

EXERCICE PROFESSIONNEL

Avocat rédacteur d'un acte introductif d'instance : une responsabilité non partagée _____ p. 394

GESTION DU CABINET

Et si demain vous choisissiez votre école d'avocats ? _ p. 397

DÉVELOPPEMENT DU CABINET

La loi Elan a besoin d'avocats _____ p. 401

Dalloz Avocats

Exercer et entreprendre

n° 11 – Novembre 2018

Dossier

Secret professionnel :
sa protection, son évolution (II)



DALLOZ



Version numérique incluse*



La présence de l'avocat en perquisition : un droit fondamental



Vincent Nioré
*Avocat au Barreau de Paris,
 Délégué du bâtonnier à la contestation des perquisitions*

Le droit à la présence de l'avocat en perquisition a été voté par le Sénat mais se heurterait aux réticences de la Chancellerie.

Réformer le régime des perquisitions avec le but de renforcer les garanties de la défense relève de l'exploit.

Les politiques ne comprennent le sens de la présence de l'avocat aux côtés du justiciable que lorsqu'ils sont eux-mêmes rattrapés par l'enquête pénale. On ne réforme pas la procédure pénale avec des humeurs de bureaucrates égotiques déconnectés de toute réalité judiciaire.

La perquisition, acte majeur de la procédure pénale car elle tend à la collecte des « pièces à conviction », est à la fois une mesure intrusive et coercitive d'une rare violence psychologique car intrinsèquement elle viole le cœur même de l'intimité personnelle et professionnelle quelles que soient la nature et la gravité des faits poursuivis en sorte que l'absence de l'avocat est irrémédiablement attentatoire aux droits de la défense.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation par trois arrêts¹ a déjà consacré le principe de la présence de l'avocat lorsqu'il est procédé à un interrogatoire de la personne suspectée également perquisitionnée à un point tel qu'enquêteurs et magistrats privilégient aujourd'hui le « off » et ne s'aventurent plus à dresser un quelconque procès-verbal d'interrogatoire si bien que la présence de l'avocat s'impose de plus fort encore.

La présence de l'avocat aux côtés du

perquisitionné est déjà prévue en matière de visites domiciliaires et perquisitions administratives² et la Chambre criminelle exige de la défense qu'elle proteste sur place pour contester toutes saisies par des mentions au procès-verbal afin de se ménager des recours ultérieurs en nullité contre les opérations de saisie à peine d'irrecevabilité.

Nous écrivions déjà en 2014³, dans une matière spécifique, que l'assistance de l'avocat perquisitionné par un avocat de la défense n'est prévue par aucun texte en matière de perquisition judiciaire sauf la présence du Bâtonnier à peine de nullité et que la Chambre criminelle définit comme un protecteur des droits de la défense doté d'un pouvoir de contestation d'ordre public pour la protection des droits de la défense et du secret professionnel.

Il s'agit donc d'une base législative et jurisprudentielle suffisante pour étendre cette protection particulière à l'ensemble des justiciables.

Nous prétendons seulement à ce que le perquisitionné puisse bénéficier de la présence de son conseil s'il en fait la demande au début ou en cours de perquisition et il faudra que l'officier de police judiciaire l'informe de son droit puisque ce dernier est, en droit commun, en charge de faire respecter « le secret professionnel et les droits de la défense »⁴.

L'absence de l'avocat en perquisition est une atteinte indigne aux garanties fondamentales de la défense qu'il est urgent de faire cesser. ■

¹ Une perquisition peut donner droit à l'assistance d'un avocat, mais seulement dans le cas où « la teneur des propos consignés dans le procès-verbal de perquisition est susceptible de constituer une audition prévue par l'article 63-4-2 du code de procédure pénale, nécessitant la présence d'un avocat » (Crim., 10 mars 2015, n° 14-86.950). L'audition de la personne perquisitionnée sur le fond du dossier, sans la présence de son avocat, est-elle entachée d'irrégularité et frappée de nullité (Crim. 3 avr. 2013, n° 12-88.021; 22 oct. 2013, n° 13-81.945; 10 mars 2015, n° 14-86.950).

² V. C. com., art. L. 450-4; C. mon. fin., art. L. 621-12 (qui renvoie à C. pr. pén., art. 56-1 et à la présence du Bâtonnier en perquisition chez l'avocat) et LPF, art. L. 16 B.

³ Perquisitions chez l'avocat. Défense des secrets et inviolabilité de l'asile sacré, n° 136 à 143, Éditions Lamy.

⁴ C. pr. pén., art. 56, al. 3: « Toutefois, sans préjudice de l'application des articles 56-1 à 56-5, il a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense ».

347 TRIBUNE *par Vincent Nioré*

350 ACTUALITÉS

358 DOSSIER



Secret professionnel : sa protection, son évolution (II)

Écoutes téléphoniques de l'avocat et secret professionnel : quelques propositions de modification du code de procédure pénale.....	359
Secret professionnel de l'avocat et lutte contre le blanchiment : l'impératif de prévention et de vigilance	366
Loi de lutte contre la fraude et secret professionnel	370
Le secret professionnel et l'éthique de l'avocat.....	374
Secret professionnel soumis aux technologies nouvelles.....	378

382 EXERCICE PROFESSIONNEL

382 Panorama des avis déontologiques rendus par la Commission « Règles et usages » du Conseil national des barreaux (juill. 2017 - juill. 2018).....	<i>par Dominique de Ginestet et Laurence Dupont</i>
386 Avocat médiateur : annulation de la délibération exigeant le référencement de l'avocat	<i>par Gaëlle Deharo</i>
389 Droit d'action du liquidateur judiciaire : encore des délais à surveiller pour l'avocat !	<i>par Romain Laffly et Pierre Martin</i>
392 Les décorations et la robe d'avocat sont compatibles.....	<i>par Daniel Landry</i>
394 Avocat rédacteur d'un acte introductif d'instance : une responsabilité non partagée.....	<i>par François de La Vaissière</i>

397 GESTION DU CABINET

397 Et si demain vous choisissiez votre école d'avocats ?.....	<i>par Stéphane Baller</i>
--	----------------------------

401 STRATÉGIE DE DÉVELOPPEMENT DU CABINET

401 La loi Elan a besoin d'avocats.....	<i>par Bruno Wertenschlag</i>
---	-------------------------------

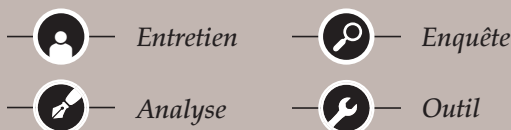
ACCÈS À LA PROFESSION D'AVOCAT	
École d'avocats	397
DÉONTOLOGIE	
Avis déontologiques du CNB	382
DÉVELOPPEMENT DU CABINET	
Loi ELAN	401
LIQUIDATION JUDICIAIRE	
Exercice professionnel de l'avocat	389
MÉDIATION	
Avocat médiateur	386
RESPONSABILITÉ CIVILE PROFESSIONNELLE	
Bail commercial	394
ROBE DE L'AVOCAT	
Port des décorations	392
SECRET PROFESSIONNEL	
Blanchiment de capitaux	366
Écoutes téléphoniques	359
Éthique	374
Fraude fiscale	370
Nouvelles technologies	378

Table chronologique des décisions de jurisprudence rapportées

2018	
Septembre	
20	Civ. 2 ^e , n° 17-24.092...355
26	Civ. 1 ^{re} , n° 17-26.831...354
27	Paris, n° 18/02732353
27	Paris, n° 17/14706353
Octobre	
3	CE, n° 406279352
3	CE, n° 414156354
4	CEDH, n° 30958/13...355
4	Civ. 2 ^e , n° 17-20.508...354
5	CE, n° 418233357
10	CE, n°s 402975, 402983, 403052354
10	Com., n° 16-22.215355
11	Cons. const., QPC, n° 2018-738354
15	CE, n° 413937354
16	Crim., n° 18-81.881...355
17	Crim., n° 18-84.422...355
18	Civ. 2 ^e , n° 17-22.662...350
18	Civ. 2 ^e , n° 17-21.293...355
18	Civ. 2 ^e , n° 17-19.249...355
18	Civ. 2 ^e , n° 18-60.128...356
18	Civ. 2 ^e , n° 18-60.119...356
24	Civ. 1 ^{re} , n° 17-26.166.. 353,392
24	CE, n° 419417357
25	Civ. 3 ^e , n° 17-16.828 350, 394
25	CE, n° 411373 353, 386

Légende

Afin d'en faciliter la lecture, les pictogrammes suivants, insérés dans la revue, indiquent la nature des articles publiés



*Téléchargez sur votre smartphone et tablette, l'application gratuite Dalloz sous Android et iOS et connectez-vous à l'aide de vos identifiants personnels ou des identifiants qui vous ont été communiqués lors de votre abonnement ou de votre réabonnement. Retrouvez également vos revues feuilletable sur Dalloz-Revues.fr

Dalloz Avocats

Exercer et entreprendre

Directeur scientifique

Dominic Jensen
Avocat au barreau de Paris
Associé Librato Avocats

Comité scientifique

Michel Bénichou
Avocat au Barreau de Grenoble
Associé MBPTD Avocats
Ancien président du Conseil des barreaux européens
Ancien président du Conseil national des barreaux

Emmanuel Daoud
Avocat au Barreau de Paris
Associé Vigo Avocats
Membre du Conseil de l'Ordre

Dominique de la Garanderie
Avocate au barreau de Paris
Associée la Garanderie Avocats
Ancienne Bâtonnière du Barreau de Paris

Florence G'Sell
Professeur agrégé de droit privé à l'Université de Lorraine

Kami Haeri
Avocat au barreau de Paris
Associé Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan

Christophe Jamin
Professeur de droit
Directeur de l'École de droit de Sciences Po

David Gordon-Krief
Avocat au Barreau de Paris
Associé UGGC Avocats

Président, directeur de la publication

Philippe Déroche

Rédacteur en chef
Laurent Dargent
(l.dargent@dalloz.fr)

Secrétaires de rédaction
Annie Cholin-Fouksmann / Adeline Venkatapen
(a.cholin-fouksmann@dalloz.fr)

Rédacteur en chef technique
Raphaël Henriques

Première secrétaire de rédaction
Claire Marazzato

Directeur artistique
Patrick Verdon

Abonnements-relation clients
Directrice des abonnements

Yvette Nay
80, avenue de la Marne - 92541 Montrouge
Fax : 01 41 48 47 92

Responsable relation clients

Ginette N'Koua
Tél. : 01 40 92 20 85
Prix de l'abonnement 2018 - 1 an, 10 numéros
France : 320 € HT / 326,72 € TTC
Étranger : 340 € - DOM : 343,57 € TTC ;
CEE : 347,14 € TTC
Prix au numéro : 43 € HT / 43,92 € TTC
ISSN : 2265-7215 - N° CPPAP : 1017T91691

Imprimerie Chirat : 744 rue de Sainte-Colombe - 42540 Saint-Just-la-Pendue

Dépôt légal : Novembre 2018

ÉDITIONS DALLOZ

Société par actions simplifiée
au capital de 3 956 040 euros

Siège social :
31-35 rue Froidevaux - Paris 14^e

RC5 Paris 572 195 550 -
Siret 572 195 550 00098 - Code APE : 5811Z

TVA : FR 69 572 195 550

Filiale des éditions Lefebvre-Sarrut

La reproduction, même partielle,
de tout élément publié dans la revue est interdite.



Origine du papier : Suède
Taux de fibres recyclées : 0 %
Certification PEFC™
Indice Eutrophisation : 0,03 kg/t

Sommaire

350	Aide juridictionnelle Assistance d'avocats et abus de droit
350	Assurance de protection juridique Modalités de fixation des honoraires d'avocats
350	Responsabilité civile professionnelle Avocat rédacteur d'un acte introductif d'instance : une responsabilité non partagée
351	Exercice de la profession Vers la création d'une filière « d'avocats d'État » ?
351	Organisation de la profession Avocats aux conseils : vers la création de nouveaux offices
352	Déontologie Communication : vitrines et plaques professionnelles
352	Divorce par consentement mutuel : Contreseing de l'avocat – proposition de modification du RIN
353	Exercice de la profession Décoration républicaine sur la robe : « aucune rupture d'égalité »
353	Avocat médiateur : annulation de la délibération exigeant le référencement de l'avocat
353	Recommandation sur les activités commerciales dérogatoires
354	Discipline Absence de prescription des poursuites disciplinaires chez l'avocat
354	Procédure disciplinaire : droit de l'avocat d'être en mesure de répondre utilement à l'accusation (rappel)
354	Honoraires Action de l'avocat en fixation de ses honoraires : point de départ de la prescription
354	Secret professionnel Perquisition d'un cabinet d'avocat : exigence de garanties spéciales de procédure
355	Gestion du cabinet Bénéfice de l'exonération de cotisations liée à l'ACCRE
355	Fixation du prix de rachat de parts sociales par un expert confronté à l'arbitrage
355	Procédure européenne Tribunal de l'Union européenne : l'application e-Curia se généralise
356	Justice Conditions d'inscription sur la liste des médiateurs CEPEJ - Rapport 2018
357	Contentieux administratif Transmission de la requête et des pièces qui y sont jointes par voie électronique : modalités
357	Audience et usage de la communication audiovisuelle : conditions de régularité

Aide juridictionnelle

Assistance d'avocats et abus de droit

Le 18 octobre 2018, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que justifie légalement sa décision une cour d'appel qui retient qu'un justiciable qui « par ses refus réitérés d'être assisté gratuitement par un conseil, conjugués à son hostilité exprimée à l'encontre des avocats[,] s'était de lui-même mis dans la situation d'être privé de défenseur », faisant ressortir, par ces seuls motifs, qu'aucun trouble manifestement illicite ne résultait de la décision du conseil de l'ordre.

