

Gazette du Palais

TRIMESTRIEL

VENDREDI 30, SAMEDI 31 AOÛT 2013

138^e ANNÉE

N° 242 à 2

PROFESSIONNELLE

GÉNÉRALISTE

SPÉCIALISÉE

Actualité

- « Prétendre que les juges doivent être neutres, c'est leur dénier le droit de penser »
entretien avec Matthieu BONDUELLE, ancien secrétaire général du SM

Actualité

Actualité

Actualité

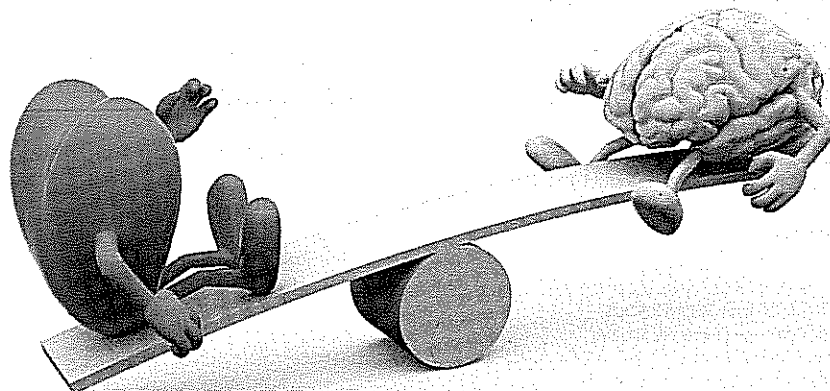
Doctrine

- Nouveau plaidoyer pour la libre communication par l'avocat des éléments d'un dossier pénal
par Vincent NIORÉ

Jurisprudence

Jurisprudence

- Chronique de jurisprudence de droit et de déontologie de la profession d'avocats
chronique par Jean VILLACÈQUE



Quand l'impartialité des juges s'invite dans le débat public

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

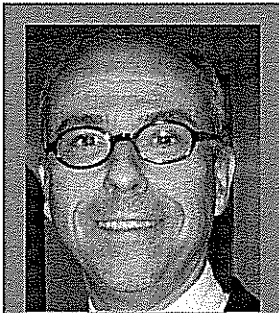
CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 RÉDACTIONNEL P. 1 à 24 RÉDACTION : 33, RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL. 01 56 54 16 00 / FAX 01 56 54 57 50 / COURRIEL redactiongp@lextenso-editions.fr
ABONNEMENTS : 33 RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL. 01 56 54 42 10 / FAX 01 56 54 42 11 / COURRIEL abonnementgp@lextenso-editions.fr

CAHIER 2 ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3] 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CE
INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / FORMALITÉS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / SERVEUR INTERNET J55 : <http://www.lextenso-editions.fr>

CAHIER 3 ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER] 12, PLACE DU DAUPHINE 75001 PARIS STANDARD : 01 44 32
INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / FORMALITÉS : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

Chronique de jurisprudence de droit et de déontologie de la profession d'avocats 141x3



Sous la direction de
Jean VILLAGÈQUE
Avocat au barreau des
Pyrénées-orientales,
ancien bâtonnier,
professeur associé à
l'université de Perpignan
(HDR)

L'essentiel

Comme le service des juridictions, cette chronique estivale est allégée. Elle n'en contient pas moins une sélection d'importantes décisions. Au premier chef, plusieurs arrêts de la chambre criminelle rendus le 24 avril 2013, évoluant vers une définition objective du secret professionnel. Un autre de la 1^{re} chambre civile (27 février 2013) renforce l'autorité du bâtonnier, consacrant son pouvoir discrétionnaire en matière de commission d'office.

Enfin, plusieurs arrêts statuent utilement sur, la régularité de la procédure disciplinaire (Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 2013, n° 12-12878 – CA Besançon, 27 févr. 2013) ; les limites de la compétence du bâtonnier, juge de l'honoraire (Cass. 2^e civ., 28 mars 2013, n° 12-17493) ; le conflit d'intérêt (CA Paris, 11 avr. 2013, n° 12/23228 – CA Aix-en-Provence, 2 mai 2013, n° 13/13386) ; le manquement à la délicatesse et à la modération, constituant une faute disciplinaire (CA Lyon, 18 avr. 2013, n° 12/06282).

Une fois de plus, on constatera pour s'en féliciter, que la jurisprudence définit, précise et enrichit la déontologie... et que l'inconduite de certains avocats en est à l'origine : comme Saint Augustin, on dira *felix culpa* !

PLAN

I. ACCÈS À LA PROFESSION, MODES D'EXERCICES ET PÉRIMÈTRE D'ACTIVITÉ.....	p. 15
II. CONFIDENTIALITÉS, CONFLITS D'INTÉRÊTS ET INCOMPATIBILITÉS	p. 18
III. RESPONSABILITÉ ET DISCIPLINE	p. 20

I. ACCÈS À LA PROFESSION, MODES D'EXERCICES ET PÉRIMÈTRE D'ACTIVITÉ

De *imperium* du bâtonnier en matière de commission d'office 143c2

L'essentiel Ne constitue pas une sanction disciplinaire la décision du bâtonnier de ne pas désigner tel avocat au titre de la commission d'office. C'est pertinemment que la Cour de cassation rappelle que la désignation d'un avocat d'office relève des pouvoirs discrétionnaires du bâtonnier.

Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 2013, n° 12-12878, ECLI:FR:CCASS:2013:C100206, M^e Y c/ M. le bâtonnier de l'ordre des avocats au barreau de Mamoudzou, D (cassation sans renvoi CA Saint-Denis de la Réunion, 19 sept. 2011), M. Gridel, cons. f. f. prés. ; SCP Bouilloche, av.

Commentaire par
Jean-Luc GAINETON
Docteur en droit, avocat
au barreau de Clermont-
Ferrand, ancien bâtonnier
Jean VILLAGÈQUE

Les pouvoirs du bâtonnier sont très variés. Il jouit de compétences de gestion, d'organisation, de représentation. Il est l'interlocuteur naturel des chefs de cour et de juridiction, ainsi que des directeurs de greffe.

L'un des pouvoirs les plus ancrés dans l'imagerie d'Épinal liée au barreau est celui de la désignation de l'avocat d'office. Selon la taille des ordres et la disponibilité d'un vivier plus ou moins riche, ces désignations se font, soit au sein de l'ensemble du barreau, soit parmi une liste de volontaires, soit selon l'ancienneté du serment. Mais, dans tous les cas, lorsque le bâtonnier désigne un avocat d'office, c'est au bénéfice du justiciable qui a besoin d'être défendu.

Jamais il ne peut s'agir pour un avocat d'exiger ou de prétendre, ou même d'imaginer, être commis d'office pour assurer sa survivance économique. Lorsque le bâtonnier procède à une telle désignation, il est censé le faire au

cas par cas ; si cela n'exclut pas une possible recherche d'équilibre pour que chaque avocat puisse placer le plus souvent possible ses qualités au service du justiciable, cette préoccupation doit demeurer secondaire. Le bâtonnier doit d'abord avoir à l'esprit l'intérêt du plaideur et se poser la question de savoir si, en désignant tel confrère, il peut décemment croire que telle personne, dans telle situation judiciaire, sera défendue aussi bien qu'elle est en droit de l'espérer.

C'est pourquoi, par exemple, en matière d'assises, il se peut que le bâtonnier estime que l'avocat qu'il désignera devra avoir fait ses preuves, ou jouisse au moins d'une certaine expérience. Mais le bâtonnier n'a pas à justifier les motifs qui le conduisent à commettre d'office. De même, il n'a pas à motiver ce qui le conduit à ne pas commettre d'office tel avocat pour tel justiciable. Et pas davantage à ne jamais désigner tel autre, fût-il volontaire. C'est tout simplement son pouvoir discrétionnaire ; c'est ce grand principe que la Cour de cassation vient de rappeler à bon escient.

Pour ce faire, elle se saisit de la mauvaise contestation élevée par un avocat qui apparaissait comme tenant un « comportement intolérable » et « insultant », contre lequel son bâtonnier « envisageait des suites déontologiques ». Le bâtonnier, vertement courroucé, prend la

mesure de l'impétie de son confrère et lui écrit que, « notwithstanding les suites déontologiques qui ne manqueront pas d'être tirées de cette attitude, je considère que vous êtes indigne d'être honoré de toute commission d'office ». Il le relève de toutes les commissions antérieures non exécutées et lui inflige un purgatoire de presque une année en lui annonçant qu'il ne le commettra plus pendant cette période... La formulation aurait pu paraître inappropriée et ambiguë aux juges. Aussi, l'avocat saisit la cour d'appel, prétendant que le bâtonnier a outrepassé ses prérogatives en s'érigeant en détenteur du pouvoir de discipline. Il veut ainsi obliger le bâtonnier à le commettre d'office...

Si la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, par arrêt du 19 septembre 2011, voit sa religion trompée, la Cour de cassation rétablit heureusement la situation. Ne s'arrêtant pas à la forme, peut-être un peu intrépide, choisie par le bâtonnier pour exprimer à l'avocat son mécontentement, elle casse et annule sans renvoi. En plaçant la commission d'office au niveau des devoirs qui s'imposent aux avocats, elle la retire du champ de leurs chimériques prérogatives.

En décidant de ne pas, ou de ne plus, désigner d'office l'un de ses confrères, le bâtonnier n'exerce pas de pouvoir disciplinaire, il ne fait que juger souverainement de sa capacité à assumer la défense qui pourrait lui être confiée, selon des critères discrétionnaires.

De la détermination du montant des honoraires à la détermination de leur débiteur ^{143b8}

L'essentiel La juridiction du bâtonnier en matière d'arbitrage de l'honoraire voit sa compétence limitée à en déterminer le montant sans pouvoir rechercher qui en est débiteur.

Cass. 2^e civ., 28 mars 2013, n° 12-17493, ECLI:FR:CCASS:2013:C200467, Sté Ravasio-Vernhet c/ Chambre de commerce et d'industrie de La Rochelle, PB (cassation CA Montpellier, 16 févr. 2012), M^{me} Flise, prés., M. Breillat, cons. rapp., M. Girard, av. gén. ; M^e Carbone, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.

Note par
Daniel LANDRY
Avocat honoraire au
barreau du Mans, ancien
bâtonnier
Jean VILLAGÈQUE

Le juge du montant des honoraires n'est pas celui de la détermination du débiteur, mais cette recherche n'est pas toujours aisée, ce qui doit inciter l'avocat à la plus grande prudence, tant en amont qu'en aval de son

intervention.

Le juge du montant des honoraires ne peut déterminer qui en est le débiteur : c'est là la leçon principale de l'arrêt commenté, qui sera publié au *Bulletin*.

