionnaire en ligne Littré, vient du verbe « enjoindre » <http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/enjoindre/27111> n°1

1832Civ 1ere 26 septembre 2012 Gaz pal 2-4 décembre 2012 p 19 note AVRIL

1833Civ 1ere 15 janvier 2002 n°99-10776 : « *Vu les articles 23 de la loi du 31 décembre 1971 et 184 du décret du 27 novembre 1991 ; Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes que la suspension provisoire ne peut être prononcée que contre un avocat poursuivi pénalement ou disciplinairement et qu'elle n'est pas une peine disciplinaire* »

l'ensemble de la doctrine s'accorde à lui reconnaître une finalité répressive¹⁸³⁴. La suspension est envisagée lorsque l'urgence ou la protection du public l'exige avant même l'exercice des poursuites, ou à l'occasion d'une poursuite pénale ou disciplinaire, dans l'attente de la condamnation. La loi précise que les membres du Conseil de l'Ordre, membres titulaires ou suppléants du Conseil de discipline ou de la formation disciplinaire ne peuvent siéger au sein du Conseil de l'Ordre ou de la formation disciplinaire susvisée lorsqu'ils se prononcent en matière de suspension provisoire. Si le Bâtonnier et le procureur général en sont à l'initiative, c'est bien le Conseil de l'Ordre qui a le pouvoir de suspendre provisoirement un avocat de ses fonctions, et ce pour une durée de quatre mois renouvelable. Dès que les actions pénales et disciplinaires sont éteintes, elle cesse de plein droit. Avant la réforme du 11 février 2004, la suspension était sans limitation de durée. De la même manière qu'il la prononce, le conseil est habilité à mettre fin à la suspension, à moins qu'elle ait été prononcée par la Cour d'appel.

499. Si dans le mois de la demande de suspension le conseil ne s'est pas prononcé, le refus implicite est avéré. Le Bâtonnier ou le procureur pourront faire appel. L'avocat concerné par la suspension et uniquement dans ce cas, a la possibilité de faire appel contre la décision rendue par le conseil¹⁸³⁵. Ce recours, comme le délai qui y est attaché ne sont pas suspensifs. Aussi, si la suspension a été acceptée par le conseil et même si elle fait l'objet d'un recours devant les juges du fond, elle s'appliquera dès sa notification au concerné. Les articles 198 et 199 du décret du 27 novembre 1991 précisent que la procédure de la suspension provisoire est conforme à celle de la procédure disciplinaire. Les conditions d'urgence ou de protection du public entourant le régime d'application de la suspension, énoncées par l'article 24, ont été plus largement définies par la jurisprudence. Selon les juges, le « *fondement de l'interdiction provisoire ne doit pas être recherché dans les risques que la poursuite des activités de l'avocat ferait courir à ses clients, mais dans l'amoralité que les faits qui lui sont reprochés manifestent et qui font perdre à cet avocat tout crédit de la part des tribunaux et portent atteinte à la dignité de la justice, et dans la nécessité de faire cesser le trouble que causerait au sein des juridictions l'auxiliaire de justice qui, faisant l'objet de poursuites pour des actes apparemment illicites, n'en continuerait pas moins à plaider, à postuler et à consulter, notamment au siège de la juridiction où ces poursuites sont exercées* »¹⁸³⁶. Récemment, un avocat qui exerçait à proximité de l'aérodrome de Roissy-Charles de Gaulle, a été placé sous mandat de dépôt et mis en examen pour aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers

1834 DE POULPIQUET (J), *Responsabilité des notaires*, Dalloz Référence, 2009/2010, n° 72.121 et s. ; J.-F. SAGAUT (J-F) – LATINA (M) « *Manuel de déontologie notariale* », Defrénois, 2009, n° 337 in Décision n° 2014-385 QPC du 28 mars 2014

1835 CA LYON 10 avril 1997 Gaz Pal 7 octobre 1999, note VRAY (H)

1836 CA Riom 8 juillet 1980 Gaz Pal 1981 I 21 note DAMIEN (A)

en France d'étrangers, en bande organisée. La Cour de cassation a considéré suite au pourvoi formé par l'avocat qui prétendait l'interdiction provisoire contraire à la présomption d'innocence, qu'il s'agissait d'« *une mesure de sûreté conservatoire dont le prononcé n'implique pas qu'il soit pris parti sur l'imputabilité d'une quelconque faute pénale ou disciplinaire de l'avocat* »¹⁸³⁷ ». En l'espèce, les juges ont considéré que les circonstances d'exception justifiant l'interdiction provisoire étaient réunies. La mesure était donc requise. A coté, l'avocat avait également soulevé une question prioritaire de constitutionnalité au motif que la suspension provisoire portait une atteinte intolérable au droit de propriété, en le privant de ses revenus dans la mesure où aucune indemnisation n'était prévue, cette QPC jugée peu sérieuse a été écartée¹⁸³⁸

500. La suspension provisoire, entraîne la désignation d'un suppléant par le Bâtonnier, qui remplacera l'avocat qui ne peut plus exercer ses fonctions. En effet, pour les juges, cette mesure « *qui porte irréversiblement atteinte à l'honneur et aux intérêts de celui qui en est l'objet, en raison de la publicité même qui s'y attache, par l'interdiction de continuer l'exercice des fonctions et l'obligation de désigner un suppléant de l'avocat suspendu* » c'est pourquoi, *elle ne doit être utilisée qu'avec beaucoup de précautions et sa nécessité doit être appréciée de manière très stricte, de façon à ce que la sanction ne se révèle pas disproportionnée avec les fautes démontrées* »¹⁸³⁹. En moyenne sur un an, 3,6% des avocats poursuivis devant le Conseil de discipline de Paris sont d'abord suspendus, puis le Conseil de l'Ordre renouvelle la mesure, portant en tout la suspension à une durée de huit mois au maximum. Dans la totalité des cas, les avocats sont accusés de fraude ce qui nous apporte quelque précision sur ce qui peut être considéré concrètement comme relevant de l'urgence ou de la protection du public. Ils sont passibles à ce titre d'une sanction pénale¹⁸⁴⁰.

501. A coté de la suspension provisoire, existe l'omission. Elle consiste en la suppression du nom de l'avocat du Tableau, et ce par décision motivée du Conseil de l'Ordre. Comme toute mesures au régime non figé, l'omission peut être une mesure administrative ou disciplinaire. Cette dernière qualité a été écartée par la Cour de cassation¹⁸⁴¹, mais la question n'est pas véritablement tranchée. La durée de cette mesure semble indéterminée, l'article 107 du décret de du 27 novembre 1991 n'apporte aucune précision. Il est simplement fait mention

1837Civ 1ere 13 novembre 2014, n° 13-25614

1838Civ. 1ere 21 mai 2014, n° 13-25614

1839TGI Versailles 9 décembre 1976 Gaz Pal 1977 1, 64

1840HARNAIS (S) « *Régulations professionnelles et pluralisme juridique : une analyse économique de la profession d'avocat* » Université Paris Ouest Nanterre La Défense Octobre 2013, Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice précité.

1841Civ 1ere 10 décembre 2002 n°00-21.316 Bull civ I n°300

de ce que « *avant d'accueillir la demande de réinscription, le Conseil de l'Ordre vérifie que l'intéressé remplit les conditions requises pour figurer au Tableau* ». L'omission peut être obligatoire si l'avocat se trouve dans un des cas d'exclusion ou d'incompatibilité prévus par la loi ou qu'il ne satisfait pas aux obligations de garantie et d'assurance prévues par l'article 27 de la loi du 31 décembre 1971. Elle ne sera que facultative¹⁸⁴² en cas de maladie, de non paiement de ses cotisations, ou s'il n'exerce plus sans motif légitime. Quoi qu'il en soit l'omission revêt dans certains cas des allures de sanction et peut être comparée dans une certaine mesure à l'interdiction temporaire.

1842Article 105 du décret du 27 novembre1991

Section II - LA PROCEDURE DEVANT LES INSTANCES DISCIPLINAIRES

502. La procédure disciplinaire de la profession d'avocat est traditionnellement organisée par la loi du 31 décembre 1971. Elle fut revue par la loi du 11 février 2004 et du décret du 24 mai 2005, modifié en 2007. Ces dispositions sont revenues sur la pratique en cours jusqu'alors, consistant pour le Conseil de l'Ordre et le Bâtonnier à enquêter, instruire et juger lors d'une procédure disciplinaire. Les Conseils de l'Ordre ont un pouvoir réglementaire propre depuis 1810 sans devoir obtenir l'aval des pouvoirs public, suggérant l'existence d'un corporatisme surveillé par l'Etat. Cette maîtrise intégrale de la justice disciplinaire par des personnes proches des avocats poursuivis, laissait songer que celle ci était plutôt rendue en toute partialité. C'est pourquoi, la loi de 2004 institua des conseils régionaux de discipline¹⁸⁴³, dans le ressort de chaque Cour d'appel, et sépara nettement les autorités de poursuite, d'instruction et jugement, rendant la procédure conforme à l'article 6 de la CEDH¹⁸⁴⁴. Dorénavant, une personne qui a pris part d'une manière quelconque aux poursuites ou qui a jugé de leur opportunité ne peut siéger au sein du Conseil de discipline. Ainsi, le Bâtonnier ne peut plus plaider, il peut seulement, *proprio motu*, faire des observations. Il ne devra surtout pas déposer des conclusions écrites ni plaider, et l'Ordre n'est pas partie à la procédure. Ceci a encore du être repris récemment¹⁸⁴⁵. De même, l'instruction établie par les rapporteurs doit être objective et impartiale, ce qui semble leur interdire de prendre parti sur l'applicabilité d'une sanction.

1843 Article 28 de la loi du 11 février 2004 « L'article 22 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 précitée est ainsi rédigé : « Art. 22. - Un conseil de discipline institué dans le ressort de chaque cour d'appel connaît des infractions et fautes commises par les avocats relevant des barreaux qui s'y trouvent établis. » Toutefois, le Conseil de l'ordre du barreau de Paris siégeant comme conseil de discipline connaît des infractions et fautes commises par les avocats qui y sont inscrits. » L'instance disciplinaire compétente en application des alinéas qui précèdent connaît également des infractions et fautes commises par un ancien avocat, dès lors qu'à l'époque des faits il était inscrit au tableau ou sur la liste des avocats honoraires de l'un des barreaux établis dans le ressort de l'instance disciplinaire. »

1844 Article 6 : référence à cette disposition au nom du « procès équitable » et l'exigence d'un « tribunal indépendant et impartial », et d'une justice « publique et contradictoire » puisque au nom de cet article, « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice... »

1845 Civ 1ere 15 janvier 2015, n° 14-10683

503. Conformément à l'article 29 de la loi du 11 février 2004, les Conseils régionaux de discipline sont composés de membres et d'anciens membres des Conseils de l'Ordre des Barreaux afférents à la Cour d'appel et au prorata de la taille de leurs Tableaux. C'est à dire d'anciens Bâtonniers, les membres des Conseils de l'Ordre, et les anciens membres de ces conseils ayant quitté leur fonction depuis moins de huit ans. A titre illustratif, au sein d'une Cour d'appel composée de plus de 1000 avocats¹⁸⁴⁶, le conseil est composé de deux chambres devant lesquelles ont lieu les audiences formée chacune de 13 binômes, soit les titulaires et leur suppléant. Seul le Barreau de Paris fait exception et l'organe disciplinaire demeure inchangé. Il est constitué de 4 chambres et 16 à 18 avocats et pas moins de 30 membres et anciens membres du Conseil de l'Ordre siègent à la commission déontologique du Barreau. Le président du Conseil de discipline est le doyen des présidents des formations disciplinaires. Le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité concernant la spécificité du Barreau de Paris, a estimé que « *les règles différentes de composition du Conseil de discipline de Paris par rapport aux autres, reposent sur des critères objectifs et rationnels et poursuivent un but d'intérêt général* ». Il a ainsi été tenu compte du grand nombre d'avocats inscrits¹⁸⁴⁷ pour permettre au Barreau de Paris de conserver ses prérogatives disciplinaires.

1846Extraits rapport GIP précité p121

1847Selon l'enquête 41% des avocats français dépendaient du Barreau parisien en 2012 i, rapport GIP précité.

Paragraphe I - L'avant jugement

Avant qu'une décision finale soit rendue, il existe des étapes substantielles de procédure. Ainsi, l'avant jugement peut donner lieu à l'exercice de poursuites (A) ainsi qu'à une phase d'instruction (B)

A - L'exercice des poursuites

Durant la phase de poursuite est effectuée une enquête déontologique (1), donnant lieu ou non selon le cas envisagé, à la saisine de l'instance disciplinaire (2)

1 - L'enquête déontologique

504. Le but de l'enquête à laquelle procède le Bâtonnier, soit de sa propre initiative, celle du procureur du général, ou suite à une plainte¹⁸⁴⁸, est de vérifier l'exactitude du comportement d'un avocat de son Barreau, contraire a priori à la déontologie. L'enquête déontologique doit être distinguée de la procédure disciplinaire dont elle ne fait pas partie. En effet, étrangère à l'instance elle dispose de sa nature propre, en cela elle n'est pas soumise au respect du contradictoire¹⁸⁴⁹. Plus qu'un pouvoir, l'enquête déontologique est un devoir à la charge du Bâtonnier. Ainsi, si les faits l'exigent, le Bâtonnier a toute autorité pour donner suite ou saisir l'autorité compétente, notamment après la dénonciation de production de faux dans un litige opposant un avocat à son confrère¹⁸⁵⁰. La plainte peut d'ailleurs sans difficulté émaner d'un avocat qui entend dénoncer les faits de son associé, en fournissant pour faire preuve des courriers du cabinet commun¹⁸⁵¹. Le Bâtonnier a le pouvoir de ventiler les plaintes qu'elles proviennent de justiciable ou de professionnels. Comme le précise le Décret du 27 novembre 1991, il peut désigner à cette fin un délégué, parmi les membres ou anciens membres du Conseil de l'Ordre. Lorsqu'il décide de ne pas procéder à une enquête, il en avise l'auteur de la demande ou de la plainte. En effet l'enquête n'est pas une étape obligatoire à la procédure disciplinaire, l'article 188 du Décret cité précise ainsi que « *dans les cas prévus à l'article 183, directement ou après enquête déontologique, le Bâtonnier dont relève l'avocat mis en cause ou le procureur général saisit l'instance disciplinaire par un acte motivé* ». Mais

1848Article 187 du décret du 27 novembre 1991 « *Le Bâtonnier peut, soit de sa propre initiative, soit à la demande du procureur général, soit sur la plainte de toute personne intéressée, procéder à une enquête sur le comportement d'un avocat de son Barreau* »

1849Civ 1ere 17 octobre 2012 n°11-17999

1850Crim 18 septembre 2012 BICC 15 janvier 2013 n°145

1851Civ 1ere 16 octobre 2008, n°07-11810 Bull Civ I n°225

si l'enquête a lieu, un rapport est établi exposant les éléments recueillis. En fonction de ce rapport, le Bâtonnier décide s'il y a lieu d'exercer l'action disciplinaire. Quelle que soit sa décision, il doit en informer le procureur général ou le plaignant. Lorsque le Bâtonnier est empêché ou mis en cause, ses pouvoirs sont confiés au plus ancien Bâtonnier membre du Conseil de l'Ordre, conformément à l'article 187 du Décret. Ce dernier reçoit la plainte, l'instruit puis statue par un classement sans suite ou un renvoi devant le Conseil de discipline.

Au cours de l'enquête, les visites domiciliaires au cabinet de l'avocat concerné sont possible mais uniquement en cas de nécessité impérieuse¹⁸⁵². Le Bâtonnier a en effet le droit de procéder à des investigations et vérifications y compris dans le cabinet d'un avocat en son absence, et ce conformément aux dispositions de l'article 187 du décret du 27 novembre 1991¹⁸⁵³. Par la suite, s'il estime qu'il y a lieu d'exercer l'action disciplinaire, il informe le procureur général ou- et le plaignant, puis donne lieu à la saisine de l'instance disciplinaire en motivant sa décision.

2 - La saisine de l'instance disciplinaire

505. La saisine s'entend comme l'ouverture de l'instruction disciplinaire par l'instance disciplinaire. L'article 188 précité précise que « *Dans les cas prévus à l'article 183, directement ou après enquête déontologique, le Bâtonnier dont relève l'avocat mis en cause ou le procureur général¹⁸⁵⁴ saisit l'instance disciplinaire par un acte motivé. Il en informe au préalable l'autorité qui n'est pas à l'initiative de l'action disciplinaire* ». La décision du Bâtonnier de saisir le Conseil de discipline¹⁸⁵⁵ ou de ne pas poursuivre, n'est pas susceptible de recours par le plaignant. En revanche, en ce qu'il est un organe de poursuite, le procureur général a cette possibilité¹⁸⁵⁶. Sous l'égide de l'ancien article.22 de la loi du 31 décembre 1971, l'instance disciplinaire pouvait se saisir d'office, soit à la demande du procureur général, ou à l'initiative du Bâtonnier. Cette auto saisine n'était pas pour les juges français, une atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité garanties par l'article 6-1 de la CEDH¹⁸⁵⁷. En dépit de cette modification procédurale, les nouvelles dispositions ne sont pas pour autant parfaite

1852Crim 16 octobre 2012 D 2012 Actu 2521 DP 2012 n°159 note VERON

1853Civ 1ere 12 octobre 2012 n°11-17999

1854Civ 1ere 17 février 2011 n ° 10 30 334 NP JCP 2011 « *Le procureur de la république n'a pas cette possibilité. Seul le procureur général est compétent, il doit cependant informer préalablement le Bâtonnier de sa démarche, l'inobservation de cette formalité qui fait grief à l'avocat entraîne la nullité des poursuites irrégulièrement engagées, dès lors qu'elle prive le représentant de l'Ordre de toute marge de manoeuvre et fait ainsi perdre à l'intéressé une chance d'échapper aux poursuites* ». Réciproquement, si le Bâtonnier est à l'initiative des poursuites, il doit préalablement notifier l'acte de saisine au procureur général ou au plaignant.