▪ *Civ. 2^e, 18 oct. 2018, n° 17-22.662, inédit au Bulletin*

Assurance de protection juridique

Modalités de fixation des honoraires d'avocats

Un projet de loi portant suppression de sur-transpositions de directives européennes en droit français a été déposé au Sénat le 3 octobre 2018, pour un examen sous la procédure accélérée. Il revient, dans son article 6, sur les modalités de fixation des honoraires d'avocats intervenant dans le cadre de l'exécution d'un contrat d'assurance de protection juridique. Il supprime l'interdiction, pour l'assureur de protection juridique, d'intervenir dans la négociation des honoraires entre l'assuré et l'avocat qu'il choisit, qui n'est pas prévue par la directive 2009/138/CE du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (« Solvabilité 2 ») qui définit un cadre harmonisé pour l'assurance de protection juridique, en garantissant notamment le principe du libre choix de l'avocat par l'assuré.

Le gouvernement considère cette interdiction comme étant « disproportionnée et susceptible d'aboutir à des relations contractuelles déséquilibrées, entre l'assuré et son avocat comme entre l'assuré et son assureur ». Il s'agit ainsi de « permettre aux assurés qui le souhaitent de pouvoir bénéficier de l'aide de leur assureur lors des négociations financières avec l'avocat qu'ils auront librement choisi, ou de coûts préalablement négociés et plus avantageux. »

▪ *Projet de loi n° 10 du 3 oct. 2018, portant suppression de sur-transpositions de directives européennes en droit français*

Responsabilité civile professionnelle

Avocat rédacteur d'un acte introductif d'instance : une responsabilité non partagée

L'avocat, investi d'un devoir de compétence, est tenu d'accomplir, dans le respect des règles déontologiques, toutes les diligences utiles à la défense des intérêts de son client. Il incombe dès lors à l'avocat, qui représente les bailleurs lors de l'instance en résiliation du bail dont il a rédigé l'acte introductif, de veiller à ce que l'état des inscriptions sur le fonds de commerce émane du greffe du tribunal du lieu d'exploitation.

▪ *Civ. 3^e, 25 oct. 2018, n° 17-16.828, FS-P+B+I ; V. Comm. de F. de La Vaissière, p. 392 du présent numéro de la revue*

Exercice de la profession

Vers la création d'une filière « d'avocats d'État » ?

Le 17 octobre 2018, la Commission des finances de l'assemblée nationale a adopté le rapport de la mission d'information sur la gestion du risque budgétaire associé aux contentieux fiscaux et non fiscaux de l'État.

« Avocat d'État » : un faux-amis

Afin de faire face à l'augmentation tendancielle du risque budgétaire associé aux contentieux fiscaux et non fiscaux de l'État, la Commission propose notamment la création d'une filière qu'elle qualifie « d'avocats d'État ».

Le rapport relève en effet que, si la structuration progressive de la fonction juridique, de conseil comme de contentieux, sous la forme de directions centralisées au sein des ministères, a permis de rationaliser l'organisation administrative et d'améliorer la qualité du service rendu, la professionnalisation de cette fonction pourrait être renforcée par la création d'une filière spécifique d'agents, spécialement recrutés pour assurer le conseil et la défense de l'État, et ce devant l'ensemble des juridictions. La création de cette filière permettrait ainsi de regrouper l'essentiel des compétences juridiques en matière de conseil et de contentieux au sein d'un même organe de l'État. Elle contribuerait à rendre ces métiers plus attractifs, et de les ouvrir aux compétences extérieures, en attirant des juristes de haut niveau souhaitant mettre leur expertise au service de l'État.

Un recours aux « vrais » avocats limité

Le rapport renseigne par ailleurs surtout sur le recours limité aux avocats par l'État. Il rappelle tout d'abord que devant les juridictions administratives, l'État est dispensé du minis-

tère d'avocat (CJA, art. R. 431-7 et R. 811-10). En cassation, il est dispensé du ministère d'avocat soit en demande, soit en défense, soit en intervention. Les recours et les mémoires, lorsqu'ils ne sont pas présentés par le ministère d'un avocat au Conseil d'État, doivent être signés par le ministre intéressé ou par le fonctionnaire ayant reçu délégation à cet effet (CJA, art. R. 432-4). Devant les juridictions judiciaires, le monopole de la représentation de l'État est confié à l'Agent judiciaire de l'État. La direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers assure cette fonction interministérielle, pour laquelle elle passe des marchés publics avec des cabinets d'avocats. 192 contrats ont ainsi été conclus avec 126 prestataires lors du dernier appel d'offres.

En pratique, le rapport révèle surtout que le recours aux avocats est loin d'être systématique :

- les ministères de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation ont précisé avoir recours à des avocats « lorsqu'il s'agit de défendre l'État devant les juridictions de l'ordre judiciaire (hors le mandat légal de l'Agent judiciaire de l'État) ou, de manière très exceptionnelle, lorsqu'il s'agit d'agir au nom de l'État dans une affaire qui nécessite le recours à une expertise spécifique ».
- le ministère de l'agriculture et de l'alimentation a ainsi indiqué avoir conclu, en 2014, et pour une durée de quatre ans, un marché de prestations d'assistance juridique « rédaction de projets d'actes de procédures contentieuses » auquel il a cependant très peu eu recours. Une vingtaine de dossiers seulement ont été confiés en 2014, 2015 et 2016 aux cabinets attributaires du marché, et aucun en 2017 et 2018.
- le ministère de l'intérieur a souligné qu'il ne faisait « pas usage de ce type de conseils ».

■ *Ass. nationale, Commission des finances, Rapport d'information n° 1310 du 17 oct. 2018*

Organisation de la profession

Avocats aux conseils : vers la création de nouveaux offices

Dans un avis du 25 octobre 2018, l'Autorité de la concurrence a recommandé la création de quatre offices supplémentaires d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la période 2018-2020 et une modification des règles déontologiques qui restreignent les possibilités pour les avocats aux Conseils de solliciter les clients d'un confrère et de reprendre une affaire sans l'accord de ce dernier. Ne reposant sur aucune justification objective ni nécessité selon l'Autorité, ces règles pénalisent d'autant plus les nouveaux offices que, par définition, ces derniers ne disposent pas – contrairement aux offices existants de longue date d'une clientèle préétablie.

L'avis relève que du point de vue de l'offre, l'activité de la profession est globalement toujours aussi florissante. En effet, le taux de marge global a crû à 43 % en 2017 après 42 % en 2014. Le bénéfice moyen par associé, s'il a légèrement baissé par rapport à 2014 (- 0,5 %), reste élevé : un peu plus d'1/2 million d'euros par associé et par an. Le démarrage des nouveaux offices est encourageant. Sur leur premier semestre d'activité, les données financières disponibles indiquent des chiffres d'affaires et bénéfices moyens de respectivement 80 000 € et 41 000 € par office, et de 53 500 € et 27 000 € par associé.

Toutefois, l'Autorité de la concurrence juge que ce démarrage a été plus difficile qu'initialement anticipé, en raison notamment de nombreux obstacles au développement de l'activité de ces nouveaux offices. La distribution des pourvois demeurent très concentrée sur quelques grands offices, le développement des nouveaux offices reste difficile en raison notamment des règles

BIBLIOGRAPHIE

- J.-Ch. Barjon, J.-Ch. Krebs, *La sécurité économique et la régulation des manèges de fonds par les avocats*, Thèmes & commentaires, Dalloz 2018
- Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^e éd., Lexisnexus 2018
- Collectif, *Guide du divorce 2018/2019*, Lexisnexus 2018
- J.-C. Crocq, *Le guide des infractions 2019*, Le guide pénal, 20^e éd., Dalloz 2018
- Th. Revet (ss. dir.), *Code de déontologie du Barreau de Paris*, Dalloz 2018

DALLOZ ACTUALITÉ

- M. Babonneau, *Présence de l'avocat lors des perquisitions pénales : l'irréductible îlot de la discorde ?*, Dalloz actualité, 7 nov. 2018
- T. Coustet, *Des ténors du barreau de Paris contre le projet de loi [de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice en matière de procédure pénale]*, Dalloz actualité, 6 nov. 2018
- P. Januel, *Budget Justice : quelques fonds pour des défis sans fin*, Dalloz actualité, 5 nov. 2018
- C.-S. Pinat, *L'avocat peut demander réparation à son client pour rupture brutale du contrat de mandat (obs. sur TGI Nanterre, 12 avr. 2018, n° 16/13977)*, Dalloz actualité, 28 oct. 2018
- J.-E. Ray, *À propos de la déjudiciarisation en droit du travail*, Dalloz actualité, 16 oct. 2018
- F. Vert, *Premières listes de médiateurs dans les cours d'appel : un dispositif légal perfectible*, Dalloz actualité, 29 oct. 2018
- C. Bléry et E. Tamion, *Réforme du contentieux de la sécurité sociale et de l'action sociale*, Dalloz actualité, 9 nov. 2018

déontologiques de la profession, qui restreignent fortement la sollicitation personnalisée et la mobilité des clients.

Enfin, du point de vue de la demande, l'avis relève que le Conseil d'État (22 % des affaires enregistrées) présente une hausse de son activité essentiellement concentrée sur les contentieux des étrangers, fiscal ou de l'urbanisme. Quant à la Cour de cassation (78 % des affaires enregistrées), elle présente une relative stabilité des affaires enregistrées. Si, dans l'ensemble, l'activité des hautes juridictions reste relativement stable, avec 36800 affaires enregistrées en 2017 (+ 4 % entre 2015 et 2017), le projet de filtrage des pourvois devant la Cour de cassation fait peser une incertitude sur l'évolution du contentieux de la Cour de cassation.

■ *Avis n° 18-A-11 du 25 octobre 2018, relatif à la liberté d'installation et à des recommandations de créations d'offices d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation*

Déontologie

Communication : vitrines et plaques professionnelles

Le Conseil d'État a jugé, le 3 octobre 2018, que la plaque professionnelle par laquelle, à des fins d'information du public, un avocat se signale à l'entrée de l'immeuble où il exerce son activité ne constitue pas une « communication commerciale » au sens de l'article 4 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006.

Il ajoute que les restrictions résultant de l'article 10.6.2. du règlement intérieur national de la profession d'avocat, relatives notamment aux mentions qui peuvent figurer sur la plaque professionnelle, visent à assurer, dans l'intérêt général de la profession, l'objectivité de l'information délivrée ainsi que le respect tant des principes essentiels qui régissent la profession d'avocat que des exigences déontologiques. Elles ne portent à la liberté d'entreprendre aucune atteinte disproportionnée au regard de cet objectif. Dès lors, le moyen tiré de ce qu'elles seraient, pour ce motif, illégales doit être écarté.

■ *CE, 3 oct. 2018, n° 406279, inédit au Recueil Lebon ; Dalloz actualité, 16 oct. 2018, obs. C. Sophie-Pinat ; V. Comm. de G. Deharo, p. 386 du présent numéro de la revue*

Divorce par consentement mutuel : Contreseing de l'avocat – proposition de modification du RIN

L'assemblée générale du Conseil national des barreaux (CNB) des 5 et 6 octobre 2018 a approuvé l'envoi à la concertation de l'avant-projet de décision à caractère normatif n° 2018-003 portant modification de l'article 7 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) proposé par les commissions « Textes » et « Règles et usages » du CNB.

Afin de sécuriser la pratique du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire, il est proposé d'ajouter à l'article 7.2 du RIN une disposition précisant que la convention de divorce établie conformément à l'article 229-3 du Code civil est signée simultanément par les parties et les avocats rédacteurs désignés à la convention sans substitution, ni délégation possible. Il serait également précisé que l'acte sous seing privé contresigné par avocat est signé par l'avocat rédacteur désigné à l'acte.

Cette proposition repose, selon le rapport des deux commissions, sur le constat d'une part qu'en matière de divorce par consentement mutuel, aucune dispense de cette présence ne peut être admise dès lors que la présence des avocats remplace celle du juge, et que d'autre part, le devoir de conseil de l'avocat rédacteur d'actes prévu à l'article 7.2 du RIN exige que l'avocat ayant assisté le client tout au long de l'élaboration de la convention assure la défense de ses intérêts jusqu'à la signature de la convention de divorce et s'assure du respect des formalités subséquentes (dépôt au rang des minutes, enregistrement au service des impôts) pour lui donner toute son efficacité.

Enfin, on relèvera enfin que cette modification conduirait à consacrer dans le RIN l'acte sous seing privé contresigné par avocats consacré à l'article 1374 du Code civil introduit par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats.

▪ CNB, *Communiqué du 11 oct. 2018, www.cnb.avocat.fr*
Rapport des commissions « Textes » et « Règles et usages »
du CNB sur la modification de l'article 7 du RIN

Exercice de la profession

Décoration républicaine sur la robe : « aucune rupture d'égalité »

Le 24 octobre 2018, la Cour de cassation a jugé que les décorations républicaines arborées sur la robe de l'avocat ne comportent aucune rupture d'égalité entre confrères ni même une violation des principes essentiels de la profession.