On sait que, face à une demande de recouvrement forcée des honoraires, certains clients de l'avocat ont une imagination fertile pour trouver des motifs de ne pas payer. Ce faisant, ils tentent d'entraîner le bâtonnier et en appel le premier président, sur un terrain autre que celui de la fixation du seul montant des honoraires. Ils y arrivent parfois, si le juge de l'honoraire, d'une part, se persuade que le client de l'avocat a quelques raisons d'être mécontent, et,

d'autre part, s'il perd de vue les termes pourtant clairs de l'article 174 du décret 91-1197 du 27 novembre 1991, que vient au surplus éclairer l'alinéa 2 de l'article 51 du Code de procédure civile (CPC), édictant que, sauf disposition particulière, les juridictions d'exception ne connaissent que des demandes incidentes entrant dans leur compétence d'attribution.

Le regretté bâtonnier Blanchard citait un certain nombre d'exemples de reproches régulièrement faits à l'avocat que le juge de l'honoraire ne peut prendre en compte pour réduire ou supprimer leur montant ⁽¹⁾ :

- d'avoir engagé une action à l'évidence prescrite et donc vouée à l'échec (Cass. 2^e civ., 10 juin 2010, n° 09-11914) ;
- d'avoir effectué des actes sans l'accord du client, manqué à ses obligations de conseil et d'information justifiant une diminution de moitié du montant des honoraires (Cass. 2^e civ., 6 mai 2010, n° 09-65389) ;
- d'avoir accompli, dans une instance, des diligences qui se sont avérées inutiles (Cass. 2^e civ., 17 déc. 2009, n° 09-10493).

Mais le cas le plus fréquent est celui où le juge de l'honoraire accepte de s'aventurer sur le terrain de l'appréciation de la responsabilité de l'avocat. Pourtant, là encore, la Cour de cassation n'a cessé de répéter que le bâtonnier et, sur recours, le premier président, ne peuvent connaître, même à titre incident, de la responsabilité professionnelle

(1) D. 2011, pan. Avocats, p. 558.

de l'avocat, laquelle relève exclusivement du juge de droit commun ⁽²⁾.

L'espèce commentée concerne un autre aspect de la question... Devant le juge de l'honoraire, la personne en cause fait parfois valoir qu'elle n'est pas la débitrice et que le paiement incombe à une autre. Ici donc, une chambre de commerce faisait valoir que l'avocat avait travaillé dans le seul intérêt de celui qui était son président, avant d'être démis par le préfet et de voir son élection annulée par le tribunal administratif et ce, en dehors de toute discussion sur la qualité des prestations et le montant des honoraires. Dès lors, et au visa de l'article 174 du décret du 27 novembre 1991, la Cour de cassation énonce que la procédure en matière d'honoraires d'avocats concerne les seules contestations relatives à leur montant et à leur recouvrement (à l'exclusion de celles afférentes à la désignation du débiteur). La Cour de cassation s'était déjà prononcée en ce sens ⁽³⁾. Bernard Blanchard ajoutait que le juge de l'honoraire « doit simplement constater que la personne concernée a sollicité le concours de l'avocat. Il n'a pas à surseoir à statuer si une contestation est élevée sur l'identification du débiteur » ⁽⁴⁾. Il ne peut se prononcer sur l'éventuel litige opposant une copropriété à son syndic, sur la capacité de celui-ci à signer une convention d'honoraires de résultats ⁽⁵⁾.

Deux annotateurs précités de l'arrêt présentement commenté ⁽⁶⁾ ont relevé que, dans deux arrêts plus récents, la deuxième chambre civile ⁽⁷⁾ paraissait s'acheminer vers l'acceptation de la détermination du débiteur dans le cadre de l'article 174 précité. Et de souligner que l'arrêt du 28 mars 2013 constituerait un revirement. Un autre commentateur ⁽⁸⁾, intitulant sa note critique « La schizophrénie kafkaïenne de la procédure de recouvrement d'honoraires », fait trois remarques pleines de bon sens, à savoir :

– tout d'abord, que si l'on veut s'en tenir au texte de l'article 174 du décret du 27 novembre 1991, il ne faut pas oublier qu'il vise aussi le recouvrement, et que ce terme implique de savoir contre qui ;

– en second lieu, que cet article est à replacer dans le cadre de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, laquelle, au 6° de son article 53, a confié au bâtonnier « la procédure de règlement des contestations concernant le paiement des frais et honoraires des avocats », ce qui est plus large que le seul contentieux du montant et du recouvrement ;

– enfin, que la situation actuelle est parfois inextricable et mériterait d'être simplifiée tant elle rend le recouvrement aléatoire.

Si, effectivement, la situation devrait appeler une clarification du texte pour une simplification de la procédure, il n'empêche que, d'ores et déjà, le praticien doit tout faire pour qu'il y ait le moins de doutes et discussions possibles sur l'identité du débiteur des honoraires.