1855CA Colmar 23 novembre 2009 n°08-06062

1856CA Lyon 10 avril 1999 Gaz Pal 6-7 octobre 1999 p 12, note VRAY (H)

1857Civ 1ere 4 janvier 2005 Bull Civ I n°3 D 2005 IR 241

d'impartialité. A ce titre, AVRIL souligne que « *si la décision de poursuivre est désormais une décision individuelle, les Bâtonniers, qui ont aussi une fonction de conciliation pour ne pas dire une vocation diplomatique hésitent à la prendre....des conseils de discipline, émanant de Barreaux importants, ne sont saisis que rarement, trop rarement sans doute* ». La procédure indiquée à l'article 188 du décret du 27 novembre 1991, commande que l'acte de saisine soit notifié à l'avocat poursuivi par l'autorité qui a pris l'initiative de l'action disciplinaire, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception soit motivé.

506. Selon le rapport du GIP¹⁸⁵⁸, le taux de saisine pour la période de 2009 à 2011 au Barreau de Paris sur un échantillon de 100 avocats était de 0,37%. Parmi ces chiffres, 21,3% concernaient des femmes contre 78,7% d'hommes. En comparaison, les chiffres recueillis auprès d'un conseil régional de discipline de plus de 1000 avocats, précisaient un taux de saisine de 0,20%, dont 35,5% de femmes et 64,5% d'hommes. Néanmoins, comme le souligne l'auteur de ce rapport, obtenir des statistiques en vue d'élaborer des études abouties et publiques demeure très compliqué. Les sources sont éparses, il n'y a aucun recensement centralisé. Il semblerait que « *la comparaison avec d'autres secteurs d'activité... notamment la magistrature...souligne l'opacité dont s'entoure la profession d'avocat et met en évidence l'ambiguïté des résultats obtenus* »¹⁸⁵⁹. Pour KARPIK, il s'agirait d'un déficit de connaissance, voulu par la profession et non subi par elle¹⁸⁶⁰.

1858HARNAIS (S) Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice précité p 121 Ces chiffres concernent le Barreau de Paris, ainsi qu'un CRD (conseil régional de discipline) non identifié mais rassemblant plus de 1000 avocats, soit une Cour d'appel de taille importante.

1859 Le CSM (conseil national de la magistrature) n' a pas manqué de publier un rapport de son activité annuelle mentionnant le nombre d'affaires disciplinaires. De même, un recueil des décisions et avis disciplinaires a été mis en ligne sur le site du CSM rassemblant la jurisprudence depuis 1959 : « *Ceci contribue à renforcer la confiance des justiciables dans leur justice, et participe à la crédibilité et à la légitimité de la magistrature* » Extraits du rapport annuel de 2011 in HARNAIS (S) Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice p 122

1860KARPIK (L) in HARNAIS (S) Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice précité.

B - L'instruction

Lors de l'instruction, qui contrairement à l'enquête déontologique est obligatoire (1), les rapporteurs ont pour mission de procéder à une enquête objective et contradictoire (2).

1- L'instruction obligatoire

507. Ce sont les articles 23 al 3 de la loi du 31 décembre 1971 ainsi que le Décret du 24 mai 2005 qui mentionnent le caractère obligatoire de l'instruction. En effet, selon ces dispositions, « *L'instance disciplinaire statue sur décision motivée, après instruction contradictoire* ». Le Bâtonnier étant à l'initiative de l'enquête, il appartient désormais au seul Conseil de l'Ordre duquel relève l'avocat poursuivi, de désigner un de ses membres, à l'exclusion d'un de ses anciens, afin qu'il procède à l'instruction. Ceci dans les quinze jours où lui a été communiquée la copie de l'acte de saisine par le Bâtonnier ou le procureur général. A défaut, c'est le Premier Président de la Cour d'appel qui s'en chargera.

508. Cette désignation et peu importe l'autorité qui en est à l'origine, est insusceptible d'appel, dans la mesure où elle est assimilée à un acte d'administration. Elle ne constitue à ce titre « *que l'une des étapes obligées qui s'impose à cette institution* »¹⁸⁶¹. En plus d'être obligatoire, même en cas de constat d'infraction manifeste, l'instruction a pour particularité d'être effectuée de manière contradictoire.

2 - L'instruction contradictoire

509. Le caractère contradictoire de l'instruction disciplinaire est également prévu par l'article 23 al 3 de la loi du 31 décembre 1971, selon laquelle « *Le Conseil de l'Ordre dont relève l'avocat poursuivi désigne l'un de ses membres pour procéder à l'instruction contradictoire de l'affaire* ». Il est donc attendu que les rapporteurs procèdent à une enquête objective et contradictoire, et ce conformément au principe d'impartialité¹⁸⁶². Afin de mener à bien l'instruction, le rapporteur doit procéder à toute mesure nécessaire, conformément à l'article 189 du décret du 27 novembre 1991. Ainsi, à l'instar d'un greffier au sein d'une juridiction de droit commun il rédige un procès verbal d'audition. Celui-ci contient les

¹⁸⁶¹Civ 1ere 8 novembre 2006 RG n°1064

¹⁸⁶²Civ 1ere 2 avril 2009 Bull civ n° 71 D 2009

déclarations jugées essentielles, du poursuivi comme des témoins, qui peuvent sans que cela ne leur fasse grief « *déguiser la vérité* »¹⁸⁶³ et s'adonner aux faux témoignages¹⁸⁶⁴, mais qui devront obligatoirement signer le procès verbal. Le professionnel poursuivi peut être entendu à double titre : soit qu'assisté de son conseil s'il le souhaite, il réponde à une convocation et doive se présenter dans un délai raisonnable dans le respect des droits de la défense¹⁸⁶⁵; ou alors car il en aura fait lui même la demande. Ceci est expressément prévu par l'article sus-cité. Le plaignant peut également être entendu, même s'il n'est pas partie à la procédure, et qu'aucun texte ne prévoit son audition. Il est possible de déduire des termes généraux de l'article 189 selon lesquels « *toute personne susceptible d'éclairer l'instruction peut être entendue* »¹⁸⁶⁶ que cette possibilité lui est offerte. Les interrogatoires de même que des confrontations sont aussi inclus à la procédure, afin d'éclairer au mieux le Conseil et mettre à jour la vérité.

510. A noter, que si la procédure disciplinaire est liée à une instance pénale en cours, ou une affaire déjà jugée, le rapporteur, sous réserve du secret de l'instruction posé par les dispositions de l'article 11 du Code de procédure pénale, doit pouvoir obtenir communication par le parquet ou par le juge d'instruction des dossiers dont l'examen lui apparaît nécessaire, par conséquent lors d'une procédure pénale en cours concernant un avocat poursuivi, le dossier de l'instruction peut être communiqué¹⁸⁶⁷. Dans le cas d'une information judiciaire et en l'absence de communication du dossier, le Conseil de discipline peut surseoir à statuer. Il n'en a cependant pas l'obligation et le Conseil de l'Ordre peut alors recourir à une mesure provisoire.

511. Selon l'article 190 du décret du 27 novembre 1991, toutes les pièces constitutives du dossier disciplinaire, et notamment les rapports d'enquête et d'instruction, sont cotées et paraphées, sans formalisme particulier toutefois. Copie en est délivrée à l'avocat poursuivi sur sa demande, et ce dès qu'il le souhaite. Il dispose en effet du droit de prendre connaissance de son dossier, dans la mesure où celui-ci influence la décision du conseil qui pourra être prise à son encontre. En vertu du principe du contradictoire, il doit donc avoir accès en temps utile, au dossier spécial établi lors de l'infraction poursuivie et comprenant plainte, procès verbaux d'audition de témoins, rapport du rapporteur ; ainsi que son dossier personnel administratif relatant les plaintes et sanctions passées éventuelles. Il appartient au Conseil de discipline de

1863HARNAIS (S) Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice précité p 815

1864CA Aix en Provence 5 février 1985 Gaz Pal 1984 2 662

1865Civ 1ere 24 avril 1985, Gaz Pal 1985 2 p.295 obs GUINCHARD et MOUSSA

1866Article 189 al 2 du Décret du 27 novembre 1991

1867Civ 1ere 10 juin 1992 n° 91-17.028 Bull civ n° 176

permettre cette mise à disposition et à ses frais. En application de ceci, une Cour d'appel qui omet de constater que l'avocat poursuivi avait reçu communication des conclusions écrites du ministère public afin d'être en mesure d'y répondre utilement, prive sa décision de base légale au regard de l'article 6 CEDH¹⁸⁶⁸.

512. Il est attendu des rapporteurs qu'ils instruisent en toute impartialité. Les juges de cassation précisent que ceci « *s'impose aux rapporteurs... car... ils ont pour mission de procéder à une instruction objective et contradictoire de l'affaire et dont le rapport, obligatoire, est déterminant du sort ultérieurement réservé aux poursuites par la formation de jugement* »¹⁸⁶⁹. Par la suite, conformément à l'article 191 du décret du 27 novembre 1991, le rapporteur transmet le rapport d'instruction au président du Conseil de discipline et, à Paris, au doyen des présidents des formations disciplinaires du Conseil de l'Ordre au plus tard dans les quatre mois de sa désignation. Ce délai peut, à la demande du rapporteur, être prorogé dans la limite de deux mois par décision motivée du président du Conseil de discipline ou, à Paris, du doyen des présidents des formations disciplinaires du Conseil de l'Ordre. Cette décision est notifiée aux parties par lettre recommandée avec avis de réception. Copie en est adressée au Bâtonnier et au procureur général si ce dernier a pris l'initiative de l'action disciplinaire. L'instruction étant terminée, peut commencer alors le jugement du professionnel poursuivi.

1868Civ 1ere 14 janvier 2010 n° 08-21.051 NP D 2011 Pan 552 observations BLANCHARD
1869Civ 1ere 2 avril 2009 n°08-12.246 Juris Data n°2009-047655 Bull civ I n°71

Paragraphe II - Le jugement devant ses pairs

Le jugement s'effectue lors de l'instance disciplinaire (A). L'avocat comparait devant ses pairs uniquement, la particularité du procès devant les instances disciplinaires résidant dans le fait qu'aucun juge professionnel n'est présent. A ce titre, si les prescriptions du rapport DARROIS suggérant l'ouverture de l'instance disciplinaire au justiciable par la saisie étaient suivies, l'intérêt particulier du justiciable lésé commanderait l'immixtion d'un magistrat ; puisque lui seul est garant de la sauvegarde des intérêts particuliers. Pour l'instant l'intérêt propre et exclusif de la profession demeure, l'avocat n'est donc jugé que par d'autres avocats siégeant au Conseil de l'ordre, qui veille au strict respect des règles déontologiques et des devoirs des avocats ainsi qu'à la défense de leurs droits. Le Conseil est élu pour trois ans à bulletin secret et au scrutin majoritaire à deux tours par tous les avocats inscrits au tableau et les avocats honoraire. Il est renouvelé par tiers chaque année, et le nombre de ses membres varie en fonction du nombre d'avocats inscrit. Les décisions rendues par le Conseil de l'ordre sont susceptibles de recours devant la Cour d'appel à l'initiative du Procureur Général ou de tout avocat qui en aurait intérêt, de manière plus large il existe d'autres voies de recours offertes à l'avocat poursuivi (B).

A - L'instance disciplinaire

Lors de l'instance, le professionnel poursuivi comparait devant ses pairs (1), les débats doivent être publics (2)

1 - La comparution à l'audience

513. En application de l'article 192 al 3 du décret, « *la convocation ou la citation comporte, à peine de nullité, l'indication précise des faits à l'origine des poursuites* ». Il peut paraître regrettable que la citation ne soit pas la règle, cela aurait pour effet d'écarter tout litige quant à la bonne réception voire l'envoi du courrier. En outre, l'emploi de termes généraux n'est pas admis. Ce formalisme qui n'est pas une nouveauté a été rappelé par les juges¹⁸⁷⁰. Il paraît difficile de pouvoir statuer sur la base de faits ni précisés ni détaillés. De même, « *la référence aux dispositions législatives ou réglementaires précisant les obligations auxquelles il est reproché à l'avocat poursuivi d'avoir contrevenu* » est exigée sans quoi la nullité est

1870Civ 1ere 3 mai 1979 n° 79-10.751 Bull civ n°127 Gaz pal 1979 2 somm 390 - Civ 1ere 6 février 2013 D avocats 2013 123 ; Gaz pal 14-16 avril 2013 p 16 note PIAU

encourues. A ce titre, l'indication des numéros des articles de la loi et du décret, du RIN ou encore du règlement intérieur des Barreaux auquel l'avocat poursuivi appartient, sont attendues. La convocation doit être motivée en fait et en droit. Ce formalisme souligné se veut en premier lieu protecteur des droits de la défense : en effet le droit disciplinaire n'est pas concerné par le principe de légalité selon lequel il ne peut y avoir d'infraction sans peine, puisqu' aucun texte ne prévoit expressément et avec exactitude, les sanctions prononcées dans le cas de manquements eux même clairement identifiés. Pour palier cette opacité, il faut donc procurer un maximum de garantie au professionnel poursuivi en lui permettant d'identifier au mieux et en détail ce qui lui est reproché, et ce afin qu'il puisse si nécessaire, émettre des contestations, c'est à dire tout simplement exercer sa défense. Un degré de précision élevé dans la procédure à observer, contribue à doter les professionnels d'une base de données riche et complète, leur permettant d'appréhender au mieux la discipline à laquelle ils sont soumis, avant contentieux ou en dehors de tout litige. Dans ce cas, précision équivaut à prévention in fine. S'assurer d'une telle rigueur offre à fortiori une certaine visibilité sur les pratiques disciplinaires d'un Barreau à un autre, afin de les rapprocher et ajuster si nécessaire les sanctions. Pour que de mêmes faits soient en mesure d'être comparés, encore faut il qu'ils soient rapportés avec concision, cela permet l'adhésion à la logique découlant du principe de légalité, selon lequel la précision des textes, ici plus particulièrement la précision des actes établis, préserve contre l'arbitraire ceux qui y sont subordonnés. La profession par de tels usages concourt indéniablement à la protection de ses membres. Dans la lignée des annotations obligatoires, il doit aussi être mentionné expressément que la présence à l'audience est requise¹⁸⁷¹.

514. A peine de nullité, l'avocat doit impérativement être appelé ou entendu devant le Conseil, peu importe la décision prise par ce dernier, et même si préalablement lors de l'instruction il a été entendu¹⁸⁷². Le professionnel doit comparaître en robe devant le Conseil de discipline de la ville ou siège la Cour d'appel.¹⁸⁷³ L'avocat qui ne comparait pas même en cas d'empêchement dû à une procédure pénale en cours, est jugé contradictoirement en son absence. Le nouvel article 193 al 1 10e indiquant la possibilité pour le professionnel de se faire assister, n'a pas prévu expressément la représentation, de sorte que l'avocat du poursuivi ne peut être entendu par la juridiction si son client est absent. Cette logique heurte le droit à un procès équitable. En matière civile il est reconnu que ne peut être jugé un prévenu non comparant et non excusé, sans que ne soit entendu l'avocat présent à l'audience pour assurer

1871Civ 1ere 27 février 2013 JCP 2013 622 n°7 obs CASEAU-ROCHE

1872Civ 1ere 25 mai 1992 n° 90-16.461 Bull civ I n° 152 JCP 1992 IV 232

1873Article 193 du décret du 27 novembre 1991

sa défense. Il est singulier que les instances disciplinaires ne s'en inspirent pas. Par contre, la contumace en matière criminelle permet le prononcé d'un jugement irrévocable en l'absence du prévenu.

515. Est il possible de rapprocher la procédure disciplinaire de celle appliquée en droit pénal pour juger les infractions les plus graves ? Cette comparaison semble inappropriée, car les buts poursuivis diffèrent largement. Au surplus, l'absence de l'avocat accusé à l'audience contribue à déresponsabiliser le professionnel poursuivi qui ayant choisi ou non de ne pas se présenter, peu importe, n'affrontera pas ses pairs, tout du moins l'autorité qui les représente. Assister à l'audience disciplinaire est psychologiquement une sorte de commencement de sanction, même si aucune n'est finalement prononcée par la suite. A minima l'individu poursuivi aura pris part des observations émises à son encontre. D'un point de vue symbolique il apparaît que c'est la profession dans son ensemble qui s'adresse à un de ses membres, dont le comportement a été jugé indigne au point qu'il comparaisse devant le Conseil de discipline. La déontologie peut être conçue comme une sorte de morale interne à une profession donnée¹⁸⁷⁴. La sanction prononcée concrétise le constat objectif d'un ou plusieurs manquements. L'avocat peut ainsi être empêché d'exercer, il effectue sa sanction en solitaire, et la vie de la profession dans son ensemble peut continuer sans encombre.