▪ *Civ. 1^{re}, 24 oct. 2018, n° 17-26.166, FS-P+B+I ;*
Dalloz actualité, 25 oct. 2018, obs. T. Coustet ;
V. Comm. D. Landry, p. 392 du présent numéro de la revue

Avocat médiateur : annulation de la délibération exigeant le référencement de l'avocat

Le 25 octobre 2018, le Conseil d'État a jugé que les dispositions du Règlement intérieur national de la profession d'avocat ayant pour objet d'interdire à un avocat qui ne serait pas référencé auprès du Centre national de médiation des avocats (CNMA), de se prévaloir, auprès de sa clientèle, de sa qualité de médiateur, fixent une prescription nouvelle qui met en cause la liberté d'exercice de la profession d'avocat, n'a pas de fondement dans les règles législatives ou dans celles fixées par les décrets en Conseil d'État prévus par l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971, et ne peut davantage être regardée comme une conséquence nécessaire d'une règle figurant au nombre des traditions de la profession. Par suite, de telles dispositions ne sont pas au nombre de celles que le CNB est compétent pour édicter.

▪ *CE, 6^e et 5^e ch. réunies, 25 oct. 2018, n° 411373, mentionné dans les tables du Recueil Lebon ;*
Dalloz actualité, 7 nov. 2018, obs. E. Maupin ;
V. Comm. G. Deharo, p. 386 du présent numéro de la revue

Recommandation sur les activités commerciales dérogatoires

L'assemblée générale du Conseil national des barreaux des 5 et 6 octobre 2018 a adopté une recommandation sur les activités commerciales dérogatoires introduites à l'article III du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 par le décret n° 2016-882 du 29 juin 2016.

Sur rapport des commissions Statut professionnel de l'avocat et des Règles et usages, l'assemblée générale a ainsi considéré que l'exercice effectif de la profession était le critère pertinent pour apprécier si l'avocat l'exerce à titre principal et, par voie de conséquence, conduit ses activités dérogatoires de manière accessoire.

Elle a également souligné que la connexité devait être envisagée sur le plan juridique et sur le plan économique, qu'elle soit directe ou indirecte.

Enfin, l'assemblée générale a considéré que le terme « des clients » employé par le décret n° 2016-882 du 29 juin 2016 devait s'entendre des clients de l'avocat au regard de l'ensemble de ses activités.

▪ CNB, *Recommandation portant sur les activités commerciales dérogatoires, Ass. gén. des 5 et 6 oct. 2018*

CHIFFRE DU MOIS

96 %

C'est le taux d'étudiants inscrits dans les écoles qui obtiennent le CAPA à la fin de leur cursus selon l'observation de la profession d'avocat. Les 4 % qui sortent à ce stade du cursus se décomposent en 3 % d'élèves avocats qui décrochent en cours de route et ne se présentent pas au CAPA et 1 % qui échoue à l'examen final.

L'observatoire estime par ailleurs que le taux de transformation, concernant le rapport entre le nombre de diplômés et le nombre d'entrées dans la profession, connaît une érosion de l'ordre de 2 ou 3 % de l'effectif des inscrits dans les écoles d'avocats, érosion qui s'est lentement accrue entre 2010 et 2015.

Observatoire de la profession d'avocat,
www.cnb.avocat.fr, 11 oct. 2018.

EN BREF

Accès à la profession

Les membres du gouvernement et les membres de la Commission des lois ne peuvent, à raison de cette seule qualité, bénéficier de l'accès dérogatoire à la profession d'avocat bénéficiant aux fonctionnaires de catégorie A.

Paris, Pôle 2, 1^{re} ch., 27 sept.
 2018, n° 18/02732

Exercice de la profession

Un projet de loi portant ratification de l'ordonnance n° 2018-310 du 27 avril 2018 relative à l'exercice par les avocats inscrits aux barreaux d'États non membres de l'Union européenne de l'activité de consultation juridique et de rédaction d'actes sous seing privé pour autrui, a été déposé au Sénat le 17 octobre 2018.

Discipline

Manque à son obligation de diligence, l'avocat qui n'a pris aucune disposition pour s'assurer que les intérêts de ses clients étaient préservés soit en sollicitant un confrère soit en demandant au conseil de l'ordre de mettre en œuvre des mesures d'administration provisoire, alors qu'il était indisponible en raison d'une maladie accompagnée d'une longue hospitalisation d'un avocat à l'étranger.

Paris, Pôle 2, ch. 1, 27 sept.
 2018, n° 17/14706

EN BREF

Contentieux administratif

Commet une erreur de droit une cour qui juge que le défaut de communication aux parties du courrier, reconnaissant une erreur de diagnostic, d'un praticien de l'établissement hospitalier dont la responsabilité est recherchée, n'entache pas d'irrégularité les opérations d'expertise, alors que le respect du caractère contradictoire de l'expertise implique que les parties soient mises à même de discuter devant l'expert un élément de cette nature, compte tenu de l'influence qu'il peut avoir sur la réponse aux questions qui lui sont posées.

CE, 5^e et 6^e ch. réunies,
15 oct. 2018, n° 413937, Mentionné
dans les tables du Recueil Lebon

La recevabilité d'une requête dirigée contre un jugement avant dire droit se bornant à prescrire une expertise est limitée à la contestation de son utilité et des motifs constituant le soutien nécessaire de la mesure d'instruction ordonnée.

CE, 10 oct. 2018, Communauté d'agglomération du bassin de Thau et autres,
n° 402975-402983-403052, B

Le juge d'appel n'est pas tenu d'examiner les moyens déjà invoqués en première instance que le requérant s'est borné à énoncer sommairement, sans fournir les précisions indispensables à l'appréciation de leur bien-fondé ni joindre à sa requête une copie du mémoire de première instance qui contenait ces précisions.

CE, 3 oct. 2018, M. S..., n° 414156, B

PLPJ 2018-2022 : le Sénat adopte le texte

Le Sénat a adopté solennellement, le 23 octobre, le projet de loi de programmation qu'il a en partie amendé (v. Dalloz actualité, 22 oct. 2018, art. P. Januel)

Réforme du contentieux de la sécurité sociale et de l'action sociale

Pris en application de l'article 12 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^e siècle et de l'article 7 de l'ordonnance n° 2018-358 du 16 mai 2018 relative au traitement juridictionnel du contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale, un décret n° 2018-928 du 29 octobre 2018 relatif au contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale a été publié au Journal officiel du 30 octobre.

Décr. n° 2018-928 du 29 oct. 2018,
JO 30 oct.

Ce texte sera commenté dans le prochain numéro de la revue.

Discipline

Absence de prescription des poursuites disciplinaires chez l'avocat

Le 11 octobre 2018, le Conseil constitutionnel a jugé que l'absence de prescription des poursuites disciplinaires contre les avocats, fondée dans l'article 23, alinéa 1^{er}, de la loi n° 71-1330 du 31 décembre 1971 est conforme à la Constitution.

▪ Cons. const. 11 oct. 2018, n° 2018-738 QPC,
Dalloz actualité, 5 nov. 2018, obs. Y. Avril ;
V. Comm. D. Lévy, à paraître dans le prochain numéro de la revue

Procédure disciplinaire : droit de l'avocat d'être en mesure de répondre utilement à l'accusation (appel)

Le 26 septembre 2018, la Cour de cassation a rappelé, au visa de l'article 6, § 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 16 du code de procédure civile, que l'avocat poursuivi disciplinairement a le droit de contester l'accusation, et doit ainsi être en mesure d'y répondre utilement. Elle censure, en conséquence, pour manque de base légale une cour d'appel qui avait mentionné que, par des écritures déposées et soutenues à l'audience, le bâtonnier avait demandé la confirmation de la décision entreprise et le maintien des sanctions disciplinaires prononcées, sans constater que l'avocat poursuivi avait eu communication des conclusions écrites du bâtonnier afin d'être en mesure d'y répondre utilement (V. déjà Civ. 1^{re}, 3 juill. 2013, n° 12-23.553 P ; Civ. 1^{re}, 3 juin 2015, n° 14-16.426 P ; Civ. 1^{re}, 14 janv. 2010, n° 08-21.051).

▪ Civ. 1^{re}, 26 sept. 2018, n° 17-26.831, inédit au Bulletin

Honoraires

Action de l'avocat en fixation de ses honoraires : point de départ de la prescription

Le 4 octobre 2018, la Cour de cassation a jugé que le point de départ du délai de prescription biennale (C. consom., art. L. 218-2) de l'action en fixation des honoraires d'avocat se situe au jour de la fin du mandat et non à celui, indifférent, de l'établissement de la facture.

La solution n'est pas nouvelle (Civ. 2^e, 10 déc. 2015, n° 14-25.892 P ; 26 oct. 2017, n° 16-23.599 P). Elle a par ailleurs déjà été précisée par la Cour de cassation qui a jugé d'une part que la prescription ne peut être interrompue par l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception (Civ. 2^e, 10 déc. 2015, préc.) et d'autre part, qu'en soi, le prononcé de la décision qu'un avocat a été chargé d'obtenir n'a pas pour effet de mettre fin au mandat qu'il a reçu de son client (Civ. 2^e, 26 oct. 2017, préc.).

▪ Civ. 2^e, 4 oct. 2018, n° 17-20.508, F-P+P,
Dalloz actualité, 25 oct. 2018, obs. J.-D. Pellier

Secret professionnel

Perquisition d'un cabinet d'avocat : exigence de garanties spéciales de procédure

Le 4 octobre 2018, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissant le droit au respect de la vie privée, dans une affaire concernant une perquisition ordonnée par le parquet près la cour d'appel d'Athènes dans le local professionnel d'un avocat grec et la saisie de plusieurs objets et documents dans le cadre d'une enquête pénale le concernant personnellement comme impliqué dans la commission d'infractions de nature criminelle.

EN BREF

Saisie immobilière

Les dispositions de l'article R. 321-21 du code des procédures civiles d'exécution, qui prévoient que la constatation de la péremption du commandement de payer valant saisie immobilière peut être demandée jusqu'à la publication du titre de vente, dérogent à celles de l'article R. 311-5 du même code, de sorte qu'il importe peu qu'ait été acquise avant l'audience d'orientation.

Le commandement valant saisie immobilière cesse de plein droit de produire effet en cas de constat de la péremption, mettant ainsi fin à la procédure de saisie immobilière. Il n'entraîne pas la nullité de cette dernière.

Civ. 2^e, 18 oct. 2018, n° 17-21.293, FS-P+B

Procédure civile

L'acte délivré au nom d'une personne décédée est affecté d'une irrégularité de fond. Il doit être annulé sans que le destinataire n'ait à justifier d'un préjudice.

Civ. 2^e, 18 oct. 2018, n° 17-19.249, FS-P+B,
Dalloz actualité, 30 oct. 2018,
obs. J. Jourdan-Marques

Procédure pénale

La demande de renvoi doit être formulée à l'ouverture des débats devant le JLD exception faite de l'hypothèse dans laquelle le motif est fondé sur des éléments que le demandeur ne pouvait pas connaître antérieurement.

Crim. 17 oct. 2018, n° 18-84.422, FS-P+B,
Dalloz actualité, 14 nov. 2018,
obs. L. Priou-Alibert

Le juge d'instruction, à qui il revient d'apprécier la nécessité de recourir à un moyen de télécommunication audiovisuelle, peut procéder à la première comparution de l'intéressé, détenu pour autre cause, par un tel moyen, comme le permet l'article 706-71, alinéa 3 du code de procédure pénale.

Crim. 16 oct. 2018 n° 18-81.881, FS-P+B,
Dalloz actualité, 6 nov. 2018, obs. S. Fucini

La loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude a été publiée au Journal officiel du 24 octobre 2018. Complétant la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance qui a défini un nouvel équilibre dans les relations entre le citoyen ou l'entreprise et l'administration dans une logique d'accompagnement et de conseil, notamment en cas d'erreurs commises de bonne foi, la loi relative à la lutte contre la fraude entend mieux cibler et renforcer les sanctions à l'encontre des fraudes délibérées.

L. n° 2018-898 du 23 oct. 2018, JO 24 oct. ;
V. Comm. A. Vaucher, p. 366
du présent numéro de la revue.

Alors que la perquisition, menée par un officier de police accompagné d'un procureur adjoint, avait duré 12 jours, l'avocat n'avait été présent à aucun moment, alors que les autorités devaient confisquer un ordinateur et des centaines de documents.

Si une voisine avait assisté à la perquisition comme témoin, sa présence en tant que témoin indépendant n'est pas jugée comme une garantie suffisante à cet égard par la Cour, celle-ci n'ayant pas de connaissances juridiques et n'étant pas capable de repérer des documents concernant des affaires de clients.

La fouille et la saisie effectuées ne peuvent, dès lors, être considérées comme proportionnées à la poursuite des buts légitimes visés, compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer le respect du domicile.

▪ CEDH, 4 oct. 2018, Leotsakos c/ Grèce, req. n° 30958/13,
Dalloz actualité, 18 oct. 2018, obs. V. Nioré

Gestion du cabinet

Bénéfice de l'exonération de cotisations liée à l'ACCRES

Le 20 septembre 2018, la Cour de cassation, procédant à une lecture littérale de l'article D. 161-1-1-1 du Code de la sécurité sociale dans sa rédaction issue du décret n° 2009-489 du 29 avril 2009, a jugé que les avocats entrent dans le champ d'application de l'aide aux demandeurs d'emploi créant ou reprenant une entreprise (ACCRES) et que les modalités d'exonération de cotisations prévues pour les travailleurs indépendants relevant du régime fiscal de la micro-entreprise (CGI, art. 50-0 et 102 ter) leur sont applicables.