Pour ce qui est de la facilitation de la détermination du débiteur des honoraires, la complexité des dossiers et des situations fait que, dans certains cas, le doute est permis sur le point de savoir qui doit payer l'avocat ; d'autant plus que la notion de mandat ne répond pas forcément à la question, d'une part, parce qu'au moins vis-à-vis des tiers, l'avocat n'a, sauf exceptions, pas à justifier procéduralement de son mandat (article 416 du Code de procédure civile) et, d'autre part, parce que ce mandat peut avoir été donné – certes avec l'accord réel, ou présumé, du client final –, par un autre (hypothèse d'une compagnie d'assurance). C'est encore le cas quand une administration fait appel à un avocat pour défendre l'un de ses fonctionnaires dans le cadre de l'article 11 du statut de la fonction publique (loi n° 83-634, 13 juillet 1983), l'avocat a intérêt à ce que soit bien déterminé le cadre exact de son intervention et celui de la prise en charge de ses honoraires. C'est donc à l'avocat d'être vigilant, par exemple lorsque quelques personnes viennent le voir en lui demandant d'agir pour une indivision, en s'assurant que tous ceux qui la composent l'ont bien mandaté. De même, il doit vérifier, lorsqu'une association, ou tout groupement, lui demande d'occuper en demande ou en défense, si ses dirigeants lui ont donné mandat. En outre, et quel que soit le client, il est recommandé de faire signer une convention d'honoraires, même lorsqu'elle n'est pas obligatoire : c'est là une précaution en aval de l'intervention.

Enfin, faut-il rappeler, pour mémoire, que certains différends relatifs au paiement d'honoraires peuvent échapper à la procédure spéciale de l'article 174 du décret du 27 novembre 1991. Par exemple la contestation d'honoraires relative à un marché public de prestations juridiques, laquelle relève du tribunal administratif ; de même le différend entre deux avocats, dont l'un a été le « sous-traitant » de l'autre, qui est de la compétence du bâtonnier mais dans un autre cadre, à savoir celui de l'article 179-1 du décret du 27 novembre 1991.

(2) Cass. 2^e civ., 26 mai 2011, n° 10-12728 : JCP G 2011, n° 783, p. 306, B. Travier et R. Guichard.

(3) Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 1999, n° 97-22424 – Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2001, n° 99-19481 – Cass. 1^{re} civ., 18 juin 2002, n° 00-21266.

(4) Cass. 2^e civ., 5 mars 2009, n° 06-13427 : D. 2009, pan. Avocats, p. 2709.

(5) Cass. 2^e civ., 3 avr. 2008, n° 07-11997.

(6) B. Travier et R. Guichard, « Le juge de l'honoraire et la détermination du débiteur : la Cour de cassation fait marche arrière » : JCP G 2013, n° 636, p. 1101.

(7) Cass. 2^e civ., 5 mars 2009, n° 06-13427 : Bull. civ. II, n° 64 – Cass. 2^e civ., 10 nov. 2010, n° 09-15642.

(8) Gaz. Pal., 5 mai 2013, p. 9, 129y6, D. Piau.

II. CONFIDENTIALITÉS, CONFLITS D'INTÉRÊTS ET INCOMPATIBILITÉS

Libre défense et nécessaire protection de la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client 143c0

L'essentiel Il semble que la jurisprudence de la chambre criminelle évolue vers une conception objective du secret professionnel ; le barreau ne peut que s'en féliciter.

Cass. crim., 24 avr. 2013, n° 12-80331, ECLI:FR:CCASS:2013:CR01858, Sté Medtronic France, PB (cassation partielle CA Paris, 15 nov. 2011), M. Louvel, prés. ; SCP Baraduc et Duhamel, SCP Pivnica et Molinié, av. - Cass. crim., 24 avr. 2013, n° 12-80332, ECLI:FR:CCASS:2013:CR01873, Sté Alain X Franchiseur, D (cassation partielle CA Paris, 25 oct. 2011), M. Louvel, prés. ; M^e Blondel, SCP Baraduc et Duhamel, av. - Cass. crim., 24 avr. 2013, n° 12-80335, ECLI:FR:CCASS:2013:CR01924, Sté Saint-Gobain Isover, D (cassation partielle CA Paris, 25 oct. 2011), M. Louvel, prés. ; SCP Baraduc et Duhamel, SCP Odent et Poulet, av. - Cass. crim., 24 avr. 2013, n° 12-80336, ECLI:FR:CCASS:2013:CR01925, Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées, D (cassation partielle CA Paris, 25 oct. 2011), M. Louvel, prés. ; SCP Baraduc et Duhamel, SCP Pivnica et Molinié, av.

Note par

Bertrand de Belval
Docteur en droit, avocat
au barreau de Lyon,
membre du conseil de
l'ordre
Jean VILLACÈQUE

La recherche de la vérité, via des saisies informatiques, permet-elle de s'affranchir de la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client ? Autrement dit, le client peut-il invoquer le bénéfice d'une

exception de secret professionnel dès lors qu'un service enquêteur tente de récupérer des éléments de preuve qui portent sur ses échanges avec son avocat ? La question est lancinante et de nombreux arrêts récents ont pu rogner sur le secret professionnel et la confidentialité⁽¹⁾. En attendant une réforme annoncée de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971⁽²⁾ pour consacrer une conception objective du secret professionnel (alinéa 3 : « le secret professionnel couvre tous les échanges entre l'avocat et son client et les documents de travail, notamment les correspondances, les consultations, les notes d'entretien, agendas, relevés de diligences, notes d'honoraires et, plus généralement, toutes informations fournies ou intéressant le client, les pièces du dossier, quel qu'en soit le support, y compris dématérialisé, en quelque lieu qu'ils se trouvent »), la Cour de cassation tisse sa jurisprudence.