516. En revanche, la comparution à l'audience du Conseil de discipline, lieu où le professionnel poursuivi doit rendre des comptes, reflète davantage la traduction des manquements sur le plan de l'éthique. Quoi de plus prégnant pour une profession qui se drape autant qu'elle se régleme de principes, que d'exiger d'un des siens qu'il fasse face à ses semblables. ? C'est la vie de la profession qui durant le temps de l'audience, est suspendue. Outre le caractère potentiellement infamant, l'audience a une visée pédagogique certaine. Le professionnel peu délicat est confronté à ses torts, il doit faire face à sa responsabilité, et les valeurs qu'il aura bafoué lui sont rappelées. Pour le cas où l'avocat est bien présent lors de l'audience, le rapport évoqué plus haut doit être lu. Le poursuivi est interrogé par le président du Conseil de discipline tout comme par les autres membres s'ils le souhaitent. Les témoins peuvent être entendus par le conseil, à moins qu'il ne soit fait lecture des déclarations faites et recueillies par le rapporteur comme figurant dans le dossier consultable par l'avocat.

517. Traditionnellement, conformément au principe applicable en matière civile, les juges

1874BLANCHARD « *La profession d'avocat n'est pas seulement un métier c'est avant tout un état... l'honnêteté peut résumer toutes les notions morales énumérées* » in BEIGNIER (B) BLANCHARD (B) VILLACEQUE (J) « *Droit et déontologie de la profession d'avocat* » PUF Droit Collection Droit Fondamentale 1ere édition 2002 p 453

considèrent que le conseil de l'avocat doit être entendu avant le Bâtonnier ou le procureur général¹⁸⁷⁵, à moins que le poursuivi demande à être entendu en dernier¹⁸⁷⁶. Mais il est désormais admis qu' au nom d'un procès équitable et de la présomption d'innocence, l'avocat poursuivi disciplinairement ou son défenseur ont le droit à la parole en dernier¹⁸⁷⁷, et que mention en soit faite dans la décision¹⁸⁷⁸. En respectant cet ordre ils ont enfin la possibilité de répondre au Bâtonnier, car lorsque celui ci est à l'initiative de la poursuite, il fait office de procureur, et à ce titre est l'un des derniers à prendre parole, ou au procureur lui même. Cet ordre établi vaut uniquement lors de l'audience de comparution, de sorte que n'est pas concerné le jugement des contestations relatives à la désignation du rapporteur par le Conseil de l'Ordre¹⁸⁷⁹. Toutes les déclarations des personnes entendues ainsi que les réponses apportées par l'avocat sont compilées puis font l'objet d'un procès verbal par un des membres du Conseil de discipline.

518. C'est lors de l'audience devant le conseil que les nullités qui pourrait affectées l'instruction ou la citation selon l'avocat, doivent être soulevées. Il ne peut s'en prévaloir pour la première fois lors de l'appel¹⁸⁸⁰. Le Conseil a lui pour obligation de veiller à ce que toute nullité qui pourrait nuire aux intérêts de la défense soit couverte, si elle n'est pas proposée avant la décision au fond. De même il doit statuer dans les limites de ce qui lui a été soumis, et non *ultra petita*¹⁸⁸¹, sans quoi la décision peut être réformée. En qualité d'instance juridictionnelle, le Conseil de discipline doit être impartial. Il ne peut donc être composé de Bâtonnier en exercice, et est également exclu l'ancien Bâtonnier qui a engagé les poursuites dans le cadre de ses fonctions passées, conformément à l'article 23 al 2 de la loi du 31 décembre 1971. Il résulte également des articles 22-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, ensemble les articles 180 et 181 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 que le Conseil de discipline institué dans le ressort de chaque Cour d'appel est composé de représentants des Conseils de l'ordre de ce ressort, sans qu'aucun d'eux ne puisse désigner plus de la moitié de ses membres, et peut siéger en formation restreinte d'au moins cinq membres délibérant en nombre impair. Néanmoins, le texte qui précise que le Conseil de discipline ne doit pas comporter plus de la moitié de ses membres qui appartiennent à un même Barreau, ne s'applique pas au Conseil de discipline en sa formation restreinte¹⁸⁸².

1875Civ 1ere 14 novembre 2001 n°99-10865

1876Civ 1ere 26 janvier 1999 JCP 1999 I 126 n°25 observations MARTIN (R)

1877Civ 1er 25 février 2010 – 13 juillet 2013, D avocats 2013 318 observations DARGENT – Civ 1ere 15 janvier 2015, n° 14-10683

1878Civ 1ere 16 mai 2012 n°11-17663

1879Civ 1ere 12 juin 2012 Bull civ I n° 128 JCP 2012 1121 n° 12 obs CASEAU -ROCHE

1880Civ 1ere 4 novembre 1980 n° 79-73.051 Gaz Pal 1981 1 pan 50

1881CA Paris 1ère Ch Section F 29 janvier 2009

1882Civ 1ere 1er juillet 2015, n° 14-15402

519. L'expression du caractère impartial du Conseil de discipline se traduit par la possibilité de demander la récusation soit refuser le jugement d'une personne dont on suspecte l'impartialité, notamment lorsque celle-ci est parente de l'un des plaideurs ou qu'elle le conseille. De même existe le renvoi pour cause de suspicion légitime au cas ou selon l'avocat, les membres qui composent le conseil ,pris collectivement et non individuellement, font preuve, ou risquent de faire preuve d'inimitié, ou d'animosité à son égard. En matière de récusation, l'article 341 précise que « *sauf disposition particulière, la récusation d'un juge est admise pour les causes prévues par L111-6 du Code de l'organisation judiciaire* »¹⁸⁸³. Il n'existe concernant le Conseil de discipline aucune particularité faisant échec à l'application de ce texte. La récusation doit se faire uniquement dans les cas prévus par la loi¹⁸⁸⁴, elle ne peut donc concerner que la partialité d'un membre et non l'ensemble. La demande de récusation doit être portée à la connaissance du membre du Conseil de discipline visé qui fait connaître son acquiescement à la récusation ou les motifs pour lesquels il s'y oppose. S'il acquiesce, il est aussitôt remplacé selon l'article 348 CPC, mais s'il s'oppose à la récusation ou ne répond pas, la demande de récusation est jugée par la Cour d'appel conformément aux dispositions de l'article 149 CPC. En tout état de cause, « *la partie qui veut récuser un juge doit, à peine d'irrecevabilité, le faire dès qu'elle a connaissance de la cause de récusation. En aucun cas la demande de récusation ne peut être formée après la clôture des débats* »¹⁸⁸⁵.

520. A coté de la récusation, une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime est prévue par les dispositions des articles 356 et suivants du Code de procédure civile. Une requête en suspicion légitime doit viser une juridiction ce qui la distingue de la récusation¹⁸⁸⁶. Constaté que des avocats aient été adversaires dans une affaire au cours de laquelle ont été appelés à intervenir le Bâtonnier et les membres du Conseil de discipline, permet à l'avocat « *objectivement de douter de l'impartialité de l'ensemble des formations du conseil de*

1883Article L 111-6 COJ « *Sous réserve de dispositions particulières à certaines juridictions, la récusation d'un juge peut être demandée : 1° Si lui-même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation ; 2° Si lui-même ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties ; 3° Si lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement ; 4° S'il y a eu ou s'il y a procès entre lui ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint ; 5° S'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties ; 6° Si le juge ou son conjoint est chargé d'administrer les biens de l'une des parties ; 7° S'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint ; 8° S'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties. Les magistrats du ministère public, partie jointe, peuvent être récusés dans les mêmes cas »*

1884Récommandation une demande effectuée dans le cadre d'un dossier de respect du droit de visite d'un enfant de parents divorcés, s'appuyant sur l'impartialité présumée d'un juge partageant les mêmes convictions religieuses qu'une partie a été rejetée et assortie d'une amende. L'avocat à l'initiative de cette requête a du s'expliquer devant le conseil de discipline. Source : www.leparisien.fr/lyon-69000/l-avocat-qui-voulait-recuser-un-juge-au-nom-juif-en-conseil-de-discipline-28-11-2012-2362471.php

1885Article 342 CPC

1886Crim. 29 janvier 1948 Bull crim n°40 - Crim 17 avril 2013 n° 13-82.672

discipline à son égard »¹⁸⁸⁷. La demande doit être formée par acte remis au secrétariat de la juridiction à laquelle appartient le juge ou par une déclaration qui est consignée par le secrétaire dans un procès-verbal, sans quoi elle sera irrecevable.

521. Ce type de demande est soumis aux mêmes conditions de recevabilité et de forme que la demande de récusation. Le Conseil de discipline, après avoir pris connaissance de la requête pour cause de suspicion légitime, peut sursoir à statuer dans l'attente de la décision de la Cour d'appel. Cette dernière apprécie souverainement la suspicion légitime. Il est tout à fait possible de cumuler la demande de récusation et de renvoi pour suspicion légitime, ainsi, une Cour d'appel, saisie à la fois d'une demande de récusation et d'une demande de renvoi pour suspicion légitime à l'encontre des membres du Conseil de l'Ordre d'un Barreau, réuni en formation disciplinaire, ne peut limiter l'examen des motifs développés au soutien de ces demandes au regard des dispositions de l'article 341 qui ne visent que les cause de récusation, mais doit rechercher s'il existe une cause permettant objectivement de douter de l'impartialité du Conseil de l'Ordre¹⁸⁸⁸.

A coté de ces formalités, la règle de publicité des débats s'imposent.

2 – Les règles de publicité des débats et de délai

522. C'est l'article 194 du décret du 27 novembre 1991 qui précise le caractère public des débats. Avant le décret du 24 mai 2005 cette publicité n'était pas formellement obligatoire. Désormais elle est de droit, de sorte que le président du conseil ne doit demander à l'avocat s'il souhaite la publicité de l'audience ou non. Cependant l'article 194 rajoute que, «*l'instance disciplinaire peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil à la demande de l'une des parties ou s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée.*» Si l'instance disciplinaire décide que les débats auront lieu en chambre du conseil, elle doit motiver sa décision. Théoriquement, il ne peut être refusé au professionnel qui le demande que les débats ne soient pas publics¹⁸⁸⁹. La délibération du conseil n'est de son coté pas concernée pas la règle de publicité. Elle a lieu une fois les débats clos, permettant que le conseil statue dans les huit mois suivant sa saisine. La décision se rend sous forme d'un arrêté motivé. Celui ci contient les faits reprochés et retenus contre le professionnel, leur qualification juridique et disciplinaire. La culpabilité doit être reconnue et

1887 CA Paris 10 novembre 2009 n°09-10030

1888 Civ 1ère 31 mars 1998 Bull civ n°133 JCP 1999 II 10102, note PRALUS-DUPUY

1889 BEIGNIER (B) BLANCHARD (B) VILLACEQUE (J) « *Droit et déontologie de la profession d'avocat* » PUF Droit Collection Droit Fondamentale *Droit et déontologie de la profession d'avocat* » p 818

la sanction précisée

523. En terme de délai, selon l'article 195 du décret du 27 novembre 1991, s'il n'est pas respecté, la demande est réputée rejetée et le Bâtonnier ou le procureur général, à savoir l'autorité qui a engagé l'action disciplinaire, peut saisir directement la Cour d'appel. La Cour de cassation a estimé qu'« *après avoir relevé que la décision du conseil de discipline avait été rendue hors délai, la Cour d'appel, n'ayant pas été saisie par l'autorité qui avait engagé l'action disciplinaire, ne pouvait que constater le caractère non avenue de cette décision, ce qui rendait sans objet l'appel formé par l'avocat poursuivi* »¹⁸⁹⁰. Si l'affaire n'est pas en état d'être jugée ou qu'un renvoi est demandé par une des parties, l'instance disciplinaire peut proroger le délai à quatre mois au maximum. Dans le cas d'une poursuite initiée par le procureur général, le conseil doit statuer dans les deux mois de la demande, à défaut elle est considérée comme rejetée, reste la possibilité pour le procureur la possibilité de faire appel. Si une demande de suspension provisoire est demandée le Conseil de l'Ordre compétent dans ce cas, doit statuer dans les quinze jours.

524. De même dans ce cas l'irrespect des délais est sanctionné par un rejet susceptible d'appel par le procureur. Toute décision avant dire droit de nature juridictionnelle et traduisant la volonté de de l'instance de ne pas demeurer inactive, équivaut à statuer et interrompt par conséquent les délais. Ceux-ci recommencent à courir dès la date du prononcé. Le délai pour notifier la décision est de huit jours une fois celle ci prononcée. L'avocat poursuivi, le procureur général et le Bâtonnier en sont informés par lettre recommandée avec avis de réception. Le plaignant est informé du dispositif de la décision lorsqu'elle est passée en force de chose jugée, en application de l'article 196 du décret du 27 novembre 1991. La peine prononcée est effective dès le jour ou expire le délai d'appel, sauf cas de suspension provisoire, mesure de sûreté qui reste exécutoire selon l'article 198 du même décret.

En terme général, il a été jugé qu'il convient de faire application pendant toute la durée de l'instance des dispositions de procédure les plus favorables qui puissent être en vigueur lors de l'engagement des poursuites, l'application d'un nouveau délai de recours ne pouvant avoir pour effet de priver la la partie poursuivie d'un procès équitable¹⁸⁹¹. Conformément à l'article 13 de la CEDH qui permet un droit au recours comme garantie des droits fondamentaux¹⁸⁹², il

1890Civ 1ere 24 septembre 2009 n°08-14544

1891Civ 1ere 27 février 2013 D avocats 2013 170 observations DARGENT

1892 Article 13 CEDH « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* »

est possible de contester la décision rendue. Le Conseil de discipline exerçant un véritable pouvoir juridictionnel avec toutes les conséquences qui s'y rattachent, notamment rendre des décisions ayant autorité de chose jugée, celles-ci sont susceptibles des voies de recours.

B - Les voies de recours possibles

L'opposition ayant disparu, l'avocat doit désormais saisir la Cour d'appel s'il souhaite voir son cas ré-étudié (1). D'autres recours lui sont ouverts, ainsi qu'aux tiers (2)

1 – L'appel

525. Il existait jusqu'au décret du 25 juin 1974 supprimant l'article 118 du décret du 9 juin 1972, la possibilité pour l'avocat de faire opposition à la décision du conseil rendue contre lui dans les huit jours suivant la notification. Cette démarche se faisait par simple déclaration au secrétariat de l'Ordre qui en délivrait une copie avec une demande d'avis au Bâtonnier dans le mois de la notification¹⁸⁹³ Désormais pour être re-jugé contradictoirement, l'avocat doit saisir la Cour d'appel. Le Conseil de discipline et le Conseil de l'Ordre à Paris ne sont donc que des juridictions de premier degré, statuant en premier ressort.

526. L'article 16 du décret du 27 novembre 1991 précise que ce recours se forme par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au secrétariat-greffe de la Cour ou remis contre récépissé au greffier en chef. Cette condition est impérative, de sorte que le recours effectué sous forme de déclaration orale reçue par un greffier ne peut être accepté, le cas échéant l'action est irrecevable¹⁸⁹⁴ Pour traiter ce type de contentieux, la Cour d'appel siège en sa formation d'audience solennelle tenue par deux Chambres sous la présidence du premier président, et ce comme prévu par les dispositions de l'article 16 du décret du 27 novembre 1991 et R 212-5 du COJ. Dès lors, l'avocat n'est plus jugé par ses pairs, mais par des magistrats professionnels. Le contentieux échappe ainsi à son image de contentieux uniquement professionnel¹⁸⁹⁵.

527. Les modalités d'appel sont précisées à l'article 23 de la loi du 31 décembre 1971 tel que modifié par la loi du 11 février 2004. Ainsi, l'avocat poursuivi, le Bâtonnier et le

¹⁸⁹³ Selon l'article 197 al 1 et 3 du décret du 27 novembre 1991, l'appel incident se fait en revanche dans les quinze jours.