▪ Civ. 2^e, 20 sept. 2018, n° 17-24.092, F-P+B

Fixation du prix de rachat de parts sociales par un expert confronté à l'arbitrage

La Cour de cassation a jugé, le 10 octobre 2018, que la circonstance que la clause compromissoire accorde aux arbitres le pouvoir de procéder eux-mêmes à cette évaluation et de trancher le litige, contrairement au pouvoir de l'expert nommé en application de l'article 1843-4 du code civil d'évaluer sans trancher, ne la rend pas manifestement inapplicable ou nulle.

▪ Com. 10 oct. 2018, n° 16-22.215, F-P+B ;
Dalloz actualité, 25 oct. 2018, obs. X. Delpech

Procédure européenne

Tribunal de l'Union européenne : l'application e-Curia se généralise

L'application informatique « e-Curia », commune à la Cour de justice de l'Union européenne et au Tribunal de l'Union européenne, permet le dépôt et la signification d'actes de procédure par voie électronique, deviendra le mode exclusif d'échange des documents judiciaires entre les représentants des parties et le Tribunal à compter du 1^{er} décembre 2018.

Cette évolution, consacrée le 11 juillet 2018, par la modification du règlement de procédure du tribunal et une nouvelle décision relative au dépôt et à la signification d'actes de procédure par la voie d'e-Curia (JOUE, 25 sept. 2018), vise à tirer le plus grand bénéfice de l'immédiateté des communications dématérialisées et à optimiser la gestion des affaires.

Dans la perspective de la prochaine entrée en vigueur de cette évolution, les avocats qui ne disposent pas encore d'un compte d'accès à e-Curia sont invités à en demander la création via un formulaire de demande d'accès. Les informations relatives à e-Curia figurent sur le site de la Cour de justice de l'Union européenne (https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_78957/fr).

▪ CJUE, Communiqué de presse du 17 oct. 2018

REVUE DE PRESSE

- O. Becuwe et N. Touati, Honoraire d'avocats (obs. sur Civ. 2^e, 14 juin 2018, n° 17-19.709 P), D. 2018. Pan. 2050
- J.-V. Borel, Le règlement de l'examen d'entrée aux CRFPA modifié à compter de la session 2019 - À propos de l'arrêt du 2 octobre 2018, JCP 2018. 1138
- S. Bortoluzzi, Notification et délai de recours contre la décision de taxation du bâtonnier en matière d'honoraires : la forme l'emporte sur le fond (obs sur Civ. 2^e, 13 sept. 2018, n° 17-14.171 P), JCP 2018. 1037
- Collectif, PAsSionnement, à la folie (à propos du prélèvement à la source), Maître 2018, n° 246, p. 20
- R. Carayol, L'anticipation du conflit entre associés par la médiation, une responsabilité sociale des entreprises - d'avocats (aussi), Gaz. Pal. 23 oct. 2018, p. 19
- E. Dos-Reis, L'erreur sur la disponibilité matrimoniale, un risque mésestimé par le décret du 6 mai 2017 réformant l'appel en matière civile ? Gaz. Pal. 23 oct. 2018, p. 14
- L. Dutheillet de Lamothe (concl.) et P. Avril (note), La publicité de l'avocat : que peut-il faire à côté de la plaque ?, Gaz. Pal. 30 oct. 2018, p. 18
- N. Fabre, Bien gérer les débours et les remboursements de frais, Maître 2018, n° 246, p. 6
- B. Ferrari, La demande de fixation des honoraires d'un avocat en liquidation judiciaire appartient au représentant de l'ordre des avocats, Gaz. Pal. 9 oct. 2018, p. 57
- P. Gramaize, Le contentieux insolite du contrôle des mesures d'instruction, Gaz. Pal. 30 oct. 2018, p. 10
- A. Iweins, Cessez le feu ? (à propos de CE, 3 oct. 2018, n° 406279) sur la « querelle des vitrines », Gaz. Pal. 9 oct. 2018, p. 3

Justice

Conditions d'inscription sur la liste des médiateurs

Le 18 octobre 2018 (n° 18-60.128 P), la Cour de cassation a confirmé que les médiateurs peuvent solliciter leur inscription auprès d'une cour d'appel, sans condition de résidence ou d'activité, ces conditions étant étrangères au texte de l'article 2 du décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel (Rappr. Civ. 2^e, 27 sept. 2018, n° 18-60.132 P ; V. déjà : Dépêche SG-18-005/05.02.2018).

Le même jour (n° 18-60.119 P), la haute juridiction a également précisé que l'assemblée générale des magistrats du siège d'une cour d'appel qui décide de ne pas inscrire un candidat sur la liste des médiateurs auprès de cette cour d'appel n'est pas tenue d'entendre celui-ci.

- Civ. 2^e, 18 oct. 2018, n° 18-60.128, F-P+B, *Dalloz actualité*, 9 nov. 2018, obs. F. Mélin
- Civ. 2^e, 18 oct. 2018, n° 18-60.119, F-P+B, *Dalloz actualité*, 8 nov. 2018, obs. F. Mélin

CEPEJ - Rapport 2018

Le rapport 2018 de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) du Conseil de l'Europe a été publié le 4 octobre 2018.

Utilisant des données de l'année 2016 de 45 États, le rapport relève qu'une augmentation progressive et modérée (parfois lissée sur une décennie) des budgets des systèmes judiciaires demeure la tendance européenne. En 2016, la moyenne européenne des budgets des systèmes judiciaires est de 64 € par habitant. Tout en relevant les écarts de richesse entre chaque Etat, le rapport indique que pour cinq États ces dépenses sont inférieures à 10 € alors que pour sept États ou entités celles-ci sont supérieures à 100 €. Le rapport observe également une tendance à externaliser certains services et souligne que, conformément aux exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH), tous les États ont mis en place un système d'aide judiciaire en matière pénale. Par ailleurs, si le paiement de frais de justice est une caractéristique clé du système judiciaire en Europe, seuls trois pays (France, Luxembourg et Espagne) prévoient l'accès au tribunal sans frais.

La CEPEJ constate que les normes européennes de recrutement des juges sont fixées au niveau national soit par une norme constitutionnelle soit par une norme législative et souligne l'existence de garanties d'indépendance en matière de nomination de juge. Le principe de transfert du juge sans son consentement « pour des raisons organisationnelles » est admis dans de nombreux États. De plus, le nombre d'avocats augmente encore en Europe, notamment dans plusieurs Etats d'Europe centrale et orientale, comme reflet du développement de l'État de droit.

Le développement généralisé de l'aide judiciaire, bien qu'inégal entre les Etats et entités, peut également expliquer une part de l'augmentation du nombre d'avocats. On constate toujours un nombre important d'avocats dans les pays d'Europe du sud, où les sociétés sont davantage judiciarisées. Le monopole des avocats n'est pas une tendance marquée, surtout en première instance. Il a tendance à augmenter au niveau de la plus haute instance.

Le CEPEJ souligne également que, de manière générale, la tendance européenne est à la réduction du nombre de tribunaux et à une augmentation concomitante de leur taille par regroupement de juges et de fonctionnaires, ainsi qu'à la spécialisation accrue de juridictions et à la dématérialisation des procédures. Les réformes de la carte judiciaire sont en cours dans quasiment trois-quarts des Etats et entités.

Enfin, contrôlant le respect des exigences fondamentales consacrées par la CEDH en matière de gestion des flux d'affaires et de durée des procédures, le CEPEJ procède à la moyenne des entrées et sorties des affaires en matière civile, administrative, pénale et pour certaines catégories sectorielles (divorce, licenciement, faillite, asile et droit de séjour, etc.) et constate que les États poursuivent leurs efforts en vue d'une meilleure compréhension et d'une amélioration de l'activité de leurs tribunaux.

- CEPEJ, *Rapport 2018*, www.coe.int

Contentieux administratif

Transmission par voie électronique de la requête et des pièces qui y sont jointes : modalités

Le Conseil d'État a jugé, le 5 octobre 2018, que les articles R. 412-2, R. 414-1 et R. 414-3 du code de justice administrative (CJA) relatifs à la transmission de la requête et des pièces qui y sont jointes par voie électronique définissent un instrument et les conditions de son utilisation qui concourent à la qualité du service public de la justice rendu par les juridictions administratives et à la bonne administration de la justice. Ils ont pour finalité de permettre un accès uniformisé et rationalisé à chacun des éléments du dossier de la procédure, selon des modalités communes aux parties, aux auxiliaires de justice et aux juridictions.

Le Conseil d'État ajoute que l'inventaire détaillé mentionné par ces articles doit s'entendre comme une présentation exhaustive des pièces par un intitulé comprenant, pour chacune d'elles, un numéro dans un ordre continu et croissant ainsi qu'un libellé suffisamment explicite.

Ces articles imposent également, eu égard à la finalité qui est la leur, de désigner chaque pièce dans l'application Télérecours au moins par le numéro d'ordre qui lui est attribué par l'inventaire détaillé, que ce soit dans l'intitulé du signet la répertoriant dans le cas de son intégration dans un fichier unique global comprenant plusieurs pièces ou dans l'intitulé du fichier qui lui est consacré dans le cas où celui-ci ne comprend qu'une seule pièce. Dès lors, la présentation des pièces jointes est conforme à leur inventaire détaillé lorsque l'intitulé de chaque signet au sein d'un fichier unique global ou de chaque fichier comprenant une seule pièce comporte au moins le même numéro d'ordre que celui affecté à la pièce par l'inventaire détaillé. En cas de méconnaissance de ces prescriptions, la requête est irrecevable si le requérant n'a pas donné suite à l'invitation à régulariser que la juridiction doit, en ce cas, lui adresser par un document indiquant précisément les modalités de régularisation de la requête.

▪ *CE, 5 oct. 2018, n° 418233, Publié au Recueil Lebon*

Audience et usage de la communication audiovisuelle : conditions de régularité

Le Conseil d'État a jugé le 24 octobre 2018 a jugé que la circonstance qu'une partie ne s'est pas opposée à la tenue de l'audience devant le juge du référé ne fait pas obstacle à ce qu'elle se prévale devant le juge de cassation de l'irrégularité du procédé de communication mis en œuvre pour relier en direct à la salle d'audience le ou les magistrats des tribunaux administratifs (TA) d'outre-mer dont la venue à l'audience n'était pas matériellement possible.

Il a ensuite annulé l'ordonnance rendue à l'issue d'une procédure qu'il juge irrégulière. En l'espèce, le juge des référés, saisi d'un litige ressortissant à la compétence du TA de Saint-Pierre-et-Miquelon, se trouvait au TA de la Martinique et sa venue à Saint-Pierre-et-Miquelon n'était matériellement pas possible. Il avait alors décidé d'organiser, depuis le TA de la Martinique, une visioconférence avec la salle d'audience du TA de Saint-Pierre-et-Miquelon. En raison de difficultés techniques faisant obstacle, malgré plusieurs tentatives, à l'utilisation du dispositif de vidéo-audience prévu par les articles L. 781-1, R. 781-1, R. 781-2 du code de justice administrative (CJA) et l'article 1^{er} de l'arrêté du 9 septembre 2005 pris pour l'application de l'article R. 781-3 du CJA et fixant les caractéristiques techniques des moyens de communication audiovisuelle susceptibles d'être utilisés pour la tenue d'audiences dans certains TA d'outre-mer, la greffière du TA de Saint-Pierre-et-Miquelon a eu recours à son téléphone portable, mis sur haut-parleur, pour permettre au juge des référés de tenir l'audience. Le Conseil d'État relève que l'usage du téléphone ne permet que la transmission de messages sonores et non visuels, en méconnaissance des dispositions susmentionnées, notamment de celles de l'article R. 781-2 du CJA. En outre, l'usage du téléphone ne garantit pas non plus le respect des normes prévues par les dispositions de l'article 2 de l'arrêté du 9 septembre 2005. Or, le Conseil d'État décide que le juge ne peut, à titre exceptionnel, s'affranchir de l'obligation d'une transmission à la fois sonore et visuelle que dans l'hypothèse particulière où, compte tenu du délai nécessaire pour mettre en place un dispositif de communication audiovisuelle ou pour organiser le déplacement du ou des magistrats concernés, il ne pourrait plus statuer utilement sur la requête dont il est saisi.

▪ *CE 24 oct. 2018, Société Hélène et fils, n° 419417, Publié au Recueil Lebon*

REVUE DE PRESSE

- E. Mulon (ss. dir.), Les modes amiables en droit de la famille Une nouvelle manière de penser et de travailler, Dr. fam. 2018. Dossier 26 s.
- E. Le Quellenec, Le RGPD en pratique pour les avocats, Gaz. Pal. 9 oct. 2018, p. 16
- Y. Strickler, Exercice de la profession d'avocat et d'expert-traducteur (note ss. Civ. 2^e, 6 sept. 2018, n° 17-60.331 P, Procédures 2018, n° 323
- C. Thévenet, La transformation d'une SCP en AARPI, Maître 2018, n° 246, p. 18
- L. Thiébaud, Du bénéfice de l'exonération de cotisations liée à l'ACCRES (note ss. Civ. 2^e, 20 sept. 2018, n° 17-24.092 P), JCP S 2018. 1349



Secret professionnel : sa protection, son évolution (II)

L'avocat est le confident nécessaire du client, car à défaut « personne n'oserait plus s'adresser à eux si on pouvait craindre la divulgation du secret confié. » (E. Garçon.) Cette exigence d'ordre social est un droit du client et un devoir pour l'avocat. « Essentiel », « fondamental », « consubstantiel à la profession d'avocat », le secret professionnel de l'avocat ne cesse cependant d'être contesté notamment au nom de l'exigence de transparence, alors que dans le même temps, la question de l'extension de la confidentialité aux juristes d'entreprise est posée. Qu'en est-il de cette évolution ? Comment est concrètement assurée la protection du secret professionnel ? C'est à ces questions, existentielles pour la profession d'avocat, que tente de répondre ce dossier des numéros d'octobre (partie I) et novembre (partie II) de la revue.