Dans quatre arrêts du 24 avril 2013, la haute juridiction reprend un visa commun : « (...) le pouvoir, reconnu aux agents de l'Autorité de la concurrence par l'article L. 450-4 du Code de commerce, de saisir tous documents et supports informatiques, trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense ». Ce faisant, la Cour casse des ordonnances d'un premier président qui avaient refusé d'annuler la saisie de documents ou messageries qui auraient pu comporter des échanges entre l'avocat et son client. Pour la Cour de cassation, il était nécessaire de rechercher si des pièces et supports informatiques dont la saisie était contestée étaient, ou non, couverts par le secret professionnel entre un avocat et son client. Ne l'ayant pas fait, la décision s'exposait à la censure, quand bien même lesdites pièces n'auraient été utilisées dans le cadre de l'instruction en cours.

Ces arrêts méritent d'être salués, car la protection du secret professionnel avait plutôt tendance, ces derniers temps, à fondre comme neige au soleil⁽³⁾. Le renvoi à l'exercice d'une libre défense, à la protection des droits de la défense n'est pas nouveau⁽⁴⁾. Ce rappel n'est cependant pas de pure forme, vu l'évolution récente. Est-ce un coup d'arrêt à tout ce qui contribue à la « manifestation de la vérité » ? Une pause dans une transparence qui, comme disait l'humoriste, vise à « laver plus blanc que blanc » ? Une hypocrisie quand on sait qu'une fois que le mal est fait, il est difficile de remonter contre le courant même si les pièces litigieuses sont ensuite écartées des débats... Quoi qu'il en soit, il revient aux avocats de faire respecter ce secret professionnel et cette confidentialité des échanges car il en va, tant de l'intérêt de leur client, que de la garantie de leur statut de défenseur. Comme l'écrit le préfacier d'un ouvrage magistral issu d'une thèse⁽⁵⁾, « entre la loi du silence et la transparence, le secret professionnel apparaît bien comme le gardien des consciences, non pas pour être complice et complaisant ou encore pour cacher une situation délictueuse, mais pour en appeler à toujours plus de vérité ». La libre défense n'est donc pas l'adversaire de la transparence et de la vérité : elle en est la condition préalable et la décision rendue, *a fortiori* si elle entraîne une sanction, pèsera d'un poids plus lourd.

(1) Cass. crim., 31 mars 2012, n° 11-85464 : Gaz. Pal. 26 juin 2012, p. 18, JO171, B. de Belval et J. Villacèque - Cass. crim., 16 oct. 2012, n° 11-88136 : Gaz. Pal. 18 déc. 2012, p. 17, J1982, B. de Belval et J. Villacèque.

(2) Résolution du CNB adoptée par l'AG des 14-15 septembre 2012.

(3) P. Henrion-Jacquet, « Que reste-t-il du secret des correspondances entre l'avocat et son client ? » : D. 2013, 1429.

(4) E. Camous, « Les saisies en procédure pénale : un régime juridique éparpillé » : Dr. pén. 2010, n° 2, étude 5.

(5) B. du Puy-Montbrun, *La détermination du secret chez les ministres du culte, Le secret pastoral en droit canonique et en droit français*, éd. L'Échelle de Jacob, 2012.

Du contentieux d'instance à la faute déontologique, retour sur le conflit d'intérêts 143c6

L'essentiel Les cours d'appel de Paris et d'Aix-en-Provence rappellent pertinemment les conditions d'existence d'un conflit d'intérêts, notion invoquée parfois à tort et à travers dans le cadre d'une procédure.

CA Paris, 11 avr. 2013, n° 12/23228, M. Bichard, prés., M^{me} Van Ruymbeke, prés., M^{me} Vidal, prés., M^{me} Marion, cons., M^{me} Gueguen, cons. ; M^e Dell'asino, av. - CA Aix-en-Provence, 2 mai 2013, n° 13/13386, M. A et M. S c/ SARL financière parfret et SAS exploitation des domaines de la bastide blanche et la croix, M^e Merger, Jourdan et Guedj, av.

Note par
Francine MARIÈRE-
LAMBERT
Docteur en droit, avocat
au barreau de Lyon
membre du conseil de
l'ordre
Jean VILLACÈQUE

Véritable plaie du monde moderne, le conflit d'intérêts est strictement encadré par la déontologie ⁽¹⁾. Pour autant, il continue de susciter des décisions car il y a une propension à utiliser l'exception déontologique comme un

moyen de défense de fond, qui viendrait affaiblir l'une des parties. Cette instrumentalisation de la déontologie comporte néanmoins un intérêt majeur, à l'instar finalement de toute jurisprudence, dans la mesure où elle contribue à poser ou rappeler les règles. L'espèce aixoise opposait des parties relativement à une question de droit immobilier, dont le sort importe peu. Ceci étant, l'une des parties avait soulevé, dans ses seules écritures (à défaut de saisir le bâtonnier), le fait que l'avocat de son contradicteur doive se déporter car il avait été son propre avocat dans un autre litige – ce qui n'était par ailleurs pas contesté. Par conséquent, se posait la question de savoir si un avocat peut être le conseil d'une autre partie après avoir été celui de son contradicteur, sans manquer à ses obligations liées au conflit d'intérêts.

La cour d'Aix rappelle la règle classique, et souvent mal connue, selon laquelle « l'avocat ne peut accepter d'affaires de nouveaux clients si les informations données par un ancien client risquent d'être violées ou lorsque la connaissance par l'avocat des affaires de l'ancien client favoriserait le nouveau client ». Au cas présent, la cour

insiste sur le fait que ce texte n'interdit pas « de façon générale » à un avocat de défendre un nouveau client contre l'ancien. Il faut (et suffit) que le secret des informations personnelles puisse être violé ou que la connaissance des affaires de l'ancien client ait des chances d'avantager le nouveau. Or, aucune preuve n'était rapportée relativement à ces deux situations génératrices du conflit d'intérêts. Par conséquent, il fut débouté.