¹⁸⁹⁴ Civ 1^{ère} 18 février 2015 n° 14-50040

¹⁸⁹⁵ MORET-BAILLY in ANCEL (P) – MORET-BAILLY (J) colloque sous leur direction « *Vers une droit commun disciplinaire* » Collection Droit, Publication de l'université de Saint-Etienne 2007 p 87

procureur général, sont en mesure d'exercer un recours, en ce qu'ils sont partie à l'instance. Si le prévenu est l'unique appelant, son sort ne peut être aggravé. En effet, une sanction infligée en première instance par une juridiction disciplinaire ne peut être aggravée par le juge d'appel saisi du seul recours de la personne frappée par la sanction¹⁸⁹⁶. Cette règle s'applique y compris dans le cas où le juge d'appel, après avoir annulé la décision de première instance, se prononce par voie d'évocation. Par conséquent, les juges ne peuvent donc confirmer la sentence du Conseil de l'Ordre, et prononcé en sus la peine accessoire de l'affichage de la décision¹⁸⁹⁷. Le plaignant pour sa part est exclu car il n'a pas la qualité de partie, requise¹⁸⁹⁸. Effectivement pour être partie à une procédure, le plaignant doit cumuler trois conditions : la capacité, l'intérêt et la qualité pour agir¹⁸⁹⁹, cependant il n'a ni la qualité, ni intérêt à agir dans la mesure où ses droits ne pourront être évoqués que devant les juridictions répressives ou civiles. Cette impossibilité à être partie a également été soulignée concernant la procédure disciplinaire des chirurgiens dentistes, amenant le CE à proposer la qualité de témoin au plaignant¹⁹⁰⁰. Il n'existe donc aucune exception en faveur des avocats. De même, ni l'Ordre des avocats, ni le Conseil de discipline ayant statué comme juridiction disciplinaire du premier degré ne sont parties à l'instance. L'article 16 et 197 du décret du novembre, précisent qu'en matière disciplinaire, le Conseil de l'Ordre n'est pas partie à l'instance dans le cadre d'un recours exercé contre la décision du Conseil de discipline¹⁹⁰¹. Il faut rappeler que seuls les griefs exposés en première instance peuvent être examinés par les juges du fond. Aucune nullité nouvelle ne peut être soulevée, pas plus que des prétentions n'ayant pas été présentées devant le conseil.

528. Par ailleurs, l'audience disciplinaire devant la Cour, obéit sensiblement aux mêmes exigences qu'en première instance à savoir le principe de contradictoire conformément à l'article 16 du CPC¹⁹⁰² et de publicité des débats selon l'article 22 du CPC¹⁹⁰³. A cet effet, l'article 6 de la CEDH donne à un avocat poursuivi disciplinairement devant la CA, le droit de voir sa cause entendue publiquement, et l'arrêt sur cette cause rendu en audience publique, à

1896CE 14 mars 1994, n° 115915 - CE, 4e et 5e ss-sect., 17 juillet 2013, n° 362481

1897Civ 1ere 10 mars 1987 n°84-17.458, Bull. civ I n°87 D 1989, somm 72, note BRUNOIS (A) Gaz Pal 1987 pan 117

1898CE 19 octobre 1979 req n° 12176 GIACONIA Lebon 383

1899Article 31 CPC « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* » - article 32 CPC « *Est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir* » -

1900CE 7 février 1994, n°126611

1901Civ 1ere 3 juillet 2013 n° 12 23 553

1902Civ.1ere 3 juin 2015, FS-P+B, n° 14-16.426

1903Article 22 du CPC « *Les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil* »

la condition que ce droit ait été invoqué devant cette juridiction¹⁹⁰⁴. Il a été souligné que le rappel du droit à la publicité n'avait plus cours devant le conseil. Cette publicité peut être annulée dans les mêmes conditions qu'énoncées en première instance. De plus, l'avocat doit recevoir les conclusions écrites du ministère public afin de pouvoir y répondre, sans quoi l'impératif de contradictoire n'est pas respectée¹⁹⁰⁵. Ce principe vaut également concernant le Bâtonnier au titre de l'article 6 de la CEDH relatif au procès équitable ainsi que l'article 16 du Code de procédure civile relatif au principe du contradictoire¹⁹⁰⁶. Un avocat n'a pas hésité lors de son recours devant la Cour de cassation à faire grief à l'arrêt d'appel de ne pas avoir indiqué si le Bâtonnier avait déposé des conclusions écrites et dans l'affirmative s'il en avait reçu communication pour y répondre utilement. Ce moyen soulevé a été retenu en sa faveur. Cette décision est innovante dans la mesure où c'est la première fois que les juges se prononcent ainsi concernant un Bâtonnier non partie à la procédure¹⁹⁰⁷, en effet d'ordinaire ce type de grief est retenu à l'égard des conclusions émanant du procureur général, qui pour sa part a bien la qualité de partie. Cette nouveauté constitue bel et bien un apport en terme de procédure disciplinaire, et ce au bénéfice de l'avocat poursuivi.

529. Par ailleurs, lorsque le président de la chambre de discipline est représenté par un mandataire, celui-ci doit être membre de la même chambre régionale de discipline. Cette décision rendue récemment¹⁹⁰⁸ et concernant un notaire, et tout à fait transposable à l'avocat dans la mesure où selon KILGUS « *pas plus qu'un avocat, un notaire qui ne serait pas lui-même membre de la chambre de discipline ne peut en représenter son président* »¹⁹⁰⁹. Les juges rappellent qu'il convient de toujours vérifier strictement les conditions d'une représentation du président, comme jugés antérieurement¹⁹¹⁰.

530. Les contestations relatives à la régularité de la composition de la Cour sont possibles et doivent être présentées dès l'ouverture des débats à peine d'irrecevabilité conformément à l'article 430 du NCPC. Ainsi, le principe d'impartialité s'applique, et s'oppose en toute logique à ce qu'une chambre ayant eu à statuer sur le plan pénal soit à nouveau compétente en matière

1904Civ 1ere 22 mai 2002 – Civ 1ere 6 avril 2004 Gaz Pal 30 mai et 3 juin 2004 avis SAINTE-ROSE

1905Civ 1ere 14 janvier 2010 D 2011 Pan 552 observations BLANCHARD

1906Civ.1ere 3 juin 2015, n° 14-16426

1907Civ 1ere 28 mai 2009 n°08-13089 : Le Bâtonnier peut être entendu dans ses observations. Il n'est partie à la procédure . S'il dépose des conclusions, s'il est déclaré comme entendu en sa plaidoirie, la cassation est impartable

1908Civ 1ere 16 avril 2015 n°14-12.244

1909KILGUS (N) « *Discipline des officiers ministériels : le représentant du président doit être membre de la chambre régionale* » Dalloz actualité 5 mai 2015

1910Civ 1^{re} 15 novembre 2005, n° 04-19.483, D. 2005. 3036 : « *le président de la chambre de discipline présente ses observations, le cas échéant par l'intermédiaire d'un membre de la chambre* » – Civ 1ere 20 septembre 2012, n° 11-16.402, D. 2012. 2251

disciplinaire pour des faits identiques¹⁹¹¹. L'avocat comparait s'il le souhaite, assisté ou non d'un confrère. Le Bâtonnier sans qu'il soit partie à l'instance peut faire part de ses observations orales, au nom de son droit à intervention¹⁹¹² qui n'est pas contraire à l'équité au sens de l'article 6 de la CEDH¹⁹¹³. S'il n'existe aucune dispositions relative à l'ordre d'audition, la défense semble conserver son droit à avoir la parole en dernier¹⁹¹⁴.

Selon l'enquête proposée¹⁹¹⁵, 18,4% des jugements prononcés (soit 24,7% des sanctions) ont fait ou font l'objet d'un recours, et ce par l'avocat poursuivi dans 95% des cas. Dans 12% des cas l'avocat abandonne et se désiste. Le jugement est infirmé dans 18% des cas, mais confirmé à 47%. les cours d'appel confirment donc majoritairement les sanctions prononcées par les instances disciplinaires. L'arrêt rendu par la Cour d'appel qui constitue un recours ordinaire, peut faire faire l'objet d'un recours extraordinaire, à savoir le pourvoi en cassation, la révision et la tierce opposition

2 - Le pourvoi en cassation, la révision, la tierce opposition et la QPC

531. Les décisions rendues en appel sont susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi dans le cadre des causes reconnues légalement, soit l'excès de pourvoir, le vice de forme, la violation ou la fausse interprétation de la loi, la contrariété de jugements, et la violation des droits de la défense¹⁹¹⁶. L'avocat se pourvoit en cassation contre le procureur, non contre l'Ordre des avocats puisque son conseil ayant statué ne peut avoir la qualité de partie à la procédure devant le juge du fond¹⁹¹⁷. De façon exceptionnelle, la Cour de cassation est amenée à considérer les faits pour rechercher s'il y a eu ou non excès de pouvoir. Nécessairement, elle devra apprécier le caractère professionnel ou non des fautes et manquements qui lui sont présentés¹⁹¹⁸. Sinon les règles de forme et les effets du pourvoi sont similaires à ceux observés en matière civile. Il a ainsi été précisé qu'en cas de décès du prévenu, l'instance s'éteint, ne pouvant donner lieu au pourvoi¹⁹¹⁹, la mort étant une cause d'extinction prévue par la loi. A noter que le pourvoi et le délai du pourvoi ne sont plus suspensifs, puisque selon l'article 270 du décret du 27 novembre 1991 « *Le caractère non suspensif du pourvoi en cassation et du*

1911Civ 1ere 18 mai 1989 n° 87-11.426 Bull civ I n° 198 D 1990 113 BAILLY

1912Article 16 du décret du 27 novembre 1991

1913Civ 1ere 12 février 1991 n° 89-16.142

1914Civ 1ere 16 mai 2012 n°11-17.683 Bull civ n° 108 D actualité 1er juin 2012 obs DARGENT

1915Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice précité.

1916Civ 1ere décembre 1952 D 1953 89

1917Civ 1ere 26 janvier 1988

1918Cass req 19 janvier 1898 DP 1898 1 80

1919Civ 1ere 21 novembre 2006 n°05-19015 Bull civ I n°443

délai pour former pourvoi ne s'applique qu'aux décisions rendues par la Cour d'appel à compter du 1er janvier 1992 ».

532. L'avocat a la possibilité de soulever une QPC ou question prioritaire de constitutionnalité ce qui outre ne lui causer « aucun risque, lui fera gagner du temps »¹⁹²⁰, la question prioritaire de constitutionnalité issue de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 créant un article 61-1 à la Constitution du 4 octobre 1958 offre à l'avocat poursuivi un moyen de contester, lors de poursuites disciplinaire, la constitutionnalité d'une disposition législative qui porterait atteinte aux droits et libertés garantis par la constitution¹⁹²¹. Ainsi, récemment, une question fut transmise à la Cour de cassation sur la compétence du Conseil de l'Ordre de Paris en matière disciplinaire¹⁹²². De même il fut jugé de la constitutionnalité de l'organisation du Conseil de l'Ordre de Papeete¹⁹²³. Cependant, il convient de garder à l'esprit que la plupart des règles de la profession sont de nature réglementaire et échappe normalement au contrôle de constitutionnalité à posteriori¹⁹²⁴.

533. Il existe d'autres procédures extraordinaires en dehors du pourvoi en cassation, offerte au prévenu. Il s'agit de la révision qui permet de réexaminer une affaire déjà passée en force de chose jugée, en raison de nouveaux éléments, et dans les cas limitativement prévus par le NCPC¹⁹²⁵. A ce jour, la doctrine ne relève aucun cas de révision en matière disciplinaire qui reste donc un cas d'école¹⁹²⁶. Néanmoins la procédure est possible. Autre voie de recours extraordinaire, cette fois envisageable au profit d'une personne non partie à l'instance, il s'agit de la tierce opposition. Dans ce cas, le tiers doit établir que le jugement ou l'arrêt rendu lui porte préjudice. Pour CREMIEU et HAMELIN¹⁹²⁷, ces recours sont admissibles concernant les décisions à caractère disciplinaire, pourvu que le dommage allégué, même moral, soit prouvé. Comme pour la révision, aucun cas n'est relevé. Peut être le fait d'évincer le plaignant de l'instance incite à cette marginalisation, mais aussi sûrement car le nombre croissant

1920AVRIL (Y) « *La responsabilité des avocats* » Dalloz édition 2015 précité p 297

1921Const 4 octobre 1958 art 61-1 et 62 – c const 4 février 2010

1922Paris Pole 2 1ere ch 26 mai 2011 RG n°11/07865

1923Civ 1ere 20 février 2013 n°12-40.093 NP

1924BRIAND « *Le statut constitutionnel de la profession d'avocat* » Gaz pal 26-28 mai 2013

1925Article 595 NCPC « *Le recours en révision n'est ouvert que pour l'une des causes suivantes : 1. S'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ; 2. Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie ; 3. S'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ; 4. S'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement. Dans tous ces cas, le recours n'est recevable que si son auteur n'a pu, sans faute de sa part, faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée »*

1926BEIGNIER (B) - BLANCHARD (B) - VILLACEQUE (J) « *Droit et déontologie de la profession d'avocat* » PUF Droit Collection Droit Fondamentale, édition 2007 p 828

1927BEIGNIER (B) - BLANCHARD (B) - VILLACEQUE (J) « *Droit et déontologie de la profession d'avocat* » précité

d'action en responsabilité contre l'avocat que ce soit au civil ou au pénal satisfait le profane, qui constate que le professionnel n'est plus le privilégié d'antan devant la loi, et que celui ci doit rendre des comptes.

CONCLUSION GENERALE

534. André LEEMANS en 1909, dans sa thèse intitulée « *De la responsabilité civile des avocats* » énonçait clairement l'irresponsabilité civile de l'avocat¹⁹²⁸. Un tel postulat totalement infondé de nos jours, témoignait à l'époque de pratiques séculaires encore en cours. En effet, l'avocat professionnel réputé de bonne foi, était assuré de voir sa responsabilité engagée uniquement sur la base d'une faute lourde, ou dol. Le recours à ces notions était indispensable pour qu'il soit inquiété, restreignant ainsi tout recours à son encontre au pur cas d'école. Le client ayant choisi le professionnel, il devait alors « *supporter les conséquences de son impéritie ou de sa négligence et ne s'en prendre qu'à eux d'avoir mis sa confiance dans une personne qui ne la méritait pas* »¹⁹²⁹. La profession se drapant de vieux principes à forte connotation morale était de ce fait quasi insoupçonnable. La déontologie garantie de l'intégrité de l'avocat formait comme un écran, véritable obstacle à l'idée de toute responsabilité à l'égard du client. Ce n'est que face à ses pairs que le professionnel pouvait avoir à rendre des comptes ou dans le cadre d'éventuels délits d'audience. Sa responsabilité était ainsi limitée au plan disciplinaire. Mais ces temps sont aujourd'hui révolus.

535. La déontologie, héritage de la profession telle qu'elle existait il y a déjà plusieurs siècles, continue à suivre l'avocat à travers les époques et se mue en un véritable bouclier assurant la protection tant de la profession, que des clients désormais¹⁹³⁰. Ainsi, en matière de responsabilité civile, les règles déontologiques sont posées dans l'intérêt du client, et les devoirs mis à la charge de l'avocat sont pour certains intitulés « *devoirs envers les clients* »¹⁹³¹. Pour pérenniser ces effets, la déontologie a donc du s'adapter aux évolutions constantes de la profession. En effet, aujourd'hui l'avocat en plus de défendre, informer, conseiller et agir pour le compte de son client, rédige et transige. Il existe donc en parallèle, des règles de plus en plus nombreuses et strictes s'imposant au professionnel. La loi de 1971 en plus de témoigner de cet élargissement constitue un tournant en matière de responsabilité civile, par l'instauration de l'assurance obligatoire. La déontologie apparaît ainsi comme un marqueur, déterminant l'existence d'une faute à laquelle s'attache une réparation.

536. Ironiquement, c'est donc sur la base de la déontologie offrant anciennement une quasi immunité à l'avocat, que le juge et le législateur, souhaitant encadrer ses nouvelles activités ont mis au jour différentes obligations sur le plan civil comme pénal. L'irrespect de celles-ci se traduit par la reconnaissance de fautes ou entorses à l'exercice de la profession, qui peuvent

1928 LEEMANS (A) « *De la responsabilité civile des avocats* » Thèse Paris Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau, 1909 : « *Il est devenu banal de dire que l'avocat est irresponsable... toutes les négligences, toutes les maladresses lui sont permises... la responsabilité de l'avocat est nulle* » préface

1929 WILMANN (M) « *La responsabilité civile des auxiliaires de justice* » Thèse La Rochelle 2005 p 41

1930 MARTIN (R) « *La déontologie de l'avocat et les tiers* » JCP n°28 12 juill. 2006, act 330

1931 Décret n°2005-1970 du 12 juillet 2005 « TITRE II : DEVOIRS ENVERS LES CLIENTS »

être considérées comme des manquements à la déontologie, et engager à ce titre non seulement sa responsabilité disciplinaire, mais également dorénavant sa responsabilité civile voire sa responsabilité pénale.