Écoutes téléphoniques de l'avocat et secret professionnel : quelques propositions de modification du code de procédure pénale <i>David Lévy</i>	359
Secret professionnel de l'avocat et lutte contre le blanchiment : l'impératif de prévention et de vigilance <i>William Feugère</i>	366
Loi de lutte contre la fraude et secret professionnel <i>Anne Vaucher</i>	370
Le secret professionnel et l'éthique de l'avocat <i>Daniel Soulèze Larivière</i>	374
Le secret professionnel soumis aux technologies nouvelles <i>Michel Bénichou</i>	378

Écoutes téléphoniques de l'avocat et secret professionnel : quelques propositions de modification du code de procédure pénale



Les avocats sont écoutés et leurs conversations téléphoniques sont retranscrites, versées au dossier et utilisées. Cette atteinte au secret professionnel leur impose une très grande prudence dans leurs échanges avec leurs clients. Cela ne suffit pas: il faut apporter plus de garanties au régime juridique des interceptions des conversations impliquant les avocats prévu par le code de procédure pénale.

Par
David Lévy
Avocat au barreau
de Paris, ancien
président du Barreau
pénal international

Quel est le point commun entre Michael Cohen, Thierry Herzog et Tania Crasnianski ? Ils sont avocats. Mais surtout, à un moment donné de leur exercice professionnel, ils ont, directement ou indirectement, été placés sur écoute dans le cadre d'enquêtes pénales à la demande d'un juge. Leurs conversations avec leurs clients ont été interceptées, enregistrées, retranscrites et versées au dossier de la procédure. Et les juges ont validé ces pratiques dans les cas de M^e Thierry Herzog¹, à l'exception de ses conversations avec son bâtonnier, et de M^e Tania Crasnianski².

On perçoit d'emblée la tension inhérente à ce moyen intrusif d'enquête : l'acceptation de son principe ainsi que du degré de l'atteinte portée au secret professionnel que l'avocat doit à ses clients³, à la confidentialité des échanges et des correspondances entre un avocat et son client, aux droits de la défense et au droit au respect de la vie privée. À cet égard, la Cour européenne des droits de

l'homme juge de manière constante que « l'interception des conversations d'un avocat avec son client porte incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre ces deux personnes »⁴. Cependant, elle refuse de considérer comme confidentielle toute conversation entre un avocat et son client. Le secret des échanges entre un avocat et son client n'est donc pas absolu.

Cette position s'inscrit dans un contexte normatif et jurisprudentiel dans lequel le secret professionnel imposé à l'avocat ne cesse d'être attaqué, contesté, diminué. Lutte contre le blanchiment, perquisitions et saisies dans les cabinets et aux domiciles des avocats, écoutes téléphoniques des avocats et de leurs clients, dénonciation de montages fiscaux : les autorités de poursuite et d'enquête sont dotées de pouvoirs toujours plus grands pour chercher les éléments de preuve propres à incriminer les avocats dans le cadre

¹ Crim., 22 mars 2016, n° 15-83.205 et 15-83.206 P. D. 2016. 713 ; *ibid.* 2017. 74, obs. T. Wickers ; AJ pénal 2016. 261, obs. P. de Comblès de Nayves ; JCP 2016. 670, obs. C. Vautrot-Schwartz ; *ibid.* 1190, obs. J.-B. Perrier ; Gaz. Pal. 12 avr. 2016, p. 19, note C. Ingrain, R. Lorrain et L. Saenko ; *ibid.* 19 juill. 2016, p. 65, note F. Fourment ; *ibid.* 18 oct. 2016, p. 21, note B. de Belval ; Dr. pénal 2016, n° 101, note M. Haas.
² CEDH, 16 juin 2016, n° 49176/11, D. 2016. 1852, note E. Raschet ; *ibid.* 2017. 74, obs. T. Wickers.
³ L. n° 71-1130, 3 déc. 1971, art. 66-5, et C. pén., art. 226-13.
⁴ CEDH, 3 févr. 2015, n° 30181/05, *Pruteanu c/ Roumanie*, § 49.

de l'exercice de leur mission de conseil et de défense.

Cette situation traduit la dialectique qui irrigue classiquement la jurisprudence constitutionnelle qui appelle le législateur à assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties⁵.

Dans ce contexte et d'un point de vue concret, l'écoute judiciaire⁶ d'un avocat révèle plusieurs enjeux : d'une part, les motifs pour lesquels les interceptions de ses conversations téléphoniques sont déclenchées, à savoir l'existence d'éléments laissant présumer qu'il a commis une infraction ou en est complice ; d'autre part, les conditions dans lesquelles

elles se déroulent, sont utilisées et, le cas échéant, contrôlées.

La jurisprudence relative aux interceptions des communications des avocats a connu des évolutions, certaines récemment critiquées notamment dans le cas de la validation de l'utilisation de la transcription d'écoutes incidentes d'avocats, c'est-à-dire lorsque les propos de l'avocat ont été retenus alors que sa ligne n'était pas surveillée mais que celle de son client l'était.

À partir de l'examen du droit positif gouvernant les écoutes téléphoniques des avocats qui les invitent à la prudence dans leurs échanges avec leurs clients, il nous semble utile de développer des propositions d'évolutions possibles du dispositif prévu par le code de procédure pénale afin de conserver un caractère effectif aux droits de la défense et au secret professionnel.

INVITATION À LA PRUDENCE

Le droit positif et la jurisprudence gouvernant les interceptions des communications des avocats les invitent à la prudence dans leurs échanges avec leurs clients.

Par principe, les interceptions des conversations des avocats ne sont pas interdites. La Cour de cassation a jugé que « les interceptions de communications téléphoniques constituent une ingérence nécessaire, dans une société démocratique, pour lutter contre la délinquance, [...] ces mesures sont autorisées par un juge qui doit être informé de leur exécution et [...] elles répondent à des exigences précises, énoncées par les articles 100 à 100-7 du code de procédure pénale »⁷.

Les interceptions sont donc organisées et encadrées pour réglementer les conditions dans lesquelles il est possible d'écouter un avocat, de transcrire ses propos et, le cas échéant, de les verser au dossier d'une procédure.

Dans quels cas peut-on procéder à l'interception d'une ligne téléphonique d'un avocat ?

En matière criminelle ou correctionnelle si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement et lorsque les nécessités de l'information l'exigent⁸.

Qui prend la décision ?

Un juge d'instruction qui contrôle le déroulement des opérations⁹. En cas d'enquête de flagrance ou préliminaire, le procureur doit demander l'autorisation au juge des libertés et de la détention¹⁰.

Pour quel motif ?

Le juge doit justifier qu'il dispose, préalablement à l'interception, d'éléments faisant présumer la commission ou la participation par l'avocat à une infraction¹¹. Ainsi, les motifs retenus par le juge d'instruction doivent être plausibles et sérieux, ce qui exclut, par exemple, de considérer que le fait pour un avocat de déjeuner avec son client et des fournisseurs de voitures volées¹² ou de converser de manière codée avec un client¹³ établit l'existence d'indices de sa participation à une infraction. Il est aussi interdit de mettre sur écoute un avocat dans le but d'obtenir des renseignements sur son client mis en examen¹⁴.

Combien de temps l'interception peut-elle durer ?

Elle peut durer un maximum de quatre mois. Elle ne peut être renouvelée que dans les mêmes

⁵ Pour un exemple très récent, V. Cons. const., 21 juill. 2017, n° 2017-646/647 QPC, M. Alexis K. e.a. [Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion], JO 23 juill.

⁶ Nous ne traiterons pas ici des écoutes administratives décidées par l'exécutif.

⁷ Crim., 22 mars 2016, n° 15-83.205 P, préc.

⁸ C. pr. pén., art. 100-1.

⁹ C. pr. pén., art. 100-1.

¹⁰ C. pr. pén., art. 706-95.

¹¹ Crim., 15 juin 2016, n° 15-86.043, D. 2016, 1375 ; Actu. 1375 ; JCP 2016, 670, obs. C. Vautrot-Schwarz ; Gaz. Pal. 19 juill. 2016, p. 65, note F. Fourment ; C. pr. pén., art. 100-1.

¹² Crim., 15 janv. 1997, n° 96-83.753, RSC 1997, 668, obs. J.-P. Dintilhac ; Procédures 1997, n° 126, obs. J. Buisson ; Dr. pénal 1997, n° 55, note A. Maron.

¹³ Crim., 8 nov. 2000, n° 00-83.570, D. 2002, 856, obs. B. Blanchard.

¹⁴ CEDH, 24 juill. 2008, n° 18603/03, D. 2008, 2353, et les obs..

conditions de forme et de durée, sans que la durée totale de l'interception puisse excéder un an ou, s'il s'agit d'une infraction prévue aux articles 706-73 et 706-73-1 du code de procédure pénale, deux ans¹⁵.

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 du code de procédure pénale (criminalité et délinquance organisées) l'exigent, le juge des libertés et de la détention peut, à la requête du procureur de la République, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription des conversations téléphoniques pour une durée maximum d'un mois, renouvelable une fois dans les mêmes conditions de forme et de durée¹⁶.

Quelles lignes de l'avocat peut-on intercepter ?

Celles de son cabinet ou de son domicile¹⁷. Cela inclut donc les lignes fixes et les numéros de téléphone portable.

Plusieurs conditions formelles et procédurales doivent être respectées

La décision d'interception est écrite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours¹⁸.

Elle doit comporter tous les éléments d'identification de la ligne à intercepter, l'infraction qui motive le recours à l'interception ainsi que la durée de celle-ci¹⁹. À peine de nullité, le bâtonnier de l'ordre auquel l'avocat visé est inscrit doit être informé de la mesure d'interception par le juge d'instruction²⁰.

Comment sont traitées les écoutes effectuées par les enquêteurs ?

En premier lieu, un procès-verbal de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement est établi par le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire qu'il a commis. Ce procès-verbal mentionne la date et l'heure auxquelles l'opération a commencé et celles auxquelles elle s'est terminée. Les enregistrements sont placés sous scellés fermés²¹. En second lieu, la correspondance utile à la manifestation de la vérité est transcrite par le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire qu'il a commis. Il en est dressé un procès-verbal²².

Quelles sont les limites aux interceptions des conversations des avocats ?

Les droits de la défense

L'article 100-5 du code de procédure pénale interdit, à peine de nullité, de transcrire les correspondances ou conversations avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense qui « commande notamment la confidentialité des correspondances téléphoniques de l'avocat désigné par la personne mise en examen »²³.

La conversation d'un avocat avec son bâtonnier

Dans l'arrêt *Herzog* du 22 mars 2016²⁴, la Cour de cassation a décidé d'annuler la transcription des écoutes entre cet avocat et son bâtonnier. La question était de savoir si, dans le cadre de l'article 100-5 du code de procédure pénale, qui ne prévoit pas précisément le cas, le contenu des échanges avec le bâtonnier relevait de l'exercice des droits de la défense par Thierry Herzog.

La chambre criminelle a répondu au visa de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article préliminaire du code de procédure pénale « qu'il se déduit de ces textes que, même si elle est surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, la conversation téléphonique dans laquelle un avocat placé sous écoute réfère de sa mise en cause dans une procédure pénale à son bâtonnier ne peut être transcrite et versée au dossier de la procédure, à moins qu'elle ne révèle un indice de participation personnelle de ce dernier à une infraction pénale ».

L'échange entre l'avocat et son bâtonnier, qui porte sur tout élément lié à la mise en cause de cet avocat dans une procédure pénale, ne peut pas être transcrit ni versé au dossier. Mais ce principe connaît une exception : la transcription de la conversation entre l'avocat et son bâtonnier peut être faite si l'échange révèle un indice de participation personnelle du bâtonnier à une

Si un avocat veut parler de choses importantes à son client, ce dernier se rend au cabinet de son conseil et l'on évitera les lieux publics ou privés qui peuvent faire l'objet d'une sonorisation. On prendra également toutes les précautions utiles lorsque l'on devra parler à la famille ou à l'entourage du client.

¹⁵ C. pr. pén., art. 100-3.

¹⁶ C. pr. pén., art. 706-95.

¹⁷ C. pr. pén., art. 100-2.

¹⁸ C. pr. pén., art. 100-1.

¹⁹ C. pr. pén., art. 100-1.

²⁰ C. pr. pén., art. 100-7, al. 2.

²¹ C. pr. pén., art. 100-4.

²² C. pr. pén., art. 100-5.

²³ Crim. 15 janv. 1997, n° 96-83.753 P, préc.

²⁴ Crim. 22 mars 2016, n° 15-83.205 P, préc.

infraction pénale, ce qui n'était pas le cas dans l'espèce citée.

L'exploitation d'une écoute indirecte n'est pas interdite

L'écoute indirecte correspond au cas où la ligne de l'avocat n'est pas surveillée, mais celle de son client ou d'un tiers avec lequel il peut être amené à discuter. Les articles 100 et suivants du code de procédure pénale ne prévoient pas et n'empêchent pas l'écoute indirecte ou fortuite d'un avocat dont un des clients serait placé sous écoute.

Dans sa décision *Herzog* du 22 mars 2016²⁵, la Cour de cassation retient que les textes ne s'opposent pas « à la captation, à l'enregistrement et à la transcription des propos d'un avocat intervenant sur la ligne téléphonique d'un tiers régulièrement placée sous écoute, dès lors que, comme en l'espèce, en premier lieu, cet avocat n'assure pas la défense de la personne placée sous surveillance, qui n'est ni mise en examen ou témoin assisté ni même n'a été placée en garde à vue dans la procédure en cause [...] »²⁶.