Dans une autre instance, la cour d'appel de Paris a considéré, cette fois, que l'avocat de l'ancien client devait se déporter car disposant « incontestablement d'informations précieuses sur le fonctionnement de la politique sociale de l'association dont il pourrait faire usage dans le cadre du litige actuellement pendant devant le conseil des prud'hommes ». En complément, la cour fournit une utile précision sur la portée de la décision du bâtonnier tiers (saisi lorsque deux bâtonniers de barreaux différents s'opposent) ; l'arrêt indique que son « avis et/ou opinion qui n'a que la valeur d'une recommandation destinée à éclairer celui qui en bénéficie (...) est dénué de caractère contraignant à l'égard de son destinataire qui peut le suivre ou non (...) ». Ceci étant, l'usage veut que sa décision soit respectée et l'avocat qui ne le ferait pas s'expose à des risques disciplinaires.

Ces arrêts sont d'une parfaite orthodoxie déontologique. Le « conflit d'intérêts » ne doit pas être le prétexte à tout incident ; encore faut-il que cela mette en cause le secret professionnel ou confère un avantage créant ainsi un déséquilibre. Ce qui doit être vérifié cas par cas. Nonobstant cela, on ne peut qu'inciter à la prudence quand l'avocat décide d'intervenir pour le compte d'un nouveau client contre un ancien. Mais, hors les critères précités, c'est la délicatesse qui entre en scène. S'agissant d'un particulier au contentieux non récurrent, comme le serait un institutionnel, il est de bonne pratique d'éviter ces situations. Le client ne doit pas avoir l'impression que l'avocat « retourne sa veste ». Ce n'est guère juridique, mais c'est ce qui fait aussi la force de l'avocat : il est, et demeure, le défenseur à qui l'on a confié des secrets. La loyauté n'est plus juridique, elle est éthique, déontologique : la conscience prend le relais du droit. Point d'obligation donc, sauf les conditions fixées. Mais parfois un devoir de conscience ⁽²⁾.

(1) Article 7 du décret du 12 juillet 2005, repris par l'article 4-1 du RIN.

(2) « Les conflits d'intérêts » : D. 2013, p. 271 et s.

III. RESPONSABILITÉ ET DISCIPLINE

L'application en faveur de l'avocat poursuivi, de la loi nouvelle en matière disciplinaire

143c5

L'essentiel C'est par rapport à la partie poursuivie que s'apprécie le caractère bienveillant ou non d'une loi nouvelle. En matière disciplinaire, comme en droit pénal, privilégier l'autorité poursuivante reviendrait à priver l'avocat poursuivi d'un procès équitable au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 2013, n° 12-15338, ECLI:FR:CCASS:2013:C100208, M^e Z c/ le bâtonnier de l'ordre des avocats au barreau de Périgueux, D (cassation CA Bordeaux, 10 févr. 2012), M. Gridel, cons. f. f. prés. ; SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, av.

Commentaire par
Jean-Luc GAINETON
Jean VILLACEQUE

L'histoire commence dans une jolie bourgade, peu avant Noël 2005, lors d'un dépouillement de scrutin en vue de l'élection des

membres du conseil de l'ordre. L'avocat scrutateur, M^e Z, énonce à haute voix le libellé des bulletins de vote trouvés dans l'urne. Et nul n'étant mieux servi que par soi-même, profitant de l'occasion de jouir de la double qualité de candidat et de scrutateur, compte cinquante-six bulletins à son nom là où d'autres, quelques minutes plus tard, par deux fois, n'en retrouvent que douze.

Après bien des péripéties, la Cour de cassation met à bas toute la procédure disciplinaire lancée à l'encontre de M^e Z par le bâtonnier de Périgueux devant le conseil de discipline du ressort, la cour d'appel de Bordeaux.

Le bâtonnier de Périgueux avait poursuivi sur le fondement de l'article 188 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, en reprochant l'altération volontaire de la sincérité des élections. Là, s'engage un bras de fer à l'initiative de M^e Z, qui, faut-il le rappeler, non seulement n'avait vu aucun inconvénient à être lui-même candidat et scrutateur, mais aussi contestait les rapporteurs désignés par le conseil de l'ordre pour instruire le dossier par rapport aux exigences d'impartialité tirées de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. La cour d'appel de Bordeaux, par arrêt du 27 février 2006, rejeta la requête en suspension légitime, puis, le 15 juin 2006, confirma la décision du conseil de discipline, déclarant coupable M^e Z et le radiant du barreau.

La Cour de cassation, par arrêt du 2 avril 2009, casse et annule en estimant que le principe d'impartialité doit être recherché comme une qualité des rapporteurs, alors que la cour de Bordeaux avait estimé que la question était hors-sujet. La cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi le 14 septembre 2010, admet la récusation des deux rapporteurs. Le 25 janvier 2011, le bâtonnier de Périgueux reprend la procédure disciplinaire et le conseil de l'ordre désigne deux rapporteurs... Avant que ne soit déposée une nouvelle requête en récusation, à laquelle, las, les intéressés acquiescent...