537. Cette évolution est salubre, elle reflète le développement des missions de l'avocat, le Barreau ayant connu des modifications considérables. Désormais, l'avocat peut recourir à la publicité¹⁹³² concernant ses activités et à la « sollicitation personnalisée » de clients potentiels, alors que jusqu'à peu cela donnait lieu à une peine contraventionnelle. Pour survivre, la profession ne doit pas être anachronique mais s'adapter à l'économie de marché, la société de consommation, celle qui a bouleversé les rapports d'antan « *d'avocat roi* »¹⁹³³, à « *client roi* ». A côté du développement du droit des consommateurs comme celui des droits de la victime et du plaignant, s'installe une logique de recherche « d'un responsable à tout prix ». Ces phénomènes combinés, tendent au delà de l'évolution de la responsabilité, vers un accroissement de celle-ci¹⁹³⁴. C'est pourquoi dans ces conditions, le risque pour l'avocat de voir sa responsabilité recherchée est de plus en plus considérable. Et pour cause, celui qui revendique sa liberté et son indépendance pour assurer au mieux ses diverses missions, s'expose en contrepartie à un régime de responsabilité grandissant. Notamment et surtout sur le plan civil. Monsieur AVRIL dans sa thèse, précisait que les membres des professions libérales ne devraient pas ressentir leur responsabilité civile comme une marque d'injustice. Au contraire, celle-ci justifie l'exercice libéral, car si le professionnel ne devait pas rendre de comptes, l'indépendance dont il bénéficie ne profiterait qu'à lui-même. Or, la liberté ne se justifie que par une plus grande qualité de soins procurés à la clientèle¹⁹³⁵, par conséquent, « *l'a responsabilité devrait être avant tout, dans une profession libérale, une revendication* »¹⁹³⁶.

538. Ce faisant, même si le justiciable revendique de plus en plus ses droits, car il paye l'avocat comme n'importe quel autre professionnel, il n'en demeure pas moins comme l'a

1932 Décret n° 2014-1251 du 28 octobre 2014 (JO 29 p. 17894) relatif aux modes de communication des avocats. Il est précisé que le présent décret est pris pour l'application de l'article 13 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Le démarchage par courrier postal ou électronique est désormais autorisé aux avocats à condition, comme pour toute publicité, d'offrir aux prospects une information sincère sur la nature des prestations proposées et de respecter les principes essentiels de la profession

1933 ADER (H) et DAMIEN (A) « *Règles de la profession d'avocat* » Dalloz Action 2008/2009, n°05.53

1934 JULIEN (J) et DAVY (S) « *La responsabilité professionnelle de l'avocat* », in « *Droit et déontologie de la profession d'avocat* » BEIGNIER (B) BLANCHARD (B) VILLACEQUE (J) « *Droit et déontologie de la Profession d'avocat* » LGDJ édition. 2008, n°335.

1935 AVRIL (Y) « *La responsabilité de l'avocat* » Thèse Rennes 1979 précitée conclusion n°273

1936 COSNARD (H-D) Préface de la première édition, in AVRIL (Y) « *Responsabilité des avocats* » Dalloz, 3ème édition 2015-2016

précisé la Cour d'appel de Paris, que « *le respect du principe de délicatesse dans les devoirs d'une profession en ce qu'il ajoute à la droiture et à la probité l'exigence d'une loyauté, d'un scrupule ou d'un soin particulier à ne pas enfreindre les règles déontologiques* n'est pas sur le plan général une notion anticoncurrentielle ». De ce fait, il reste possible de continuer à penser que l'avocat n'est pas encore réduit à être « un vulgaire marchand de droit », et ce en dépit de l'attitude consumériste du client¹⁹³⁷. La déontologie demeure ceci dit, un excellent garde fou pour qui souhaite voir se conserver la noblesse de la profession. Ce qui inclut a fortiori la présence de règles. Plus une activité est réglementée et repose sur la base d'un socle normatif fort, plus elle peut revendiquer la qualité des prestations qu'elle fournit, de même que son indépendance. Nonobstant ces garanties et la réforme de la procédure disciplinaire par la loi du 11 février 2004, le rapport DARROIS, n'a pas hésité à souligner l'existence de « *suspensions qui sapent la confiance qui unit un professionnel à ses clients* », avançant ainsi l'idée que d'autres réformes étaient nécessaires. Parmi celles, l'échevinage au sein de la justice disciplinaire, car « *si le jugement disciplinaire par les pairs n'est pas incompatible avec les stipulations de la convention européenne des droits de l'homme, une telle composition provoque inévitablement des interrogations de la part du plaignant* » ; de même qu'une revalorisation du rôle du plaignant dans la procédure disciplinaire¹⁹³⁸, celui ci pourrait ainsi participer à l'audience et être auditionné devant le Conseil¹⁹³⁹. Cette dernière proposition va malheureusement à l'encontre de la nature de la procédure disciplinaire. En effet elle n'est selon ADER et DAMIEN « *ni une action pénale ni une action civile* »¹⁹⁴⁰, or les droits du plaignant relèvent de la matière civile ou pénale puisque ceux ci sont défendus devant les juridictions civiles ou répressives, et ce au regard des règles de droit de la responsabilité civile et du droit pénal. S'il n'est pas partie à la procédure, le client lésé y est associé, il n'est donc pas totalement exclu du processus disciplinaire. Force est de constater que si l'avocat ne demeure plus impuni, les questionnements autour de sa responsabilité demeurent.

539. Sur le plan de la responsabilité pénale, l'avocat est soumis à l'instar de la responsabilité civile à des prescriptions générales, car ayant vocation à s'appliquer à tout professionnel dans le cadre de ses activités. L'application du droit commun n'empêche cependant pas l'existence

1937CROZE note sous Civ 1^{re} 31 janvier 2008, Procédure 2008 comm 144

1938WICKERS (T) « *La grande transformation des avocats* » Dalloz 2014 précité p 125 : plus récemment ce souhait a été exprimé par WICKERS qui plaide l'intervention du plaignant dans le processus de la justice disciplinaire. Il conclut ainsi : « *Les avocats appartiennent indiscutablement à l'ancien monde, celui qui est en train de disparaître, mais ils ont leur place dans le nouveau, celui qui est en train de naître. A une condition, démontrer qu'ils la méritent, en accomplissant la tâche qui est la contrepartie de leurs privilèges, assurer l'accès de tous au droit et à la justice* »

1939Cette nouveauté proposée par le rapport DARROIS modifierait ainsi l'article 193 et 194 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat

1940ADER - DAMIEN, « *Règles de la profession d'Avocat* » Dalloz, 2008-2009, n°81.07 précité

de dispositions plus particulières, ayant pour but de préserver les droits de la défense. A ce titre, tantôt le professionnel jouira d'une immunité, tantôt il pourra être plus gravement sanctionné du fait de la spécificité des missions qu'il poursuit. On assiste de ce fait à l'émergence d'un droit pénal spécial, d'ou l'allégation d'un impact certain en matière de responsabilité, sur la base du critère de la profession que l'avocat exerce. Prétendre l'existence d'un droit pénal en marge, ne pose aucune difficulté ; du moins, un tel constat n'alimente aucun débat spécifique contrairement à la responsabilité civile. D'autre part, l'avocat s'illustre en figure atypique s'agissant de l'application du principe du sacro saint secret professionnel. Ce précepte qui l'accompagne depuis les débuts de la profession, a fait l'objet de réformes démontrant la volonté des autorités politiques de mettre fin à ce qui est encore vu comme un privilège¹⁹⁴¹. Ainsi, l'atteinte au secret découlant de la loi pour la lutte contre le blanchiment d'argent¹⁹⁴², dans le cadre des activités de fiducie est manifeste. En réaction, le corps professoral s'est farouchement imposé afin de réduire les effets pervers de cette norme, tout en rappelant les enjeux du secret professionnel au sein d'une démocratie. Le juge puis le pouvoir législatif ont entendu ces revendications de sorte que la portée des dispositions nouvelles a été revue, pour coexister avec le principe du secret professionnel. De ce fait, sans craindre d'engager sa responsabilité pénale, ni violer le secret professionnel, l'avocat peut continuer plus sereinement d'exercer.

540. Le juge civil et le juge pénal ne sont pas les seuls interlocuteurs de l'avocat lorsqu'il engage sa responsabilité. Il perdure encore une justice et des pratiques qui témoignent du corporatisme de la profession pour certains, ou pour d'autres, de la prise en compte de la qualité d'auxiliaire de justice de l'avocat qui lui donne un statut différent des prestataires de services ou d'autres professions libérales. Il s'agit de l'application des règles de déontologie, sanctionnée par la justice disciplinaire, et en amont de leur création en interne. Certes le Conseil national des Barreaux est doté du pouvoir règlementaire et du pouvoir d'adoption du règlement intérieur national, et la justice disciplinaire est également rendue par les professionnels. Mais il n'en demeure pas moins que le juge judiciaire a un rôle en matière d'interdiction judiciaire et qu'il applique de ce fait lui aussi les règles professionnelles. De même, les normes déontologiques sont édictées sous l'égide étatique, et la Cour d'appel et de cassation sont compétentes pour rejuger les décisions rendues par le pouvoir disciplinaire. Il

1941Crim 26 juin 1995 Bull crim n°235 : nécessité de préciser pour les juges en l'espèce que « *la seule qualité d'avocat n'est pas de nature à assurer l'impunité du mandataire lorsqu'il est recherché pour ses fautes personnelles, quand bien même celles ci seraient en relation avec les fautes reprochées à certains de ses clients* »

1942L'ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009 transposant la directive du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme et sa directive de mise en œuvre du 1er août 2006

existe un mouvement de balancier qui pousse la déontologie « *selon le moment, à se fondre dans l'ordre juridique étatique, ou au contraire à le frôler et rester à la marge* », son avenir semble tracé : « *elle se verra obligée à plus ou moins long terme à se couler dans les moules préexistants* »¹⁹⁴³. Il n'y a donc pas de cloison étanche entre l'autorité judiciaire, disciplinaire, et l'autorité publique.

541. Au surplus, des efforts sont notables : la procédure est un peu plus transparente, l'audience et le prononcé de la décision disciplinaire sont devenus publics. Tout cela représente un bon équilibre qui ne doit pas être vécu par la profession comme une atteinte à la liberté d'exercice de la profession. Ces interventions plus qu'une immixtion, doivent être vues par les septiques comme une démonstration de l'ouverture d'esprit de la profession, qui n'entend pas se calfeutrer derrière une exclusivité de règles et de juridiction. Si les avocats communiquent de manière plutôt satisfaisante sur leurs règles juridiques et la rigueur nécessaire à l'exercice de leur métier, il serait bénéfique que la profession se révèle davantage : et joue le jeu de la transparence en établissant des fichiers de radiation, en permettant un accès facilité aux chercheurs ou toute autre personne intéressé par les données relatives aux décisions disciplinaires rendues, comme cela est possible pour les magistrats. Le conseil régional de discipline rattaché à la Cour d'appel de Bordeaux¹⁹⁴⁴, a pris une décision unique jusqu'à présent, puisqu'il publie toutes les décisions, via un site internet, allant de l'avertissement à la radiation. L'objectif poursuivi est double : lutter contre l'opacité dont est taxée la profession en améliorant l'information des professionnels comme des clients ; et pédagogique voire dissuasive, en permettant à tous les confrères de prendre connaissance de l'ensemble des décisions et des peines prononcées d'une part, et contrer les éventuels contrevenants. La généralisation de cette initiative serait la bienvenue afin que l'autorégulation revendiquée et légitime de la profession, ne soit pas assimilée à la protection d'intérêts purement privés.

542. Au delà de ces considérations, l'expression de la responsabilité disciplinaire dernier élément qui clôt l'objet de cette étude, a pour particularité de souligner à quel point les différents types de responsabilités encourus par l'avocat sont liés et ne procèdent donc nullement de questions distinctes et cloisonnées. Si pour des raisons pratiques, il a fallu sectionner ces thèmes, force est de constater que la responsabilité disciplinaire rejoint la

1943CABROL (Y) in MARTINEAU – BOUGIGNAUD (V) - « *Droit privé et Déontologie* » Thèse Nantes 1995 p 31

1944Le Conseil Régional de Discipline des Avocats de la Cour d'Appel de Bordeaux est compétent pour les 5 Barreaux de son ressort à savoir Angoulême, Bergerac, Bordeaux, Libourne et Périgueux

responsabilité civile et pénale. FOUCAULT¹⁹⁴⁵ en son temps, soulignait que le disciplinaire s'oppose à tout point à la pénalité judiciaire, mais leur évolution est telle que la différence entre ces deux systèmes répressifs devient difficile à cerner. Les amalgames faits entre responsabilité civile et disciplinaire ont également été évoqués. Certes il existe des disparités de taille tenant au régime qui leur est applicable, mais des similitudes sont observables. Les différents types de responsabilité ont pour but final de veiller à ce qu'un professionnel qui ne mériterait pas la confiance du justiciable et de la justice en son ensemble, réponde de ses actes. Les enjeux posés en introduction sont ainsi clairement définis. Au XXI^e siècle, la nature des services juridiques produits par les avocats doit consister en des biens de confiance. A ce titre, la responsabilité de l'avocat suggère une attention et un dévouement sans pareil, une charge d'obligations drastiques et quotidiennes. Les différentes branches qui composent cette responsabilité tendent, se rejoignent et se conjuguent ainsi en direction d'un même point central : l'avocat.

Or, être avocat c'est être homme... . Et « *être homme, c'est précisément être responsable, c'est sentir en posant sa pierre que l'on contribue à bâtir le monde* »¹⁹⁴⁶.

1945 FOUCAULT (M) « *Surveiller et punir* » Gallimard 1993 in ANCEL (J) – MORET-BAILLY – JEAM-MAUD (A) « *Vers un droit commun disciplinaire* » Collection Droit, Publication de l'université de Saint Etienne 2007 p 44

1946 De SAINT EXUPERY (A) « *Terres des Hommes* » La Pléiade, Gallimard 1994 in « *La responsabilité civile des auxiliaires de justice* » Thèse La Rochelle p1

Table des matières

INTRODUCTION.....	9
PREMIERE PARTIE - L'INFLUENCE CONSTATEE DE LA PROFESSION D'AVOCAT EN MATIERE DE RESPONSABILITE.....	36
TITRE I - LA RESPONSABILITE CIVILE DE L'AVOCAT OU L'INFLUENCE DES MISSIONS DE LA PROFESSION EN LA MATIERE	46
CHAPITRE I - FONDEMENT ET NATURE DE LA RESPONSABILITE CIVILE	47
Section I - L' ABSENCE D'UN REGIME SPECIFIQUE	48
Paragraphe I – Le fondement de la responsabilité civile de l’avocat	48
A - La déontologie comme préalable à la responsabilité civile	48
1 - Définition et rôle de la déontologie.....	48
2 - L’impact en matière de responsabilité civile	53
B - Le devoir de conseil de l’avocat.....	58
1 – L’approche du devoir de conseil.....	58
2 - Le devoir de conseil, un fondement insuffisant de la responsabilité civile de l'avocat.....	66
Paragraphe II – La nature de la responsabilité civile de l’avocat : l’application du double régime de responsabilité	74
A - La responsabilité contractuelle.....	74
1 - La relation contractuelle avec le client	74
2 - La référence au contrat de mandat.....	80
B – La responsabilité délictuelle.....	84
1 - La responsabilité délictuelle envers les tiers et la partie adverse.....	84
2 - La responsabilité délictuelle envers le client.....	87
Section II - LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE CIVILE DE L'AVOCAT, LA SOUMISSION AUX QUALIFICATIONS HABITUELLES.....	88
Paragraphe I - Le constat d’une faute.....	88
A - La faute commise dans le cadre de l’exercice de la profession.....	89
1 - La faute face à l’évolution du droit positif.....	90
2 - La faute au regard du critère de bon professionnel.....	92
B - Les fautes ou manquements aux devoirs de l’avocat.....	94
1 - Les devoirs d’origine prétorienne.....	94
2 - Les devoirs issus de la déontologie.....	96
Paragraphe II - Le constat d’un préjudice et d’un lien de causalité.....	102
A - Le préjudice réparable.....	102
1 - Les caractéristiques du préjudice réparable.....	102
2 - La charge de la preuve du préjudice	104
B - La perte de chance	105
1 - Une notion d’origine prétorienne.....	105
2 - Une notion soumise à l’appréciation souveraine des juges	107
C- Le lien de causalité	110
1 - L’existence du lien de causalité	110
2 - La preuve du lien de causalité	11
Chapitre II - L'INFLUENCE CONSTATÉE DES DIFFERENTES MISSIONS EN MATIERE DE RESPONSABILITE.....	113
Section I – LA RESPONSABILITE DU FAIT DES MANQUEMENTS AUX MISIONS ORIGINELLES DE L'AVOCAT	117
Paragraphe I - L'assistance due au client	117
A - La défense par le conseil.....	120
1.- Le devoir de conseil, une obligation contractuelle.....	120