Cette exception peut être considérée comme trop restreinte car elle permet tout de même, comme dans l'affaire « Sarkozy/Herzog », la transcription des conversations d'un avocat avec un client dont il n'assure pas – encore – la défense, qui n'est pas mis en examen ou témoin assisté ou qui

n'a pas été placé en garde à vue dans la procédure en cause. Cet arrêt développe une conception des droits de la défense qui les fait débiter à partir d'une mise en cause et non à partir de la consultation d'un avocat dans le cadre d'une réflexion préalable à un acte de mise en cause ou permettant de préparer sa défense.

Enfin, on rappellera que la Cour de Strasbourg a considéré qu'une personne qui fait l'objet d'écoutes par ricochet doit pouvoir bénéficier d'un « contrôle efficace » pour pouvoir les contester²⁷.

Quels enseignements pratiques peut-on tirer du droit positif ?

Les avocats ne doivent pas craindre de communiquer avec leurs clients. Mais ils sont tenus à un devoir de prudence et doivent prendre quelques précautions simples, pour la plupart connues de tous : ne pas utiliser de messageries instantanées non sécurisées ou non chiffrées, recourir à des solutions de chiffrement des *mails*, ne pas tenir de conversations téléphoniques abordant le fond d'un dossier ou la stratégie de défense retenue. Si un avocat veut parler de choses importantes à son client, ce dernier se rend au cabinet de son conseil et l'on évitera les lieux publics ou privés qui peuvent faire l'objet d'une sonorisation. On prendra également toutes les précautions utiles lorsque l'on devra parler à la famille ou à l'entourage du client.

PROPOSITIONS D'ÉVOLUTION DU DISPOSITIF APPLICABLE AUX INTERCEPTIONS DES CONVERSATIONS DES AVOCATS AVEC LEURS CLIENTS

Soyons réalistes et demandons l'impossible, à savoir l'interdiction absolue des *écoutes* des avocats. Il ne s'agit pas de demander une quelconque immunité ou impunité, mais le respect du droit fondamental au secret sans lequel la défense et les droits de la défense ne sont rien d'autre qu'une fiction commode pour prétendre respecter les règles du procès équitable. On pourrait ainsi adopter, par exemple, le système en vigueur dans l'État de New York où les avocats déclarent un numéro sur lequel les appels entrants et sortants ne peuvent jamais être enregistrés. Une proposition de loi n° 2849, présentée par M. Jean-François Mancel et enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 3 juin 2015, comprenait un dispositif inspiré de cet exemple américain et tentait d'encadrer plus strictement les écoutes téléphoniques des avocats²⁸.

Cette revendication légitime est malheureusement inaudible dans un temps qui privilégie la sécurité et la transparence.

On est donc réduit à chercher des pistes d'amélioration du régime juridique des interceptions des conversations téléphoniques impliquant des avocats prévu par les articles 100 et suivants du code de procédure pénale.

Nous écarterons d'emblée l'approche visant à distinguer la mise sur écoute d'un avocat pour une infraction en relation avec la profession ou pour des faits étrangers à l'exercice de la profession. La critique essentielle qui peut être adressée à cette distinction est qu'elle ne pourra être mise en œuvre qu'*a posteriori*, c'est-à-dire après l'enregistrement et la transcription de toutes les conversations impliquant un avocat. Ce serait

²⁵ Crim. 22 mars 2016, n° 15-83.205 P, préc.

²⁶ Cette décision s'inscrit dans une jurisprudence connue dont il résulte que « la liberté de communication entre l'avocat et son client qui entraîne l'interdiction d'intercepter les correspondances ou les communications téléphoniques qu'ils échangent, ne fait pas obstacle à ce que le juge d'instruction, après avoir placé sous écoute téléphonique le domicile d'un proche d'une personne mise en examen, intercepte les communications de ce dernier avec l'avocat de la personne » : Crim., 30 sept. 1998, n° 98-81.951, D. 1998, 247.

²⁷ CEDH 3 févr. 2015, *Pruteanu c/ Roumanie*, préc.

²⁸ www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion2849.asp

une régression inacceptable par rapport au droit positif.

Existence préalable d'indices graves et concordants laissant présumer que l'avocat participe ou a participé à la commission d'une infraction

La décision de déclencher l'interception des conversations impliquant un avocat ne devrait être prise que s'il existe préalablement à la mesure des indices graves et concordants laissant présumer que l'avocat participe ou a participé à la commission d'une infraction.

L'article 100, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale justifie le déclenchement des interceptions, « lorsque les nécessités de l'information l'exigent », par la référence à des crimes ou à des délits faisant l'objet d'une instruction et passibles d'une peine égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement. Autrement dit, et en l'état, les conversations téléphoniques d'un avocat peuvent être interceptées, comme pour toute personne, dès lors qu'il existe des éléments faisant présumer la commission ou la participation par cet avocat à une infraction.

Afin d'encadrer strictement le recours aux interceptions des conversations des avocats, il convient de ne prévoir leur déclenchement que pour des motifs graves et plus précis que ceux actuellement prévus. Il est donc proposé de recourir au standard plus élevé des « indices graves et concordants laissant présumer que l'avocat participe ou a participé à la commission d'un crime ou d'un délit ». À cet égard, la référence à des « raisons plausibles de soupçonner » serait insuffisante car susceptible de permettre à un juge d'espérer obtenir des éléments dont il ne dispose pas antérieurement au déclenchement de la mesure. Il s'agirait ainsi de présumer que lorsqu'on appelle un avocat, c'est en principe dans le cadre de l'exercice des droits de sa défense. Il faudrait donc prouver le contraire avant de se permettre d'écouter un avocat.

On pourrait donc créer un deuxième alinéa à l'article 100 du code de procédure pénale prévoyant que « l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications par un avocat ne peuvent être prescrits que lorsque des indices graves et concordants laissent présumer que l'avocat participe ou a participé à la commission d'un crime ou d'un délit ».

Déclenchement de l'interception et compétence du juge d'instruction

La décision initiale de déclenchement de l'interception demeure de la compétence du juge d'instruction, magistrat du siège.

Cette proposition de ne rien changer à cette phase du processus de l'interception peut se justifier par plusieurs éléments créant un contrôle de la mesure décidée par le juge d'instruction : réduction de la durée à deux mois, décision de renouvellement soumise à l'autorisation d'un magistrat du siège (juge des libertés et de la détention) au terme d'un débat dans lequel le bâtonnier aura exprimé sa position²⁹.

En tout état de cause, il est impératif que le procureur de la République puisse ne pas prendre une décision seul et sans contrôle ou autorisation *a priori* par un magistrat du siège, ou sans contrôle *a posteriori*, c'est-à-dire sans qu'aucune voie de recours soit prévue. À cet égard, nous rappellerons que le Conseil constitutionnel insiste sur la nécessité de contrôler les décisions du procureur de la République par un juge du siège³⁰ ou de prévoir une voie de recours contre elles³¹.

Recours contre la décision de placement sur écoute

La Cour européenne des droits de l'homme, dans sa décision *Pruteanu c/ Roumanie*³², a insisté sur le fait que la seule garantie résidant dans une annulation *a posteriori* de la mesure pouvait être insuffisante dans le cadre d'une telle ingérence. Un recours contre la décision de placement sur écoute semble donc nécessaire, ce qui entraînerait une modification du second alinéa de l'article 100 du code de procédure pénale.

Durée initiale de l'interception de deux mois, renouvelable

Un des moyens d'encadrer strictement la mesure est, d'une part, de limiter la durée initiale pendant laquelle le juge d'instruction pourra recourir à l'interception des conversations et, d'autre part, de prévoir un nombre limité de renouvellements (entre 2 et 4 fois maximum). On rappellera que la durée de l'interception prévue par l'article 706-95 du code de procédure pénale dans le cadre de la procédure applicable à la criminalité organisée est d'un mois renouvelable une fois.

Cette proposition s'explique notamment au regard du standard élevé retenu pour la

²⁹ Pour être complet, on signalera une idée différente issue d'une proposition de loi n° 3047 enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 15 septembre 2015, visant à garantir le secret professionnel de l'avocat, présentée par les députés Philippe Houillon, Bernard Gérard, Pierre Morel-A-L'Huissier. Ce texte proposait de confier au juge des libertés la mission d'autoriser les écoutes y compris au cours de l'instruction.

³⁰ Cons. const., 4 avr. 2014, n° 2014-387 QPC.

³¹ Cons. const., 11 avr. 2014, n° 2014-390 QPC, D. 2014, 873 ; *ibid.* 2015, 1457, obs. L. Gay et A. Mangiavillano ; AJ pénal 2014, 368, obs. P. Belloir.

³² CEDH 3 févr. 2015, *Pruteanu c/ Roumanie*, préc.

En tant que garant du secret professionnel et tenu au respect du secret de l'instruction, le bâtonnier doit être convié à donner son avis sur les transcriptions des interceptions déjà réalisées au moment de l'audience de renouvellement de la mesure.

justification du déclenchement de l'interception. Si, antérieurement à cette mesure, le juge d'instruction a rassemblé des « indices graves et concordants laissant présumer que l'avocat participe ou a participé à la commission d'un crime ou d'un délit », l'interception de la conversation ne devrait avoir pour objet que de les confirmer ou de les renforcer. Un temps plus bref est donc justifié. Il faut ainsi éviter que l'interception serve à établir la matérialité d'une infraction pour laquelle le juge, ne disposant d'aucun élément important antérieurement à son déclenchement, irait « à la pêche » aux renseignements.

Renouvellement de l'interception soumis à l'autorisation d'un magistrat du siège

La décision de renouvellement de l'interception doit être soumise à l'autorisation d'un magistrat du siège, par exemple le juge des libertés et de la détention.

Il ne doit pas appartenir au juge qui a déclenché la mesure de décider de sa prolongation. Il doit solliciter son renouvellement d'un magistrat tiers à la procédure, qui analysera d'un œil neuf les éléments recueillis et déterminera s'ils répondent aux standards posés et sont de nature à justifier que l'interception se poursuive.

Motivation spéciale

La décision initiale et de renouvellement de l'interception des communications impliquant un avocat doit être spécialement motivée. Cette exigence fait partie des garanties minimales liées à l'esprit de la modification du régime juridique des interceptions des conversations impliquant un avocat, à savoir la nécessité de prévoir un contrôle de la mesure et de ses motifs actuellement inexistant.

Information du bâtonnier

Le bâtonnier doit être informé du déclenchement et du renouvellement de l'interception. Il doit également participer à l'audience de renouvellement de la mesure et être amené à se prononcer sur les éléments recueillis.

La simple information du bâtonnier du déclenchement de l'interception des conversations d'un avocat, actuellement prévue par l'article 100-7, alinéa 2, du code de procédure pénale, est indispensable, mais insuffisante si l'on cherche à renforcer le contrôle de cette mesure, notamment lors de son renouvellement. En tant que garant du secret professionnel et tenu au respect du secret de l'instruction, le bâtonnier doit être convié à donner son avis sur les transcriptions des interceptions déjà réalisées au moment de l'audience de renouvellement de la mesure. Une variante de cette proposition pourrait prévoir une possibilité pour le bâtonnier de contester, le cas échéant, la mesure au moment de la décision prescrivant son déclenchement ou son renouvellement. On pourrait ainsi ajouter un alinéa à l'article 100-2 du code de procédure pénale rédigé comme suit : « La décision d'interception de correspondances émises par la voie des télécommunications par un avocat est prise pour une durée maximum de deux mois. Elle ne peut être renouvelée qu'une fois pour la même durée par le juge des libertés et de la détention par décision spécialement motivée. Le bâtonnier est entendu lors de l'audience de renouvellement de la décision d'interception et peut donner son avis sur les transcriptions des interceptions déjà réalisées ».

Recours après le versement au dossier des retranscriptions des interceptions des conversations

Il conviendrait de prévoir un recours après le versement au dossier des retranscriptions des interceptions des conversations.

Ce recours pourrait être exercé par l'avocat écouté, par le ou les personnes avec lesquelles il parle.

Transcription limitée aux conversations faisant présumer la participation de l'avocat à un crime ou à un délit

À peine de nullité, seules les conversations faisant présumer la participation de l'avocat à un crime ou à un délit/à une infraction peuvent être transcrites.

Transcription interdite des conversations d'un bâtonnier relevant de l'exercice de sa fonction et des droits de la défense

À peine de nullité, la transcription des conversations d'un bâtonnier relevant de l'exercice de sa fonction et des droits de la défense est interdite. La combinaison de ces deux exigences, qui codifie la jurisprudence, est destinée à éviter les dérives de la procédure mises en lumière par l'affaire « Sarkozy-Herzog » et à protéger le principe fondamental du secret professionnel que l'avocat doit à son client et du droit que ce dernier a au respect de sa vie privée.

Il convient également d'ajouter le cas des conversations qu'un bâtonnier a dans l'exercice de cette fonction ainsi que lorsqu'il se trouve dans le cas de l'exercice des droits de la défense.

Le troisième alinéa de l'article 100-5 du code de procédure pénale pourrait être modifié comme suit : « À peine de nullité, seules les conversations faisant présumer la participation de l'avocat à un crime ou à un délit peuvent être transcrites. À peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense ou celles d'un

bâtonnier dans l'exercice de sa fonction ou relevant de l'exercice des droits de la défense ».