Le 17 février 2011, le bâtonnier saisit alors le premier président pour voir « dépayser » l'instruction du dossier afin qu'aucun nouveau risque de violation de la Convention européenne ne survienne. Par ordonnance du 15 juillet 2011, le barreau de Bordeaux est désigné et, le 5 septembre 2011, nommé en conseil de l'ordre deux rapporteurs. Le 7 octobre suivant, voici que le bâtonnier forme un recours devant la cour d'appel de Bordeaux, en application des articles 16 et 197 du décret susvisé, contre la décision implicite de rejet des poursuites disciplinaires faute de décision dans le délai de huit mois fixé par l'article 195.

C'est sans compter sur un détail d'importance... Ce délai de huit mois était, antérieurement au décret n° 2007-932 du 15 mai 2007, de six mois seulement (décret n° 2005-531 du 24 mai 2005). Il s'en suit que la relance de la procédure dans le délai nouveau, plus large, un mois après l'expiration des huit mois, est tardive et inopérante... Le bâtonnier de Périgueux tente finalement de faire juger que l'allongement du délai de six à huit mois, survenu au cours de la procédure disciplinaire, étant favorable à l'autorité poursuivante, il convient d'en tenir compte à son bénéfice. C'est sans surprise que le lecteur de l'arrêt final du 27 février 2013 observera que la Cour de cassation ne l'entend pas ainsi.

En matière disciplinaire, comme au pénal, le caractère favorable ou défavorable de la loi nouvelle doit évidemment s'apprécier au regard de la partie poursuivie et non de la partie poursuivante. En décider autrement viendrait à priver d'un procès équitable la partie poursuivie. On regrettera que le comportement de M^e Z n'ait pu être sanctionné : *summum jus, summa injuria* !

Les rapporteurs ne peuvent être juges dans le conseil de discipline 143c7

L'essentiel Ne peut être qualifié d'impartial tout membre de la juridiction disciplinaire ayant fait connaître une position antérieure constituant un « préjugement » sur les poursuites.

CA Besançon, 27 févr. 2013, n° 13/208 et 81/13, M^e X c/ Ordre des avocats du barreau de Haute-Saône, M. Mallard, 1^{er} prés., M^{me} Favre, prés., M. Poller, cons., M^{me} Theurey-Parisor, cons., M^{me} Hua, cons. ; M^e Claude, av.

Note par
Jean VILLACÈQUE

La mise à néant de poursuites, par la juridiction du second degré, au motif d'un manquement à l'impartialité d'un membre du conseil de discipline est inévitable. Elle a malheureusement pour conséquence de laisser impuni des comportements méritant sanction.

On ne saurait trop recommander aux bâtonniers d'être extrêmement vigilants dans la mise en œuvre de la poursuite disciplinaire et dans la composition du conseil de discipline⁽¹⁾. Il est parfois stupéfiant de constater que les

avocats, souvent excellents processualistes, peuvent, en devenant juges, oublier des principes fondamentaux dont les conséquences sont considérables⁽²⁾...

En l'espèce, alors que le bâtonnier interrogeait un de ses confrères, mis en cause par un plaideur, il n'obtenait en guise de réponse qu'une accusation de « parti pris ». Le comportement de cet avocat était particulièrement blâmable, puisque refusant à l'autorité légitime et compétente d'accomplir sa mission. Les rappels à l'ordre étant restés sans effet, le bâtonnier provoquait, à bon droit, la poursuite disciplinaire ; l'instruction était confiée à un membre du conseil de l'ordre, lequel concluait à la réalité de l'infraction déontologique et ensuite, n'hésitait pas à siéger au sein du conseil de discipline.

Au visa de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, la censure par la cour d'appel de Besançon, conformément à l'avis de son parquet général, était inévitable... Comme dans l'espèce précédemment commentée, le droit triomphe mais, hélas, triomphe aussi l'avocat oublieux de son serment et de ses devoirs !

(1) H. Ader, A. Damien, *Règles de la profession d'avocat, 2011-2012*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2011, 13^e éd., § 83.35, p. 705.

(2) Cass 1^{er} civ., 20 oct. 2011, n° 10-24662 : Gaz. Pal. 13 déc. 2011, p. 19, I8108, J.-L. Gaineton et J. Villacèque.

Mots et maux, suite mais pas fin... 143c8

L'essentiel Constitue une faute disciplinaire pour un avocat le fait de qualifier de « traître génétique » le membre du ministère public auquel il s'est opposé lors d'un procès d'assises.

CA Lyon, 18 avr. 2013, n° 12/06282, Procureur général c/ M^e S., M. Gager et M^{me} Cuny, prés., M. Martin, M. Semeriva et M. Ficagna, cons. ; M^e Chaîne et Jakubowicz, av.

Note par
Bertrand de BELVAL
Jean VILLACÈQUE

Véritable partie en « cinq sets », l'affaire des propos tenus par M^e S à l'égard de l'avocat général B le qualifiant de « traître génétique » dans le dossier dit du « gang des barbares », se poursuit. Saisie après renvoi de cassation⁽¹⁾, la cour d'appel de Lyon, par arrêt du 18 avril dernier, a considéré fondées les poursuites disciplinaires contre M^e S, prononçant la peine d'avertissement. Si cet arrêt semble déjà avoir fait l'objet d'un pourvoi, sans doute en prélude d'une saisine future de la Cour européenne des droits de l'Homme, il n'en demeure pas moins que sa rédaction soignée est très instructive, voire pédagogique. Il faut dire que la défense ne laisse rien passer et c'est tant mieux, pour susciter une motivation de qualité. En premier lieu,