2 - Une obligation de moyen	123
B - La plaidoirie de l'avocat	124
1 - Une obligation contractuelle.....	125
2 - La plaidoirie gouvernée par la liberté de parole.....	126
Paragraphe II - La représentation en justice du plaideur	127
A - Le mandat ad litem en représentation	129
1 - Le mandat présumé.....	129
2 - Le mandat limité	132
B - Les obligations du mandataire	134
1 - Les devoirs de diligence et de conseil.....	134
2 - Les devoirs de prudence et de vigilance.....	139
Section II – LA RESPONSABILITE DU FAIT DES MISSIONS CONTEMPORAINES DE L'AVOCAT.....	141
Paragraphe I - Les missions juridiques classiques.....	141
A - L'avocat consultant.....	141
1 – Définition de l'avocat consultant	141
2 – Les obligations de l'avocat consultant.....	142
B - L'avocat rédacteur d'acte	144
1 - L'activité de rédaction d'acte en général	144
2 – L'avocat mandataire en transaction immobilière.....	149
Paragraphe II - La fiducie et l'avocat mandataire sportif	151
A - L'avocat fiduciaire.....	151
1 - Les caractéristiques générales du contrat de fiducie.....	152
2 – Les obligations particulières de l'avocat fiduciaire.....	153
B - L'avocat mandataire sportif	156
1 – Définition de l'avocat mandataire sportif.....	157
2 – Les conditions d'accès à cette activité.....	158
TITRE II.....	161
L'EXERCICE DE LA RESPONSABILITE CIVILE DE	161
L'AVOCAT.....	161
CHAPITRE I - L'ASSURANCE PROFESSIONNELLE DE L'AVOCAT	162
Section I- L'OBLIGATION LEGALE DE SOUSCRIRE A UNE ASSURANCE.....	163
Paragraphe I - Les caractéristiques du contrat de responsabilité civile professionnelle	164
A- Un contrat imposé	164
1 - Le rôle du Barreau.....	165
2 - Les conditions de souscription	166
B - Les activités couvertes par le contrat	168
1 - La garantie générale.....	169
2 - La garantie spécifique de l'avocat fiduciaire.....	170
Paragraphe II- La garantie de représentation des fonds et la garantie financière.	172
A - La police de représentation de fonds	173
1 - Les caractéristiques de la police de représentation de fonds.....	173
2 - Le cumul avec la responsabilité civile professionnelle	174
B - La garantie financière	175
1 - Une souscription individuelle.....	176
2 - Les caractéristiques de la garantie	176
Section II - LA MISE EN ŒUVRE DE L'ASSURANCE	178
Paragraphe I - L'apport de la loi de 2003.....	178
A- La définition du sinistre.....	178
B - Le mode de déclenchement des garanties.....	179
Paragraphe II - Les limites de la garantie.....	182

A - La déchéance.....	182
1 - La définition de la déchéance	182
2 - Les effets et l'inopposabilité de la déchéance.....	184
B - Les cas d'exclusion de garantie.....	185
1- La faute intentionnelle ou dolosive de l'avocat	185
2 - Les autres cas d'exclusion de garantie	187
CHAPITRE II- L'ACTION EN RESPONSABILITE CONTRE L'AVOCAT.....	189
Section I- LES DIFFERENTS MODES D'ACTION CONTRE L'AVOCAT	190
Paragraphe I- La réclamation amiable et la déclaration de sinistres devant les tribunaux....	190
A - La réclamation amiable.....	190
1 - Le rôle du Bâtonnier et des commissions ad hoc	190
2 - La Société de courtage des Barreaux et la commission sinistres.....	191
B - La déclaration de sinistres devant les tribunaux	192
1 - La conduite à tenir lors d'un sinistre.....	192
2 - La recherche en responsabilité d'un confrère	193
Paragraphe II - Les règles de compétence.....	194
A - Les règles de compétence territoriale.....	194
1 - Les règles de principe.....	194
2 - Les règles spécifiques.....	195
B - Les règles de compétence de temps.....	197
1 - L'apport de la loi de 2008.....	197
2- Le point de départ du délai de prescription	199
Section II- L'ABOUTISSEMENT DE L'ACTION EN RESPONSABILITE CIVILE.....	201
Paragraphe I - Exonération et partage de responsabilité.....	201
A- Les cas d'exonération et de limitation de responsabilité.....	201
1 - Le cas d'exonération totale.....	201
2 - Les clauses limitatives de responsabilité.....	206
B - Le partage de responsabilité	210
1 - Le partage de responsabilité en cas de pluralité d'auteurs.....	210
2 - Le partage de responsabilité avec l'avocat associé et le collaborateur	214
Paragraphe II- Le règlement des sinistres	218
A - La procédure amiable	218
1 - Les caractéristiques de la transaction ou protocole d'accord.....	218
2 - Les avantages et inconvénients de la transaction	219
B - La procédure litigieuse.....	221
1 - L'assureur subrogé	221
2 - L'action directe contre l'assureur de responsabilité	222
PARTIE II.....	227
L'IMPACT AVERE DU CRITERE DE LA PROFESSION EN MATIERE DE RESPON-	
SABILITE	227
TITRE I.....	230
LA RESPONSABILITE PENALE OU L'IMPACT EMERGENT DE LA PROFESSION SUR	
LE REGIME DE RESPONSABLITE	230
CHAPITRE I - L'AVOCAT ET LE SECRET PROFESSIONNEL	235
Section I - LE RESPECT DU SECRET PROFESSIONNEL, UNE EXIGENCE PROFES-	
SIONNELLE D'APLLICATION GENERALE	237
Paragraphe I – Histoire et fondement du secret professionnel de l'avocat.....	239
A – Les fondements idéologiques du secret professionnel.....	241
1 - La théorie contractuelle d'ordre privé.....	241
2 - La théorie du fondement social et de l'ordre public	244
B – Le secret professionnel dans les textes.....	249
1- Le secret professionnel de l'avocat sous l'ancien code pénal.....	249
2 – Le secret professionnel dans les textes de droit positif.....	252

Paragraphe II – Les pendants du secret professionnel	255
A - Le secret des correspondances et échanges entre l’avocat et son client ...	257
1 – Le régime et l'objet du secret des correspondances et échanges entre l'avocat et son client	257
2 - Les limites au principe.....	259
B - Les personnes tenues au secret professionnel.....	262
1 - L’avocat et les membres de son cabinet.....	262
2 - Le Bâtonnier et le conseil de l’Ordre.....	263
Section II- LA REVELATION DU SECRET PROFESSIONNEL, UNE EXIGENCE PROFESSIONNELLE AMENAGEE.....	264
Paragraphe I - L'inopposabilité du secret professionnel aux autorités administratives et judiciaires	265
A - La perquisitions judiciaire.....	265
1 - Définition et conditions nécessaires à la perquisition judiciaire.....	265
2 - Les modalités de la perquisition judiciaire	270
B - Les perquisitions administratives, les écoutes téléphoniques et la sonorisation.....	273
1 - Les perquisitions administratives	273
2 - Les écoutes téléphoniques et la sonorisation.....	277
Paragraphe II – Les révélations licites du secret professionnel.....	280
A- La coexistence d'un délit de divulgation du secret professionnel et d'une irresponsabilité pénale.....	280
1 - Les éléments constitutifs du délit	280
2 - Les faits justificatifs	284
B - La violation du secret de l’enquête et de l'instruction	293
1 - L'avocat et le secret de l'instruction	293
2 - La constitution du délit de violation du secret l’enquête et de l'instruction	295
CHAPITRE II- LES CAUSES D'IRRESPONSABILITE PENALE ET LA SPECIFICITE DES SANCTIONS ENCOURUES	298
Section I - L’EXISTENCE D’UNE IMMUNITE JUDICIAIRE	300
Paragraphe I - La liberté de parole durant l'audience et hors du prétoire	301
A - Durant l'audience.....	301
1 - Les conditions et effets de l'immunité de parole.....	301
2 - Les limites de l'immunité de parole.....	306
B - L'avocat hors du prétoire.....	311
1 - Des restrictions gouvernées par les principes essentiels de la profession	311
2 - Les sanctions en cas d'inaction de l'immunité.....	315
Paragraphe II - L'état de nécessité.....	318
A - La définition générale de l'état de nécessité.....	319
1 - Le fondement.....	319
2 – Les conditions.....	320
B- L'état de nécessité et l'avocat.....	321
1 - Les droits de la défense face au secret professionnel.....	321
2 – La supériorité des droits de la défense	322
Section II – LES SPECIFICITES DU DROIT PENAL ET DES SANCTIONS ENCOURUES À L'ENCONTRE DE L'AVOCAT	324
Paragraphe I L'interdiction d'exercer l'activité professionnelle.....	325
A - L' interdiction d'exercer en général.....	325
1 - Les caractéristique de l’interdiction d'exercer	325
2 - Le régime d’application.....	326
B - L' interdiction d’exercer appliquée à l'encontre de l'avocat.....	328

1 - Les conditions inhérentes à l'interdiction	328
2 - Les exceptions de procédure.....	332
Paragraphe II - Les interactions entre droit pénal et droit disciplinaire.....	336
A - La confrontation entre droit pénal et droit disciplinaire	336
1 - L'existence de fondements communs.....	336
2 - Les similitudes observables du fait de la constitutionnalisation du droit disciplinaire.....	338
B - L'autonomie entre droit pénal et droit disciplinaire.....	339
1 - L'indépendance des actions	339
2 - Les autres disparités relevées entre droit pénal et droit disciplinaire ...	341
 TITRE II	 344
LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE, OU L'IMPACT DIRECT DE LA PROFESSION EN MATIERE DE RESPONSABILITE.....	344
CHAPITRE I – LA NATURE DE LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE	346
Section I – L'APPROCHE THEORIQUE DE LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE .	346
Paragraphe I - Définitions et caractéristiques	346
A - Droit disciplinaire et discipline	346
B – Droit disciplinaire et déontologie	352
Section II – L'APPROCHE PRATIQUE DU DROIT DISCIPLINAIRE.....	357
Paragraphe I - L'autorégulation de la profession.....	357
A - La justification de cette autorégulation.....	358
B - Les buts poursuivis par cette autorégulation	366
Section I- LES INFRACTIONS DISCIPLINAIRES ET LES SANCTIONS Y AFFERENTS	370
Paragraphe I- Les infractions constatées	371
A - Les manquements déontologiques en dehors de la profession.....	376
1 - Les manquements à l'égard de la société en général	376
2 - Les manquements à l'égard du client.....	378
B - Les manquements à la déontologie envers ses confrères.....	380
1 - Les manquements envers les confrères.....	380
2 - Les manquements envers la hiérarchie.....	387
Paragraphe II - Les sanctions prononcées.....	391
A - Les sanctions disciplinaires.....	391
1 - Les peines légères.....	391
2 - Les peines sévères.....	393
B - Les autres mesures.....	397
1 – L'ancienne admonestation et l'injonction.....	399
2 – La suspension provisoire et l'omission au Tableau	400
Section II - LA PROCEDURE DEVANT LES INSTANCES DISCIPLINAIRES.....	402
Paragraphe I - L'avant jugement.....	404
A - L'exercice des poursuites	404
1 - L'enquête déontologique	404
2 - La saisine de l'instance disciplinaire.....	405
B - L'instruction.....	407
1- L'instruction obligatoire	407
2 - L'instruction contradictoire.....	407
Paragraphe II - Le jugement devant ses pairs.....	410
A - L'instance disciplinaire.....	410
1 - La comparution à l'audience.....	410
2 – Les règles de publicité des débats et de délai.....	415
B - Les voies de recours possibles.....	417
1 – L'appel.....	417

2 - Le pourvoi en cassation, la révision, la tierce opposition et la QPC.....420

CONCLUSION GENERALE.....423

Index

A

Abus.....	24, 26, 56, 91, 117, 195, 221 sv, 259, 315 sv, 323, 326, 329, 363, 370
Action civile.....	52, 54, 187, 292, 306, 333, 414
Action directe.....	211, 213 sv
Action en responsabilité.....	257
Activité commerciale.....	67 sv, 144, 152, 163
Activité professionnelle	13, 143, 167, 170, 181, 183, 271, 313, 315 sv, 322 sv, 352
Admonestation. .10 sv, 18 sv, 22 sv, 25, 27 sv, 38, 40 sv, 46, 48 sv, 51 sv, 62 sv, 65, 67 sv, 77 sv, 85, 87 sv, 94 sv, 99 sv, 109, 112 sv, 117 sv, 122 sv, 129 sv, 137 sv, 141 sv, 154, 157, 159 sv, 163 sv, 175, 177 sv, 180, 182 sv, 185 sv, 188 sv, 192 sv, 195, 197 sv, 203, 205 sv, 219 sv, 222 sv, 227 sv, 232, 234 sv, 238 sv, 243 sv, 246 sv, 249 sv, 254 sv, 261 sv, 266 sv, 271, 275 sv, 287, 290 sv, 293 sv, 303 sv, 309 sv, 313 sv, 320 sv, 326 sv, 339, 341 sv, 345 sv, 354 sv, 357 sv, 362, 364, 366 sv, 373 sv, 378 sv, 381 sv, 388, 390, 392 sv, 399 sv, 403 sv, 409 sv, 413 sv	
Agents sportifs.....	152
Aléa.....	66, 101 sv, 104 sv, 110 sv, 114 sv, 118, 123 sv, 141, 143, 173, 177 sv
Ancien droit.....	146, 230 sv
Arbitrage.....	174, 209
Assistance 15, 19, 20sv, 22, 27, 29 sv, 30, 35, 38 sv, 56, 61, 92, 107, 109, 113 sv, 117 sv, 121, 123 sv, 130 sv, 135, 137, 152, 191, 204, 206, 233, 251, 260, 263 sv, 277 sv, 364, 383sv, 415	
Assurance....	6, 30 sv, 44, 64, 145 sv, 149 sv, 155 sv, 166 sv, 171 sv, 175, 177 sv, 180 sv, 184, 186, 196, 210, 212 sv, 278 sv, 383, 389, 412
Assuré 36, 38, 56, 88 sv, 158, 160 sv, 164, 168, 171 sv, 175 sv, 185 sv, 210, 213 sv, 235, 331, 339, 343, 353, 412	
Assureur	161, 165, 167, 171 sv, 176 sv, 184 sv, 210 sv
Atteinte à l'exercice de la profession.....	260
Audience disciplinaire.....	400
Autorégulation.....	416
Autorités administratives.....	95, 149, 254, 275 sv, 278 sv, 342, 415 sv
Autorités judiciaires.....	149, 256, 303, 311
Autorités ordinales.....	149
Avertissement.....	117, 356, 362, 376, 379 sv, 416
Avocat.....	6 sv, 9, 14 sv, 71 sv, 102 sv, 175 sv, 215 sv, 219 sv, 229 sv, 275 sv, 309 sv, 323 sv, 329, 331, 333 sv, 341 sv, 380 sv, 398 sv, 412 sv
Avoué.....	30, 206

B

Barreau.....	19 sv, 24, 26 sv, 29 sv, 48, 77, 95, 126, 136, 139, 151, 156 sv, 164, 166 sv, 183 sv, 231, 276, 279, 285, 288, 304, 318 sv, 333 sv, 337, 346 sv, 350, 352, 358, 361 sv, 368, 370 sv, 374 sv, 377 sv, 382 sv, 386, 391 sv, 394, 399, 402 sv, 413
Bâtonnement.....	305
Bâtonnier. 2, 18, 25, 30, 84, 95, 100, 144, 147, 149, 152, 161, 165, 167, 169 sv, 180, 183, 185 sv, 211, 222, 244, 253 sv, 257, 260 sv, 267 sv, 277, 281, 288, 294, 299, 302, 304, 318 sv, 325, 334, 357, 364, 367 sv, 371 sv, 380 sv, 384 sv, 390, 392 sv, 395, 397, 401, 403 sv	
Blâme.....	379 sv
Blanchiment.....	95, 148 sv, 254, 275 sv, 285, 316, 372, 415