Information de l'ordre des avocats en cas d'interception des conversations d'un bâtonnier en exercice

Lorsque le bâtonnier en exercice fait lui-même l'objet d'une décision d'interception de ses conversations, il ne peut naturellement pas en être informé dans les conditions prévues par les propositions figurant à l'article 100-7 du code de procédure pénale. Il convient alors de prévoir que l'information est adressée au bâtonnier le plus ancien en exercice membre du conseil de l'ordre ou, s'il n'y en a pas, au membre le plus ancien du conseil de l'ordre.

Le deuxième alinéa de l'article 100-7 du code de procédure pénale pourrait être complété par la disposition suivante : « En cas d'interception sur une ligne dépendant du cabinet ou du domicile du bâtonnier en exercice, le juge d'instruction en informe le bâtonnier le plus ancien membre du conseil de l'ordre ou, s'il n'y en a pas, le membre le plus ancien du conseil de l'ordre ».

* * *

Les avocats doivent repenser et adapter leurs relations et la nature de leurs échanges avec leurs clients ainsi que les moyens qu'ils utilisent pour leurs communications.

La question des interceptions de la retranscription des conversations des avocats nous conduit à rappeler que le secret professionnel n'est pas un privilège des avocats, c'est une lourde charge qui leur incombe du fait de leur mission et de leur qualité d'auxiliaire de justice. La nature et les caractères du secret professionnel font que les avocats ne protègent aucun privilège qui leur soit propre.

Au-delà, ce n'est pas seulement le secret professionnel qu'il convient de défendre, mais les principes fondamentaux qui l'englobent. En effet, porter atteinte au secret professionnel, c'est s'attaquer au procès équitable ; s'en prendre

aux droits de la défense ; dire aux personnes physiques et aux acteurs économiques qu'ils ne peuvent plus être conseillés objectivement et de manière indépendante pour ce qui touche à l'organisation de leur vie familiale, patrimoniale, entrepreneuriale ; dire que nous n'avons plus d'intimité ni de droit à la pudeur.

Les individus et les entreprises ont le droit et le devoir d'avoir des secrets. Cela est légitime et consubstantiel à leur liberté. C'est la garantie ultime des droits et libertés de chacun. Nous devons affirmer que la volonté de transparence a des limites. Ces secrets ne sont pas forcément la marque ou la preuve d'un crime ou d'un comportement illicite ou illégal, ou d'un comportement antisocial. Ces secrets doivent être respectés et protégés. La violation de ces secrets doit être sanctionnée.

Secret professionnel de l'avocat et lutte contre le blanchiment : l'impératif de prévention et de vigilance



Par

William Feugère
(Feugère Avocats),
président d'honneur des Avocats
conseils d'entreprises (ACE), ancien
membre du Bureau
du Conseil national
des barreaux,
ancien membre du
Conseil de l'Ordre

Les avocats sont soumis depuis la directive du 4 décembre 2001 au dispositif de prévention et de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Le rôle social et judiciaire spécifique des avocats a justifié que des règles en partie dérogatoires leur soient appliquées qui doivent être comprises et maîtrisées. En découlent des conseils pratiques pour que les avocats, grâce une vigilance renforcée, ne puissent être utilisés malgré eux dans des opérations illicites.

« La transparence et l'obstacle »¹, cette formule résume parfaitement une lourde opposition entre deux principes d'intérêt général : d'une part, la volonté légitime de lutter contre le blanchiment et le financement du terrorisme, de l'autre, le secret des avocats, essentiel et fondamental pour toute démocratie.

La volonté de transparence s'appuie sur des impératifs de sécurité et de prévention. Chacune des directives européennes en matière de blanchiment a fait suite à des attentats et s'est voulue une adaptation aux nouvelles pratiques des criminels. Les institutions compétentes, le Groupe d'action financière (GAFI) au premier plan, interviennent pratiquement selon une méthode agile.

La cinquième directive du 30 mai 2018², rappelle ainsi (consid. 2) : « Les attentats terroristes perpétrés récemment ont mis en lumière l'émergence de nouvelles tendances, notamment dans la manière dont les groupes terroristes financent et mènent leurs opérations. [...] Afin de suivre le rythme des nouvelles tendances, des mesures supplémentaires devraient être prises pour garantir une plus grande transparence des transactions financières, des sociétés et autres entités juridiques,

[...] en vue d'améliorer le cadre de prévention en vigueur et de lutter plus efficacement contre le financement du terrorisme ».

Il est ajouté (consid. 4) qu'il « est nécessaire de continuer à améliorer la transparence globale de l'environnement économique et financier de l'Union. La prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ne saurait toutefois être efficace sans la mise en place d'un environnement hostile aux criminels qui cherchent à mettre leurs actifs à l'abri en utilisant des structures opaques. [...] L'amélioration de la transparence pourrait être un puissant moyen de dissuasion ».

Les avocats sont en fait soumis aux dispositions de la lutte contre le blanchiment depuis la loi du 11 février 2004³, transposant la deuxième directive européenne du 4 décembre 2001⁴, qui, les soumettant à une législation conçue pour les établissements bancaires, les assurances ou les casinos, leur a imposé une obligation qui les a heurtés : la déclaration de soupçon.

Celle-ci est prévue à l'article L. 561-15 du code monétaire et financier, qui dispose que les personnes assujetties (dont les avocats⁵) sont tenues de déclarer à Tracfin « les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur

¹ J. Starobinski, J.-J. Rousseau : *la transparence et l'obstacle*, Plon, 1957, rééd. Gallimard, 1976.

² Dir. n° 2018/843/UE du Parlement européen et du Conseil, 30 mai 2018, JOUE 19 juin.

³ L. n° 2004-130, 11 févr. 2004, art. 70.

⁴ Dir. n° 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, 4 déc. 2001, JOUE 28 déc., mod. Dir. n° 91/308/CEE du Conseil, 10 juin 1991, JOUE 28 juin.

⁵ C. mon. fin., art. L. 561-2, 13°.

des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme ».

Les avocats sont naturellement favorables à la lutte contre la criminalité organisée et contre le terrorisme, dont ils défendent par ailleurs les victimes. Ils ont ainsi adopté sans difficulté une obligation de prudence et de vigilance, qui ne souffre aucune exception, figurant à l'article 1.5 du règlement intérieur national (RIN)⁶.

Mais les textes vont bien plus loin, les infractions concernées incluant depuis la troisième directive du 26 octobre 2005⁷ à peu près tous les délits, du vol au harcèlement moral, de la tromperie au travail dissimulé, et bien sûr la fraude fiscale.

En outre, le Conseil d'État définit le soupçon comme une « absence de certitude »⁸ ; Tracfin évoque des nuances de gris, la déclaration devant lui être adressée dès le gris clair.

De fait, l'objectif est la répression : de la vigilance naît le doute, donc le soupçon, qui doit être déclaré, pour favoriser *in fine* des poursuites, fiscales ou pénales.

LE SECRET DE L'AVOCAT : UN RÔLE FONDAMENTAL

On comprend les oppositions des avocats, qui au lieu de défendre leurs clients devraient les dénoncer sur le fondement d'un simple soupçon, avec toutes les conséquences attachées à la saisine d'un service de renseignement de l'État...

Les objectifs peuvent être louables, mais, il convient de respecter un principe de proportionnalité. Gagne-t-on vraiment contre le terrorisme en affaiblissant les principes fondamentaux des démocraties qu'ils attaquent ?

Or, précisément, le secret des avocats en fait partie. Il vise à assurer le respect des droits de chacun, et donc du Droit. Si une femme, un homme, un enfant, une entreprise, ne peuvent pas s'exprimer en toute liberté auprès de leur avocat, s'ils craignent cette parole parce que l'avocat pourrait la trahir, alors ils se taisent. Et leur silence empêche de les conseiller ou les défendre, faute de connaître la réalité de leur situation.

C'est pourquoi le secret est général et absolu, et intervient « en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense »⁹.

Le GAFI rappelle d'ailleurs ce rôle fondamental du secret de l'avocat dans son projet de lignes directrices à l'usage de la profession¹⁰ : *"This nearly universal principle is based on the right of access to justice and the rationale that the rule of law is protected where clients are encouraged to communicate freely with their legal advisors without fear of disclosure or recrimination"*¹¹.

Il a donc fallu que les textes tentent (imparfaitement) de concilier ces principes, ces droits et devoirs : la transparence que souhaite la répression, et l'obstacle naturel qu'est le secret.

UN RÉGIME DÉROGATOIRE

Les avocats ont ainsi obtenu, dans l'intérêt général mais de haute lutte, un régime dérogatoire au regard notamment de l'obligation de déclaration de soupçon. Un article spécifique leur est dédié : l'article L. 561-3 du code monétaire et financier, qui apporte des restrictions successives aux mesures qui leur sont applicables.

Ainsi, aussi bien en matière de vigilance que de déclaration de soupçon, les avocats ne sont soumis aux obligations de lutte contre le blanchiment que pour des domaines d'activité limitativement énumérés¹².

En premier lieu, l'avocat est pleinement soumis à toutes les dispositions du code monétaire et financier, sans aucune exception, lorsqu'il intervient comme fiduciaire, étant lui-même légalement l'auteur des transactions. L'article 66-5, alinéa 2, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 écarte même les protections du secret professionnel en la matière¹³.

En second lieu, l'avocat est soumis aux dispositions du code monétaire et financier s'il

Les objectifs peuvent être louables, mais, il convient de respecter un principe de proportionnalité. Gagne-t-on vraiment contre le terrorisme en affaiblissant les principes fondamentaux des démocraties qu'ils attaquent ?

⁶ Décis. normative du 30 juin 2011, JO 21 juill.

⁷ Dir. n° 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil, 26 oct. 2005, JOUE 25 nov.

⁸ CE 3 déc. 2003, n° 247985 ; CE 3 déc. 2003, n° 244084 ; CE 12 janv. 2004, n° 245750 ; CE 31 mars 2004, n° 256355.

⁹ L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 66-5.

¹⁰ Projet de lignes directrices en cours d'adoption.

¹¹ « Ce principe quasi-universel a pour fondement le droit d'accès à la justice et l'idée que l'État de droit est préservé dès lors que les clients sont encouragés à communiquer librement avec leurs conseils juridiques, sans crainte de divulgation ou de sanction. »

¹² C. mon. fin., art. L. 561-3, I

¹³ « [...] sauf pour les correspondances, dépourvues de la mention "officielle", adressées à cet avocat par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité. »

Nous ne serons légitimes à exiger le maintien des règles dérogatoires que si nous sommes en mesure non seulement d'affirmer mais de démontrer que nous sommes irréprochables dans la prévention.

assiste son client « dans la préparation ou la réalisation » de transactions concernant sept items d'activités spécifiques : l'achat ou vente d'immeuble ou de fonds de commerce ; la gestion de fonds, titres ou d'actifs ; l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne, d'assurance ; « l'organisation des apports nécessaires à la constitution de sociétés » ; la constitution, gestion ou direction de sociétés ; la constitution, gestion ou direction de fiducies ; enfin, la constitution ou gestion de fonds de dotation.

Il s'agit là des cas les plus classiques d'intervention des avocats en conseil et rédaction d'actes.

Dans ce champ, toutes les dispositions du code monétaire et financier ne seront pas pour autant applicables aux avocats ; deux dérogations sont prévues par l'article L. 561-3, II, afin précisément de protéger le secret professionnel... ou d'en atténuer l'atteinte puisque l'avocat ne sera alors tenu à aucune déclaration de soupçon.

La première restriction est celle de l'activité juridictionnelle, prise au sens le plus large, « que les informations dont ils disposent soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure », incluant tous les modes de règlement alternatifs des litiges.

La seconde est celle des consultations juridiques, « à moins qu'elles n'aient été fournies à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou en sachant que le client les demande aux fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ».

Ces restrictions sont fondamentales. Notamment la consultation, c'est-à-dire l'évaluation de la situation du client, car elle est un préalable à toute activité de l'avocat, indispensable pour tout dossier.

Ainsi, en synthèse, l'avocat ne sera en pratique soumis à une éventuelle obligation de déclaration de soupçon que lorsqu'il aura dépassé le cadre purement consultatif et

commencé à rédiger dans l'un ou l'autre des sept items d'activité évoqués.

Et là encore un statut dérogatoire vient apporter une protection au secret de l'avocat : s'il doit déclarer un soupçon, ce n'est pas à Tracfin directement qu'il s'adressera, mais à son bâtonnier¹⁴. C'est fondamental. Au bâtonnier, l'avocat peut tout dire, se confier librement, il ne trahit pas alors son secret. Le bâtonnier s'assurera que l'avocat intervient bien dans l'une des activités susvisées, peut-être même contribuera-t-il à lever le doute, par son expérience du sujet. Il appréciera ensuite si la déclaration doit être transmise et c'est alors lui, et non l'avocat, qui l'adressera à Tracfin.

Ce principe du filtre du bâtonnier a été consacré par la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa décision *Michaud c/ France* du 6 décembre 2012¹⁵, considérant que la déclaration de soupçon ne portait pas atteinte à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales protégeant le droit au respect de la vie privée et familiale dès lors qu'en étaient exclues la consultation et l'activité juridictionnelle et que la loi avait mis en place le filtre du bâtonnier.

CONSEILS PRATIQUES

De ces dispositions particulières découlent divers conseils pratiques pour les avocats, et des devoirs pour eux-mêmes et leurs institutions.

En premier lieu, évidemment, pèse sur l'avocat le devoir d'être extrêmement vigilant le plus en amont possible de son dossier. On a rappelé l'obligation générale de prudence qui lui est imposée. Il faudra vérifier l'identité des clients, du bénéficiaire effectif, l'origine des fonds, la finalité de l'opération. Ces mesures évidentes permettent de détecter les difficultés avant toute rédaction d'acte, donc avant de se trouver en situation d'avoir à déclarer son soupçon.