elle soulevait l'inconventionnalité des dispositions réglementaires sur lesquelles les poursuites se fondaient, au motif, d'une part, qu'elles portaient atteinte au principe de la légalité et, d'autre part, que la modération et la délicatesse ne caractérisent pas un besoin social impérieux pouvant s'analyser comme une mesure nécessaire au sens du § 2 de l'article 10 de la Conv. EDH, permettant une sanction proportionnée au but poursuivi par cette restriction. En second lieu, elle rappelait le contexte du dossier et les relations, à tout le moins difficiles, entre M. B et M^e S, les propos litigieux devant s'analyser comme une provocation qui n'avait pas pu heurter la délicatesse et la sensibilité du magistrat puisqu'il n'avait jamais jugé utile d'engager des poursuites. Bien plus, selon M^e S, M. B s'était déclaré « très heureux » de cette situation et avait poursuivi la polémique publique en tenant également des propos peu élogieux sur M^e S, qualifié de « petit homme » (au figuré). Ainsi, le manquement à la délicatesse et à la modération n'était pas caractérisé.

Dans ce contexte tendu, assez symptomatique là où la justice exige une sérénité de ses serviteurs, la cour est pertinemment restée sur le strict terrain de la déontologie. L'arrêt mérite d'être lu *in extenso*, tant chaque mot semble avoir été choisi. Servi par une langue claire, un style dépouillé et une brièveté qui confine à l'essentiel, l'arrêt répond à l'ensemble des moyens soulevés. Sur la prétendue absence de précision des termes de modération et de délicatesse, la cour rappelle que les mots ont un sens, que ce soit par référence à la langue ou aux usages judiciaires en la matière (§ 23). Sauf à verser dans le

(1) Cass. 1^{er} civ., 4 mai 2012, n° 11-30193 : Gaz. Pal. 26 juin 2012, p. 21, J0171, B. de Belval et J. Villacèque.

nominalisme et le panjuridisme, le renvoi au « français » reste un motif d'exégèse et d'herméneutique sérieux pour qualifier une situation. En conséquence, il n'y a aucun manquement au principe de légalité, ni aux principes de prévisibilité et de sécurité juridiques. Ce faisant, la restriction à la liberté d'expression découlant de l'article 10 de la Conv. EDH et tendant à protéger autrui et l'autorité judiciaire n'était pas contraire à cette norme. C'est pourquoi, le motif d'inconventionnalité écarté, la cour se devait de qualifier les propos litigieux. Elle a considéré qu'au-delà du contexte lourd, l'expression de « traître génétique » manifestait « une animosité personnelle à l'égard du magistrat en charge de l'accusation, exprimée sans nécessité et ne [traduisant] aucune idée, aucune opinion, ou aucune information susceptible d'alimenter une réflexion ou un débat d'intérêt général, dans une démocratie » (§ 26). De plus, ces propos avaient, « à l'évidence, un caractère outrageant pour l'avocat général en charge de l'accusation et pour sa personne » (§ 27). Enfin, comme pour répondre à l'exception de provocation qui était osée, la cour indique : « ni la compassion avec sa cliente, ni la maladresse de l'avocat, provoqué dans son être et dans l'exercice de sa mission de défense de la mère d'une défunte victime d'un crime barbare et odieux, ne font perdre au propos tenu son caractère outrageant et violent en ce qu'il met en cause l'intégrité morale du magistrat concerné » (§ 28). La formule est heureuse : les mots ont en soi un sens ; ils ne sont pas dévalorisés par le contexte, ce qui reviendrait autrement à légitimer l'escalade verbale.

Cet arrêt n'est pas surprenant. Il apprécie la situation de fait par rapport aux lignes directrices fournies par l'arrêt de cassation, à l'exception près que les magistrats ont dû

examiner le nouvel argument de l'exception d'inconventionnalité. On se gardera de conclure trop vite au regard du second pourvoi – lequel ne paraît qu'une étape sur le chemin de Strasbourg. Mais, force est néanmoins de reconnaître, qu'après le conseil de discipline, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, la déontologie sort renforcée : l'avocat doit maîtriser, en toutes circonstances, son vocabulaire pour éviter de manquer à la délicatesse et à la modération que l'on est en droit d'exiger de lui au regard de ses principes essentiels ; se garder de « lancer des flèches » *ad hominem* ; et, s'il entend malgré tout tenir des propos puissamment évocateurs, encore faut-il qu'ils alimentent une réflexion ou un débat d'intérêt général.

Au-delà du dossier, cet arrêt met l'accent sur la nécessaire limite des propos tenus par certains avocats, en audience et *a fortiori* hors audience, qui croient que la force de la défense va de pair avec l'outrance verbale. Un haut magistrat du parquet confiait récemment qu'à une audience d'assises, alors qu'il invitait un avocat à modérer ses propos quasi-injurieux, celui-ci lui répondait en substance : « j'ai le droit de vous injurier et vous avez donc le droit de me répondre de même ; nous sommes au même niveau, vous poursuivez, je défends ». Ce à quoi ce magistrat répliquait : « vous n'en avez pas le droit et moi, je ne me le permettrai pas ». Cet exemple est malheureusement trop fréquent aujourd'hui. De même, la défense « médiatique » (comme l'accusation d'ailleurs) doit être maniée avec beaucoup de prudence et de maîtrise car les mots échappent vite à leur auteur. Communiquer est une chose ; bien communiquer, un art très difficile. Les procès hors les murs qui peuplent l'actualité nuisent, *in fine*, à la justice sereine, dont la société a besoin.