Bon père de famille.....	89, 95, 111, 123
Bon professionnel.....	87, 89 sv, 94 sv, 365
Bonne foi.....	59, 72 sv, 81, 116 sv, 122, 195, 282, 290, 293, 309 sv, 344, 412
C	
Cabinet de l'avocat.....	261
CAPA.....	30, 271, 346
CARPA.....	30, 148, 164 sv, 221 sv, 279 sv, 371, 377 sv, 380, 382
CEDH....	3, 42, 228 sv, 236, 248, 250, 257 sv, 262 sv, 276 sv, 280, 283, 291, 295 sv, 299, 303 sv, 316, 327, 375, 383, 390, 393, 396, 405, 407 sv
Chambre régionale de discipline.....	407
Charge de la preuve.....	100, 131 sv
Clause.....	83, 142, 145, 168, 173, 175, 177 sv, 180, 185, 194, 199 sv, 211, 383
Clause limitative de responsabilité.....	194
Client...7, 15 sv, 18 sv, 21 sv, 26, 28 sv, 32, 37 sv, 42, 48 sv, 53 sv, 59 sv, 65 sv, 71 sv, 79 sv, 86, 88 sv, 91 sv, 94 sv, 99, 103 sv, 109, 113 sv, 137 sv, 141 sv, 150 sv, 154, 158, 164 sv, 167, 177, 179 sv, 182, 184 sv, 192 sv, 200 sv, 209, 212, 216, 221 sv, 225, 230 sv, 237 sv, 244 sv, 259, 265, 267 sv, 273, 276 sv, 282, 286, 288, 292 sv, 295 sv, 300, 302, 304, 309 sv, 318, 320, 347, 354 sv, 361, 364 sv, 367, 369 sv, 373, 384, 399, 412 sv	
CNB.....	3, 31, 44, 144, 148, 164, 251, 278, 363, 377, 381
Collaboration.....	32, 39, 140, 149, 159 sv, 196
Commission sinistres.....	184
Comparution.....	72, 398, 400 sv
Compétence....	14 sv, 31, 33, 37, 49, 55, 59, 66, 88 sv, 93 sv, 100, 109 sv, 115, 140, 142, 144, 148, 151, 154, 183, 187 sv, 202, 206 sv, 263, 297, 309 sv, 320 sv, 354 sv, 364, 409
Concurrence déloyale.....	52 sv, 369 sv
Confiance. 18, 21 sv, 29, 42 sv, 48, 56 sv, 78, 117, 132, 201, 221 sv, 229, 236 sv, 239, 246 sv, 250, 256, 273, 278, 301, 315 sv, 326, 329, 336, 353 sv, 357, 368, 370, 412, 414, 417	
Confidentialité.....	30, 184, 225, 246 sv, 250 sv, 259, 267 sv, 373 sv
Confidentiel.....	133, 149, 226, 237, 247 sv, 258 sv, 261, 268, 373
Conflit d'intérêts.....	20 sv, 353, 365, 376
Confrère 38sv, 39, 84, 142, 149, 185 sv, 197, 203, 245, 263, 300, 304, 306, 348, 356, 361, 368 sv, 378, 382, 386, 392, 408, 416	
Conscience. 9 sv, 13, 19, 26, 46, 49, 115, 123, 133 sv, 156, 216, 228, 231, 246, 273, 275, 295, 332, 343, 351, 354, 367	
Conseil19 sv, 25, 27, 31, 35 sv, 41, 46, 55 sv, 65 sv, 69 sv, 75 sv, 83, 88 sv, 95, 104, 107, 109, 113, 116 sv, 123 sv, 128 sv, 137 sv, 140, 142 sv, 147, 150 sv, 156, 159 sv, 164, 166 sv, 172, 182 sv, 188 sv, 191, 195 sv, 200 sv, 204, 217, 223 sv, 232, 236, 245, 249, 251 sv, 258, 272, 277, 281 sv, 298, 319 sv, 324, 327, 330, 334, 341, 350, 352 sv, 355, 359 sv, 363 sv, 368 sv, 375 sv, 380 sv, 383, 385 sv, 390 sv, 414 sv	
Conseil constitutionnel.....	35, 140, 282, 330, 353, 391
Conseil de discipline.....	327, 369, 371 sv, 376 sv, 381, 386 sv, 390 sv, 393, 396 sv, 399 sv
Conseil de l'Ordre...25, 160, 320 sv, 324, 341, 363, 365, 368, 370, 375, 377, 380 sv, 383, 387 sv, 390 sv, 395, 398, 401, 404, 406, 409	
Conseil de l'Ordre...140, 144, 147, 151, 156, 159 sv, 164, 166, 172, 183, 188, 253 sv, 321 sv, 334, 350, 359, 363, 393, 396 sv, 403, 405 sv	
Conseil national des Barreaux.....	20, 31, 140, 154, 224, 281, 355, 415
Contrat. 37, 42 sv, 45, 50 sv, 59, 61 sv, 65, 67, 69 sv, 90, 96, 110 sv, 116, 123, 125, 128, 134, 139, 143, 146 sv, 150 sv, 158 sv, 164, 166, 168, 170 sv, 177 sv, 180 sv, 184 sv, 192 sv, 195, 198 sv, 209 sv, 213 sv, 233 sv, 280, 319	
Correspondances.....	26, 89, 149, 184, 225, 229, 245, 248 sv, 259, 267 sv, 316, 373
Culpabilité.....	9, 12, 259, 298, 404

D

DARROIS (rapport)	31, 109, 139, 145, 398, 414
Décharge de responsabilité	199
Déchéance.....	175 sv, 186, 314 sv
Déclarations de soupçon	149
Décret du 27 novembre 1991.....	31, 94, 154, 160, 337, 345
Défense...22 sv, 25, 27, 29, 38 sv, 42, 48 sv, 55, 72 sv, 89, 91 sv, 109, 113, 116 sv, 120, 122, 125, 129, 134, 185, 225, 233, 238, 244 sv, 250, 252, 256 sv, 261, 265, 267 sv, 272, 275, 277 sv, 283 sv, 288, 290 sv, 294 sv, 299 sv, 302 sv, 306, 309 sv, 320 sv, 336, 373, 375, 396, 398 sv, 408, 415	
Délicatesse..52, 187, 268, 296, 298, 302, 318, 326, 330, 337 sv, 358, 362 sv, 367, 372 sv, 376 sv, 380 sv	
Démocratique.....	9, 35, 42, 248, 258, 289, 333
Déontologie...15, 18, 20 sv, 25, 27 sv, 30 sv, 36, 41, 46 sv, 54 sv, 58, 61, 63 sv, 67 sv, 83, 90, 93, 95, 112, 119, 129, 134, 142, 146, 151 sv, 156, 162, 202, 216 sv, 219, 221, 228, 239, 244, 248, 276, 278, 300, 304, 319 sv, 325, 333, 335, 337, 339 sv, 349, 351 sv, 354 sv, 361, 363 sv, 366, 368, 380, 386, 392, 400, 412 sv	
Dépositaire du secret.....	272 sv
Désintéressement.....	18 sv, 26 sv, 29, 338, 350, 367
Devoir d'information.....	37
Devoir de conseil.36 sv, 46, 56 sv, 65 sv, 69 sv, 75, 91 sv, 107, 116 sv, 120, 128, 130 sv, 134, 137, 140, 142 sv, 145, 153, 195 sv, 201, 204, 217, 364	
Devoirs...35, 37, 41 sv, 46 sv, 51 sv, 59, 73 sv, 78, 86, 90 sv, 111, 129, 134 sv, 146, 296, 314, 319, 326, 336 sv, 341 sv, 349, 358, 360, 366, 398, 412, 414	
Diffamation.....	122, 130, 299
Dignité.....	11, 19, 27, 36, 49, 268, 296, 318, 337, 351, 354, 362 sv, 367, 376, 387
Diligence. .37 sv, 40, 55, 59, 81, 83, 89 sv, 93, 96 sv, 110 sv, 115, 119, 129 sv, 197, 202, 205, 354, 364 sv	
Diligent.....	73, 89 sv, 123, 129 sv, 142, 197, 380
Disciplinaire. .6, 31, 33, 41, 46, 50 sv, 68, 90, 93, 96, 150, 186, 216, 219 sv, 222, 274, 295 sv, 300, 311, 313 sv, 321 sv, 339 sv, 349 sv, 355, 358 sv, 363 sv, 366, 371 sv, 375, 377 sv, 382, 384 sv, 390 sv, 403 sv, 406 sv, 412 sv	
Dol.....	28 sv, 40, 412
Domicile.....	225, 244, 255 sv, 258, 261 sv, 267 sv, 286
Domage13, 34, 45, 52 sv, 64, 69, 71, 77, 81, 83, 85, 87, 97 sv, 107 sv, 111, 113 sv, 118, 141 sv, 159, 171 sv, 175 sv, 188, 193, 196 sv, 203 sv, 207 sv, 210, 212 sv, 234, 303, 305 sv, 366 sv, 409	
Dommages et intérêts.....	52, 69, 142, 183, 210, 213, 303, 305, 366 sv
Droit canonique.....	228, 307
Droit commun...29, 33, 42, 45, 50 sv, 64 sv, 69, 75 sv, 84 sv, 90, 98, 103, 108, 127, 145, 150, 187, 191, 206, 208, 215 sv, 219 sv, 265, 296, 300, 303, 305, 328, 359, 365, 372, 375, 395, 414	
Droit de la consommation.....	67 sv
Droit romain.....	10, 26, 45, 136, 230, 314
Droits de la défense. 122, 225, 256 sv, 261, 265, 267 sv, 283, 285, 288, 291, 294 sv, 297, 300, 309 sv, 320 sv, 396, 399, 408, 415	
Droits fondamentaux.....	11, 35, 405
E	
Écoutes téléphoniques.....	255, 264, 266 sv
Efficacité.....	37, 56, 93 sv, 96 sv, 119, 124, 140 sv, 204, 211, 236, 258, 265, 281, 340, 354
Enquête déontologique.....	380, 386, 392 sv
Équité.....	52, 73, 160, 308, 344, 362, 408
Erreur.....	38, 40 sv, 82, 85 sv, 91, 95, 100, 104, 107, 135, 137, 142, 153 sv, 169, 197, 333, 364
État de nécessité.....	291, 307 sv

Exceptions de procédure.....	317, 320
Exercice individuel.....	32
Exonération.....	194 sv, 303
Extranéité.....	188 sv

F

Fait justificatif.....	274, 282, 291, 293, 307, 309
Faute 9, 12 sv, 15, 29, 39 sv, 44, 51 sv, 64, 74, 77 sv, 81 sv, 85 sv, 89 sv, 95 sv, 101, 103, 105 sv, 112, 114 sv, 118 sv, 123 sv, 130, 132, 135, 142, 150, 153, 157, 159, 161, 163, 169, 177 sv, 182, 189, 191, 194 sv, 200, 203 sv, 209, 212, 217, 222, 236, 252, 273, 297, 323, 325 sv, 329, 331, 339, 358 sv, 364, 369, 371, 377 sv, 385, 388, 408, 412	
Faute intentionnelle.....	163, 178 sv
Fidélité.....	73
Fonds .30 sv, 68, 105 sv, 117, 142, 148, 150, 156 sv, 164 sv, 173, 177, 184, 207, 219, 221 sv, 245, 278 sv, 363, 377 sv, 380, 383	
Fraude fiscale.....	279

G

Garantie financière.....	30, 165 sv, 168 sv
Garanties.....	143, 146 sv, 156 sv, 161 sv, 166, 169, 172 sv, 184, 206, 225, 256, 258, 268, 288, 321, 351, 354, 370, 393, 414
Groupe.....	12, 40, 52, 56, 159, 181, 242, 251, 253, 314, 336 sv, 339

H

Honneur. 11, 14, 19, 25 sv, 36, 48, 97, 219, 230, 254, 296, 302, 318, 326, 330 sv, 336 sv, 345, 350 sv, 353, 359, 363 sv, 367, 369, 372 sv, 381, 384, 388	
Honoraires.23sv, 27, 32, 38, 48, 53, 67, 72, 77, 79, 100, 129, 144, 151 sv, 161, 180, 211, 223, 233 sv, 265, 281, 310, 318, 334, 363, 380, 383sv, 398	
Huissier.....	39, 56, 73, 197, 205

I

Illicite.....	52, 86, 148, 163, 172, 179, 202, 237, 274, 387
Immunité 36, 39 sv, 41, 77, 120, 122 sv, 209, 252, 282, 288 sv, 304 sv, 309, 312, 329 sv, 412, 415	
Incompatibilité.....	23, 24, 28, 152, 352, 149, 389
Indemnisation....	13, 34, 58, 64, 99, 101 sv, 177 sv, 182, 196, 210, 214 sv, 217, 279, 353, 365, 388
Indemnité.....	84, 135, 142, 158, 161, 177, 186, 213, 289
Indépendance.....	14sv, 15, 19, 21, 26 sv, 49, 76, 276, 351, 354, 367, 413 sv
Information. 20, 22, 37 sv, 54, 57 sv, 78, 82, 91, 104, 116 sv, 119, 123, 128, 130 sv, 137, 142, 145, 180, 191, 195 sv, 201, 226, 229, 242, 246, 258, 263, 266 sv, 270, 272, 274, 276 sv, 283 sv, 297, 303, 320, 367, 372, 396, 416	
Information à caractère secret.....	242, 270, 272, 274
Injonction.....	222, 376, 385 sv
Injure.....	27, 122, 290, 292, 299, 306
Instances disciplinaires.....	295 sv, 299 sv, 330, 358, 360, 380, 390, 398, 400, 408
Instruction.....	29, 79, 83, 118, 128, 183, 194, 206, 229, 251 sv, 255, 257, 259, 262 sv, 266 sv, 270, 276, 282 sv, 293 sv, 297 sv, 303 sv, 317, 320 sv, 326, 335, 372, 390, 392 sv, 399, 401
Intellectuelle.....	21, 25, 120, 137, 377
Interdiction de l'exercice professionnel.....	152, 313
Interdiction professionnelle d'exercer.....	152
Interdiction temporaire d'exercer.....	381
Intéressement.....	23, 49

Intérêt public.....	231, 236, 251, 315
Intermédiation.....	152
Irresponsabilité pénale.....	270
Irresponsable.....	29, 36, 40, 307, 334

J

JLD.....	262 sv, 266
Juge d'instruction.....	259, 262 sv, 266, 276, 283, 286, 297, 320 sv
Juge d'instruction.....	29, 267, 284, 372
Juge des libertés.....	262 sv, 297
Jurisprudence. 15, 35, 37 sv, 44, 49, 51 sv, 56, 58 sv, 64 sv, 67, 81, 87 sv, 95 sv, 99, 102, 110, 115, 118 sv, 126, 131 sv, 137, 141, 153, 172, 176, 179 sv, 186, 192 sv, 197 sv, 200, 205 sv, 208 sv, 213 sv, 216, 229, 235, 240 sv, 243 sv, 250, 257, 260, 266 sv, 270, 272, 291, 295 sv, 301, 303, 308 sv, 323, 332, 337, 350, 378, 387	
Justice. 7, 12 sv, 15 sv, 20, 22 sv, 25 sv, 30, 35, 38 sv, 53 sv, 63, 66, 69, 73, 75 sv, 82, 92, 101 sv, 107 sv, 113, 115, 119, 123, 125, 136, 151, 182 sv, 185, 188 sv, 197, 201, 203, 205 sv, 211, 213, 216, 223 sv, 229, 231, 236, 239, 241, 247, 251, 266, 276 sv, 279, 282 sv, 288, 290 sv, 296 sv, 328, 332 sv, 338, 348, 351, 355, 360, 362, 366 sv, 369 sv, 374, 376, 379, 383, 387, 390, 413 sv, 417	
Justiciable. 16 sv, 26, 31, 36, 38 sv, 42 sv, 49, 54 sv, 63, 65 sv, 68, 71 sv, 79 sv, 84 sv, 87, 92, 94 sv, 97 sv, 105, 113, 116 sv, 120 sv, 131 sv, 135, 138, 153 sv, 159, 177, 182 sv, 186, 188, 194, 196, 201, 203, 212, 219, 236, 247, 251, 257, 289, 300, 335, 353 sv, 360, 377, 392, 398, 413, 417	

L

Libérale.....	15, 21, 23, 31sv, 67 sv, 77, 153, 160, 191, 246, 316, 320, 338, 341, 351 sv, 413
Liberté. 2, 10 sv, 35, 42, 72 sv, 76, 120, 122, 159, 185, 199, 211, 228, 233, 237, 246, 258, 262 sv, 276, 284, 288 sv, 293, 295 sv, 301, 303 sv, 310, 341, 353, 409, 413	
Liberté d'expression.....	289 sv, 297 sv, 303 sv
Lien de causalité.....	53, 85, 97 sv, 105 sv, 121, 194
Litige. 36, 38 sv, 43, 65, 71, 77, 80, 83, 87, 92, 96, 102, 121, 131, 142, 153, 180, 187 sv, 191, 193, 211 sv, 234, 241, 297, 365, 367, 373, 392, 398 sv	
Loi Censia.....	23
Loi du 28 mars 2011.....	31, 139
Loi Hamon.....	68
Loi LME.....	31, 136, 145 sv
Louage d'ouvrage.....	77 sv
Loyauté.....	19, 73, 81 sv, 97, 195, 318 sv, 361, 367, 369, 371, 373
Lucre.....	18

M

Magistrat.....	31, 38, 184, 188, 228, 244, 257 sv, 264, 292, 297 sv, 301, 320, 361sv, 362, 368, 372, 374, 378, 398, 405, 416
Mandat.....	29, 32, 59, 71, 77 sv, 84, 88 sv, 96 sv, 106, 121, 123 sv, 134 sv, 139 sv, 143 sv, 147, 150 sv, 161, 163, 165, 185 sv, 189, 193 sv, 205 sv, 216, 280, 331, 352 sv, 365, 369, 371, 387, 407
Mandat ad litem.....	29, 59, 124 sv, 128, 206, 216
Mandataire sportif.....	145, 150 sv
Maniements de fonds.....	156, 169, 245, 279 sv
Manquement.....	39, 51 sv, 71, 80 sv, 85 sv, 88, 90, 92 sv, 96, 104, 106, 113 sv, 117, 119 sv, 128, 131, 135, 137 sv, 145, 152, 175, 177, 180, 185, 187, 191, 217, 234, 254, 292, 298, 300, 302, 305, 318 sv, 325 sv, 328 sv, 345, 355, 358 sv, 361 sv, 372 sv, 375 sv, 380 sv, 384, 386, 399 sv, 408, 413

Médecin.....21, 58 sv, 89, 111, 227 sv, 232, 235, 239 sv, 299
 Mercantile.....30, 41, 74
 Métier.....14, 16, 19 sv, 22, 26, 28, 30, 39 sv, 48, 94, 115, 153, 216, 227, 231, 346, 368, 416
 Mission...21, 36, 40, 42 sv, 56, 75, 79 sv, 82, 84, 88, 92, 94, 96, 107, 113 sv, 120, 123 sv, 128 sv, 131, 133, 136, 138, 141 sv, 146 sv, 154, 161, 163, 183, 190 sv, 198, 204 sv, 209, 216, 235 sv, 240, 242, 250 sv, 254 sv, 270 sv, 277, 280, 291, 294 sv, 300, 309, 318 sv, 336, 345, 352, 394, 397
 Missions. .6, 36, 39, 43 sv, 56, 68, 73, 92, 96, 108 sv, 112 sv, 117, 129, 135 sv, 143, 148, 151, 153, 183, 221, 272, 289, 300, 307, 312, 334, 353, 386, 413, 415
 Morale.....11 sv, 26, 32, 47 sv, 57 sv, 74, 124, 162, 167, 170, 181, 207 sv, 211, 226, 228, 231, 236, 238 sv, 297, 307 sv, 313, 315, 333 sv, 341 sv, 345, 350 sv, 362, 380, 400, 412

N

Négligence..29, 39, 44, 86 sv, 104, 106, 114, 118, 124, 130, 157, 159, 169, 179, 182, 196, 273, 412
 Non représentation de fonds.....168, 184
 Notaire.....25, 29 sv, 37, 39, 56 sv, 63, 67, 73, 88, 100, 110, 117 sv, 139 sv, 142 sv, 149, 156, 178, 197, 201, 204 sv, 219, 229, 329, 349, 407
 Nullité.....128, 135, 178, 189, 200, 244, 257, 260, 263, 267, 398 sv, 401, 406

O

Obligation..9, 15, 31 sv, 35 sv, 38 sv, 44 sv, 49, 51, 53 sv, 64 sv, 67 sv, 78 sv, 85 sv, 100, 103 sv, 107, 110 sv, 128 sv, 137, 140 sv, 145 sv, 152 sv, 156 sv, 161, 164 sv, 169, 175 sv, 190 sv, 195, 197, 199 sv, 203 sv, 213 sv, 226, 229 sv, 232, 234, 236 sv, 244 sv, 248, 252, 255, 257, 272 sv, 284, 286, 295, 302, 310, 318 sv, 322, 330, 336, 339, 343 sv, 351 sv, 354, 361, 363 sv, 367, 371 sv, 376 sv, 380 sv, 384, 388 sv, 396, 398, 401, 412, 417
 Obligation de conseil. 55 sv, 60 sv, 76, 88 sv, 116 sv, 119 sv, 123, 131, 133, 137, 140, 142 sv, 200, 204
 Obligation contractuelle 61, 69, 116, 120
 Obligation de diligence.....55, 96, 115, 130, 197, 205
 Obligation de moyens.....110 sv, 115 sv, 119 sv
 Obligation de résultat107
 Omission au Tableau.....377, 385 sv
 Ordre 13, 18 sv, 23 sv, 32, 41, 54, 65, 69, 75, 84 sv, 94, 126 sv, 137, 140 sv, 144, 147, 151 sv, 156 sv, 163 sv, 166, 168 sv, 172, 180, 183, 188 sv, 195, 199 sv, 212, 214, 222, 230, 232, 234 sv, 241, 244, 246 sv, 252 sv, 263, 265, 267, 276 sv, 280 sv, 283 sv, 290 sv, 294, 299, 313, 318, 320 sv, 324, 327, 333 sv, 336 sv, 340 sv, 348, 350 sv, 353, 359, 363, 365, 368 sv, 372 sv, 375 sv, 380 sv, 385, 387 sv, 390 sv, 395 sv, 401, 403 sv, 408 sv, 416
 Ordre public75, 157 sv, 180, 199 sv, 214, 232, 234 sv, 241, 244, 246, 248, 265, 267, 276, 280, 283 sv, 291, 373
 Organisation.....14, 19 sv, 29 sv, 40, 48, 259, 277, 319, 333, 336 sv, 342, 349, 362, 402, 409
 Outrage.....122, 290, 292, 299, 325

P

Paiement24 sv, 53, 74, 77, 99 sv, 105, 108, 117, 129, 143, 160 sv, 170, 202, 205, 210, 212 sv, 363, 379, 389
 Peine d'interdiction.....317, 322 sv
 Peines.....379, 416
 Perquisition.....225, 244, 252, 255 sv, 286
 Perquisition judiciaire.....256, 261, 264
 Perte de chance.....98, 101 sv, 108, 176, 217
 Plaideur.....7, 30, 26, 29, 38 sv, 41, 73, 96, 109, 111, 113, 116, 122 sv, 127, 288, 362, 369, 376
 Plaidoirie.....28, 96, 113, 116, 120 sv, 130, 293 sv, 297, 378, 383

Police	166 sv, 171 sv, 177 sv, 184, 212, 214, 252, 258, 264, 276, 286 sv, 320, 336
Postulation.....	30, 124, 206, 383
Pouvoir. 18, 23 sv, 31, 37, 49 sv, 56, 58 sv, 69, 74, 79, 91 sv, 103, 113, 119, 124 sv, 153, 159, 165, 179 sv, 186, 188, 196 sv, 207, 251 sv, 260, 262, 267, 284, 292, 296 sv, 300, 303, 310, 320 sv, 328, 331, 333, 337, 340, 342 sv, 346, 350, 360, 374 sv, 386 sv, 390, 392, 396, 398, 405, 407 sv, 415	
Préjudice...34, 54, 82, 84 sv, 97 sv, 142, 167 sv, 176 sv, 182, 189, 194, 197, 204 sv, 214, 235, 283, 306, 308, 409	
Prérogatives.....	29, 187, 262, 289, 315, 375, 391
Prescription. .51, 63, 67, 90, 130 sv, 147, 168, 178, 181, 187, 190 sv, 201, 206, 211, 215, 219, 225, 252, 262 sv, 272, 280, 282, 285, 307, 326, 330, 350, 354, 364, 380, 398, 414	
Présomption.....	83, 126 sv, 132, 134, 230, 252, 259, 278, 282 sv, 366, 369, 387, 401
Prestation. 15, 32, 36, 61, 66 sv, 73 sv, 78, 88, 111, 130, 137 sv, 153, 195, 207, 223, 229, 265, 352, 356, 364, 414	
Prestations de services.....	32
Primes.....	161 sv, 172 sv
Principe du contradictoire.....	369, 396, 407
Principes essentiels de la profession.....	19, 366
Privilège.....	13, 36, 40, 126, 204, 225, 289, 296, 300, 302, 331, 336, 355, 415
Probité.....	26, 97, 319, 350 sv, 414
Procédure amiable.....	210 sv
Procédure litigieuse.....	212 sv
Procès...13, 18, 27, 38, 65 sv, 74, 83, 101 sv, 109, 114 sv, 122, 124 sv, 132, 137 sv, 153, 185, 203, 206, 210 sv, 219, 239, 250, 262 sv, 277, 283, 286, 290 sv, 302, 306, 328, 345, 365, 367, 385, 395 sv, 398 sv, 401, 403 sv, 407	
Procès équitable.....	239, 250, 277, 283, 293, 295 sv, 385, 399, 401, 404, 407
Profession. 6, 14 sv, 18 sv, 28 sv, 41 sv, 54, 57, 59, 61, 68 sv, 77 sv, 83, 85 sv, 93 sv, 97, 110, 126, 134, 137, 139, 144 sv, 148, 150, 152 sv, 156, 159, 162, 165 sv, 169, 184, 187, 190, 207 sv, 216, 218 sv, 227 sv, 231, 239 sv, 244, 246, 253 sv, 257, 260 sv, 265 sv, 270 sv, 275 sv, 285 sv, 289, 293, 295 sv, 300 sv, 311, 313 sv, 331 sv, 335 sv, 338, 341, 343 sv, 366 sv, 375 sv, 382 sv, 390, 394, 398 sv, 409, 412 sv	
Profession ...6, 14 sv, 18 sv, 28 sv, 38, 42, 44, 46 sv, 49 sv, 57, 59, 68 sv, 78, 93 sv, 110, 137, 139, 144, 146, 148, 150, 152 sv, 156, 159, 162, 166, 169, 184, 187, 190, 207 sv, 216, 218, 220 sv, 224 sv, 227, 229, 231, 240 sv, 244, 253, 257, 260 sv, 266, 270 sv, 276, 278 sv, 285, 295, 300 sv, 303, 311, 313 sv, 326 sv, 331 sv, 335 sv, 338, 343 sv, 351 sv, 360, 362 sv, 368 sv, 372, 376 sv, 390, 394, 398 sv, 409, 412 sv	
Professions commerciales.....	28
Professions libérales.....	15, 42, 56 sv, 75, 78, 199, 342, 369
Proportionnalité.....	258, 266, 327, 330
Prudence 15, 35, 37 sv, 40, 44, 49, 51 sv, 56, 58 sv, 64 sv, 67, 81 sv, 87 sv, 93, 95 sv, 99, 102, 110 sv, 115, 118 sv, 126, 131 sv, 134 sv, 137, 141, 143, 148, 153 sv, 172, 176, 179 sv, 186, 192 sv, 197 sv, 200, 202, 205 sv, 208 sv, 213 sv, 216, 229, 235, 240 sv, 243 sv, 250, 257, 260, 266 sv, 270, 272, 278 sv, 291, 295 sv, 301 sv, 308 sv, 323, 332, 337, 350, 354, 364, 366 sv, 371, 378, 387	

Q

QPC.....	42, 388, 408 sv
----------	-----------------

R

Radiation.....	416
Radiation du Tableau.....	382
Rapporteur.....	390, 394 sv, 400 sv
Réclamation amiable.....	183

Réclamations.....	171, 173, 211
Récusation.....	402 sv
Rédacteur d'acte.....	37, 107, 138, 140 sv, 144, 190, 193
Réforme.....	30 sv, 59, 75, 123, 139, 164, 171, 177, 190 sv, 223, 233, 251, 263, 283, 345, 374, 378, 386 sv
Registre.....	147, 149, 152, 267, 306
Règlement des sinistres.....	194, 210
Réglementation.....	16, 24 sv, 42, 47, 94, 136, 223 sv, 246, 335
Règlements des conflits.....	211
Règlements pécuniaires.....	30, 221, 245, 281
Règles déontologiques.....	49, 53, 55, 58, 67, 93, 122, 162, 338, 342 sv, 355, 380, 398
Règles professionnelles.....	26
Réinscription au Tableau.....	381, 383
Rémunération.....	14
Réparation. .	12, 34, 53 sv, 75, 96, 98 sv, 103 sv, 118, 172, 182 sv, 189, 199 sv, 204, 207, 214, 277, 305, 366
Représentation.....	17 sv, 21 sv, 30 sv, 40, 56, 78, 80, 107, 109, 113, 119, 122 sv, 129 sv, 135, 152, 158, 165 sv, 173, 184, 191, 206, 277, 352, 364, 377 sv, 383, 399, 407
Requête en suspicion légitime.....	402
Responsabilité. 9 sv, 19, 28 sv, 50 sv, 62 sv, 68 sv, 74 sv, 87 sv, 96 sv, 100 sv, 113 sv, 116 sv, 120 sv, 124, 128, 130 sv, 140 sv, 145, 147, 150, 153 sv, 158 sv, 166, 168, 171, 173, 177, 179 sv, 182 sv, 190 sv, 199 sv, 212 sv, 219 sv, 224 sv, 242, 255, 270, 272, 274 sv, 282, 288 sv, 294 sv, 299 sv, 306 sv, 310 sv, 318, 328, 330, 332 sv, 340, 344 sv, 349, 358, 360, 363, 365 sv, 371, 378, 400, 410, 412 sv	
Responsabilité civile	36, 52, 180
Responsabilité délictuelle	45, 80 sv, 83 sv, 145, 202
Responsabilité disciplinaire. 31, 33, 46, 50, 52, 54, 90, 96, 216, 219 sv, 311, 328, 333 sv, 340, 344 sv, 349, 358, 363, 416	
Responsabilité pénale... 33, 219 sv, 224 sv, 255, 272, 274 sv, 294 sv, 312 sv, 328, 330, 414 sv	
Responsable 9 sv, 15, 29, 35 sv, 40, 64 sv, 77, 82 sv, 85, 104, 115 sv, 128, 132, 135, 150, 158, 182, 194, 198 sv, 203 sv, 207 sv, 213 sv, 236, 273, 297, 301 sv, 307, 334, 349, 413, 417	
Révolution.....	27, 40, 148, 240, 283
RIN... 2 sv, 5, 11, 13 sv, 19 sv, 23 sv, 26, 28, 32 sv, 35, 37, 39, 47 sv, 54, 59 sv, 62 sv, 65, 69, 72 sv, 76 sv, 81 sv, 85, 88, 90 sv, 93 sv, 100, 102 sv, 107 sv, 110, 115 sv, 118 sv, 122, 124, 127 sv, 131 sv, 134, 136, 140, 142, 144, 146, 148 sv, 154, 156 sv, 159 sv, 164 sv, 168, 173, 175, 177 sv, 180, 182 sv, 185 sv, 190, 194 sv, 200, 202 sv, 210, 215 sv, 219, 224, 226, 229 sv, 234 sv, 238 sv, 243 sv, 247 sv, 254, 257 sv, 265, 267 sv, 270, 274 sv, 280, 283 sv, 286, 288, 292, 294 sv, 298, 300 sv, 304, 306 sv, 311, 316, 318 sv, 322, 325 sv, 329 sv, 338 sv, 341 sv, 345 sv, 349, 352 sv, 373, 376 sv, 384 sv, 393, 395 sv, 399 sv, 406 sv, 412, 414 sv	
S	
Saisie informatique.....	260
Saisies.....	135, 252, 256, 259 sv, 370, 373
Saisies informatiques.....	259 sv
Salaire.....	23 sv, 78
Salariat.....	32
Sanctions. .6, 51, 75, 107, 157, 178, 221 sv, 225, 230, 243, 248, 276, 281 sv, 285, 288 sv, 305 sv, 312 sv, 316, 323, 327 sv, 336 sv, 340 sv, 345, 352, 358 sv, 364, 377 sv, 384 sv, 396, 399, 408	
Scellé fermé.....	262
SCP.....	32, 161, 207 sv, 222, 366
Secret de la correspondance.....	247 sv, 250, 253

Secret professionnel. 6, 20 sv, 24, 30, 32, 134, 149, 152, 179, 219, 225 sv, 239 sv, 251 sv, 264 sv, 268, 270 sv, 280, 282 sv, 294, 302 sv, 309 sv, 316, 355, 373, 415
 Serment 11 sv, 20, 23 sv, 49, 65, 97, 146, 228 sv, 236, 240, 290, 295, 300, 319, 326, 330, 346, 349, 351 sv, 354 sv, 363 sv, 367 sv, 380, 384
 Service.... 16, 19, 22 sv, 29, 32, 36 sv, 48 sv, 59, 61, 67, 69, 72, 75, 77, 138, 148, 198 sv, 224, 250, 299, 348, 354 sv, 358, 365
 Sinistre..... 35, 91 sv, 96 sv, 161, 167, 171 sv, 183 sv, 194, 209 sv, 377
 Société de courtage des Barreaux / SCB, 91 sv, 96 sv, 161 sv, 173, 184
 Sociétés en participation..... 31
 Sommation..... 32, 34, 36, 66 sv, 74, 167 sv, 170, 201, 223, 413
 Statut... 24, 28, 40, 50, 56, 159, 200, 205, 207, 209, 219, 244, 258 sv, 294, 315, 334, 352, 361, 384, 415
 Subrogation..... 212 sv
 Suspension provisoire..... 219, 320 sv, 359, 385 sv, 404

T

Tableau..... 24 sv, 94, 160 sv, 342, 350 sv, 377, 381 sv, 385 sv, 388, 398
 Tentative..... 242, 272, 338
 Tiers 13 sv, 20, 22, 27, 29 sv, 34 sv, 40 sv, 48, 51, 53, 56, 61 sv, 67, 72, 75, 77, 80 sv, 86, 97, 99, 101, 107, 109, 111, 124 sv, 133, 134sv, 144, 146, 149, 156sv, 166, 170, 172, 175, 177 sv, 181, 184, 188, 197, 202, 205, 213 sv, 219, 221, 224, 231, 240, 247, 249 sv, 252, 256, 259, 261, 265, 276, 279, 281, 285 sv, 292, 296, 306, 311, 319, 326, 356, 363, 367, 370 sv, 374, 377, 386 sv, 392, 396, 398, 401, 405, 409, 416
 Tracfin..... 149, 252, 277, 281
 Transaction..... 139, 143 sv, 163, 185, 210 sv, 277, 319, 371, 374, 382
 Transaction immobilière..... 139, 143

U

UNCA..... 279
 Usages..... 15, 31, 47 sv, 51, 94, 148, 241, 314, 357, 399

V

Victime. .13, 52, 64, 75, 77, 98 sv, 102, 104 sv, 108, 158, 167 sv, 172, 177 sv, 180 sv, 196 sv, 203, 209, 212 sv, 282 sv, 286, 306, 351, 413
 Vigilance..... 37, 88 sv, 95, 134 sv, 140, 177, 277, 279 sv
 Violation du secret..... 179, 219, 237, 241, 243 sv, 253, 255, 270, 282, 284 sv, 303, 310 sv, 316
 Voies de recours 91, 128, 130, 182, 365, 367, 398, 405