En cas de soupçon, l'avocat aura en outre le devoir de se déporter, conformément à l'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. À défaut d'y parvenir, il doit se retirer du dossier »¹⁶. C'est d'ailleurs une spécificité de la profession

¹⁴ C. mon. fin., art. L. 561-17.

¹⁵ CEDH 6 déc. 2012, n° 12323/11, *Michaud c/ France*, JCP 2013, 64, n° 3, obs. F. Sudre ; *ibid.* 187, note H. Robert ; *ibid.* 622, n° 5 obs. D. Lévy.

¹⁶ À cet égard, on précisera que si la déclaration de soupçon doit demeurer confidentielle, l'avocat n'ayant pas le droit d'en informer son client (C. mon. fin., art. L. 561-18, al. 1^{er}), ce dernier a néanmoins le droit de « s'efforcer de dissuader » son client (C. mon. fin., art. L. 561-18, al. 3).

d'avocat, alors que d'autres ont au contraire une obligation d'instrumenter.

En cas de déclaration de soupçon, l'avocat n'attendra d'ailleurs pas une éventuelle opposition de Tracfin pour arrêter l'opération¹⁷, il se déportera immédiatement, d'autant que l'absence d'opposition ne signifie pas que l'opération est licite, Tracfin peut souhaiter qu'elle s'exécute pour identifier d'éventuels autres protagonistes. L'avocat ne saurait prendre le moindre risque d'être utilisé malgré lui, quelles qu'en soient les justifications.

Par ailleurs, l'avocat en matière de rédaction d'acte doit s'efforcer de convaincre ses clients de faire passer les transactions par les caisses autonomes des règlements pécuniaires des avocats (CARPA), au lieu de paiements « hors la vue ». Le rôle des CARPA est fondamental car elles agissent comme un pare-feu, en assurant en temps réel la vérification des transactions et en apportant à l'avocat leur expérience en la matière. Elles permettent de l'avertir en cas de doute ou difficulté, évitant que l'avocat ne soit utilisé malgré lui, protégeant également le client qui pourrait se trouver mêlé à une opération illicite sans en être conscient¹⁸. Ce contrôle par des experts en cours de dossier est sans équivalent, les autres professions se contentant de contrôles *a posteriori*.

Dernier conseil pratique : ne pas rester seul. L'isolement est le pire des dangers. L'avocat doit se confier en cas de doute. À son bâtonnier, on l'a vu. Mais également à ses confrères, au sein de son cabinet. Il doit le faire en amont, mais également en aval d'une éventuelle déclaration de soupçon, pour protéger son équipe. C'est d'ailleurs une dérogation au principe de confidentialité d'une déclaration de soupçon : on peut la révéler au sein de son réseau ou de sa structure d'exercice¹⁹, ou même d'un autre professionnel assujéti intervenant pour le même client et pour une même opération²⁰, dans un principe de protection mutuelle.

UN ÉQUILIBRE FRAGILE

Les dérogations obtenues par la profession d'avocat sont fondamentales, mais fragiles. Elles sont sans cesse remises en cause, toujours sous couvert d'efficacité et de sécurité publique. Ainsi, il a été tenté à plusieurs reprises d'assujétir les CARPA aux obligations de déclaration de soupçon.

Cela impose aux institutions des avocats, comme aux avocats eux-mêmes, une vigilance constante mais aussi des devoirs particuliers.

Le nombre très faible de déclarations de soupçon reçues par Tracfin venant des avocats (via leurs bâtonniers) est régulièrement reproché. Il s'explique cependant par la vigilance des avocats, leur retrait des dossiers litigieux, et leur principe essentiel de probité. Il est d'ailleurs cohérent avec celui, encore plus faible, pour ne pas dire inexistant, d'avocats poursuivis pour avoir participé à une infraction de blanchiment.

Mais nous ne serons légitimes à exiger le maintien des règles dérogatoires que si nous sommes en mesure non seulement d'affirmer mais de démontrer que nous sommes irréprochables dans la prévention.

Le Conseil national des barreaux dispose d'une cellule de veille et prévention, qui a notamment rédigé un guide pratique régulièrement mis à jour. Des modules de formation initiale et continue sont établis²¹. Les conseils des ordres ont, quant à eux, le devoir « de vérifier le respect par les avocats de leurs obligations [...] en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et de se faire communiquer [...] les documents relatifs au respect de ces obligations »²². En cas de difficulté, le bâtonnier est autorisé de poursuite.

Former, expliquer, contrôler, sanctionner. Être rigoureux et intransigeant, pour ne pas avoir à dénoncer.

¹⁷ Prévue à l'article L. 561-24 du code monétaire et financier.

¹⁸ Ainsi en cas de cession de fonds de commerce, le cédant peut ne pas être conscient que le cessionnaire tente d'utiliser des fonds d'origine illicite.

¹⁹ C. mon. fin., art. L. 561-20, II.

²⁰ C. mon. fin., art. L. 561-21.

²¹ À cet égard, on rappellera que c'est la même loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques qui a soumis les avocats au code monétaire et financier et qui a institué la nécessaire obligation de formation continue.

²² L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 17, 13°.

Loi de lutte contre la fraude et secret professionnel



Par

Anne Vaucher
Avocat au barreau
des Hauts-de-Seine,
Vaucher Binisti
Avocats ASBV

La loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude est apparue pour le gouvernement comme le nécessaire complément à la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. Qu'en est-il du secret professionnel après cette loi ?

La lutte contre la fraude garantit la justice, l'équité et les droits de l'Homme. Mais cette lutte ne doit pas contrevenir au droit des citoyens et à l'épanouissement d'un État démocratique. Abolir la fraude est la volonté de tous. Mais à quel prix ?

La très récente loi de lutte contre la fraude a pris le parti de malmener le secret afin de favoriser les contrôles, de contraindre à communiquer des informations confidentielles, à dénoncer publiquement les contrevenants et à punir administrativement les potentiels facilitateurs.

Cette atteinte au secret se situe aussi bien au niveau de l'administration fiscale et sociale qu'au niveau de certains prestataires de services privés dont les rôles sont nécessaires, utiles pour l'épanouissement de la société et dont les prestations sont souvent imposées par la loi.

Avant d'aborder le secret professionnel de l'avocat, il semble intéressant d'énumérer certaines des brèches que porte cette loi au secret ; c'est-à-dire à la confidentialité et au respect de la vie privée.

Le principe du secret c'est le droit de se confier en espérant dans certains cas, ou en étant certain dans d'autres, que sa confiance ne sera pas diffusée. C'est le droit de demander conseil ou de l'aide sans être jugé ou dénoncé. C'est aussi la possibilité de comprendre ses erreurs et de les corriger.

Au nom de la lutte contre la fraude fiscale et sociale, certains droits acquis sont remis en cause et semblent voués à disparaître. Les informations

données discrètement à une personne pourraient être aujourd'hui partagées par le dépositaire avec d'autres personnes, sans que le confident n'en soit informé, et sans qu'il puisse se douter de la gravité de la divulgation de son secret.

LE SECRET FISCAL DES AGENTS DE LA DIRECTION DES FINANCES PUBLIQUES

Les fonctionnaires sont soumis au secret et la discrétion professionnelle dans leurs missions. Les agents de l'État sont attachés à ce secret et en sont respectueux. Il s'agit autant d'un devoir que d'une protection pour l'agent et le citoyen. C'est la base de la confiance que porte le citoyen aux membres de l'administration de l'État.

Les agents de la Direction générale des Finances publiques sont soumis au secret professionnel au travers notamment de l'article L. 103 du Livre des procédures fiscales. Il dispose que « l'obligation de secret professionnel, telle qu'elle est définie aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal, s'applique à toutes les personnes appelées à l'occasion de leurs fonctions ou attributions à intervenir dans l'assiette, le contrôle, le recouvrement ou le contentieux des impôts, droits, taxes et redevances prévus au code général des impôts ».

Jusqu'à la promulgation de cette loi relative à la lutte contre la fraude, le secret pouvait être opposé par ces agents aux administrations de l'État, des régions, des départements et des

communes, sous réserve, toutefois, des exceptions prévues par la loi.

Or la loi de lutte contre la fraude crée une communication des données déclarées par le citoyen entre les administrations, à des fins de contrôle tant en matière fiscale, sociale que douanière. Il s'agit d'une information partagée entre les administrations.

La barrière qu'imposait le secret fiscal est aujourd'hui considérablement ébranlée et toutes les informations, les demandes ou les renseignements présentés aux services fiscaux par le contribuable pourront être échangés par le futur.

La loi sonne davantage la fin du secret fiscal que le simple renforcement des échanges tel qu'annoncé par le gouvernement. Le contrôle est nécessaire et logique dans la lutte contre la fraude sociale et fiscale mais deux éléments apparaissent comme négligés par ce texte. Il s'agit d'abord du respect du principe de communication de l'administration envers le citoyen faisant l'objet de ce contrôle. Ensuite, c'est la protection par l'intervention et le contrôle d'un juge comme garant des libertés publiques et individuelles. L'article 9 du code civil prévoit en effet que « 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 ».

Sans l'information du citoyen contrôlé relative aux échanges de données, son pouvoir de défendre sa vie privée sera complexe.

Cette loi tend à opérer un glissement vers le système américain où les autorités enquêtent à charge, et non comme en France, à charge et à décharge. Cela modifie le droit de la preuve et la notion du secret.

LA PUBLICITÉ DES DÉCISIONS ADMINISTRATIVES

L'article 18 de la loi précitée institue une publicité pour les personnes morales qui contreviendraient à leurs obligations fiscales dans des conditions particulières. Elle instaure l'article 1729 A bis du Code général des impôts dont il résulte notamment que « les amendes ou majorations appliquées à l'encontre de personnes morales à raison de manquements graves caractérisés par

un montant de droits fraudés d'un minimum de 50.000 € et le recours à une manœuvre frauduleuse, au sens des b et c de l'article 1729, peuvent faire l'objet d'une publication, sauf si ces manquements ont fait l'objet d'un dépôt de plainte pour fraude fiscale par l'administration. Cette publication porte sur la nature et le montant des droits fraudés et des amendes et majorations appliquées, la dénomination du contribuable ainsi que, le cas échéant, l'activité professionnelle et le lieu d'exercice de cette activité. »

Le sujet traité ici ne porte pas sur la gravité de la faute commise par une entreprise. Il s'agit de comprendre que l'amende ou la majoration décidée à l'égard de l'entreprise est constatée par l'administration qui décide aussi de la publication de cette amende. L'administration devient donc l'enquêteur, le juge et l'exécuteur de la peine.

Pour replacer dans un contexte pratique la situation, le texte prévoit que l'administration constate une fraude. Au vu de la gravité de la fraude qu'elle a constatée, elle décide de l'application d'une amende importante envers la société présumée fautive. Afin de compléter cette peine, elle décide de diffuser la publicité de cette amende sur le site de l'administration fiscale ouvert au public.

Il est important de noter que le droit à la défense ne figure pas dans cette démarche exclusivement administrative. Si une proposition de rectifications est adressée à une entreprise et qu'elle n'adresse pas dans les délais ses observations, la proposition est réputée acceptée par le contribuable. Si l'entreprise présente ses observations mais que celles-ci ne sont pas retenues par l'administration, la loi permet à l'administration d'envisager la publication de la décision, à ce stade uniquement administrative.

Il peut y avoir de nombreuses raisons pour que le contribuable, personne morale, ne réponde pas à une proposition de rectifications, raisons qui peuvent être juridiques ou pratiques. Des observations du contribuable peuvent ne pas être retenues, et pour autant la procédure fiscale ultérieure pourrait conduire à l'annula-

Cette loi tend à opérer un glissement vers le système américain où les autorités enquêtent à charge, et non comme en France, à charge et à décharge. Cela modifie le droit de la preuve et la notion du secret.

tion ou à la réduction de la rectification proposée. Or, la loi propose la publication de la décision dès son constat par l'administration.

Le site internet de l'administration fiscale pourrait devenir le pilori des temps modernes pour l'entreprise.

Bien sûr, la loi prévoit l'intervention de la Commission des infractions fiscales qui était jusqu'alors le garant des libertés publiques et individuelles en matière fiscale. Libertés publiques car elle protégeait la Société en déterminant les infractions graves qui méritaient une poursuite pénale. Libertés individuelles car elle distinguait l'erreur de la faute intentionnelle et jugeait de la gravité des fautes.

Cette commission sera encore sollicitée afin de décider si la décision administrative qui conduit à un redressement d'une entreprise de plus de 50 000 € et à l'application de pénalités de 80 % mérite d'être exposée publiquement.

Bien sûr, le contribuable pourra se défendre, avant ou après l'annonce et la publication de sa sanction. Lorsque l'entreprise entame un recours après la publication, celle-ci sera alors retirée pendant le recours en attendant la décision juridictionnelle. La loi prévoit ensuite que « l'administration est tenue de rendre publique sur son site toute décision juridictionnelle revenant sur les impositions et les amendes ou majorations ayant fait l'objet d'une publication ». C'est-à-dire lorsque le juge aura statué en faveur de l'administré.

Mais quelle entreprise pourra rétablir son capital confiance sur le marché et auprès de ses clients après qu'elle aura fait valoir ses droits, alors que son identité, même un court instant, aura été exposée publiquement ? La publication sur le site internet de l'administration fiscale d'une décision de justice, sans décision définitive d'un juge, constitue la négation du secret et de la protection de la réputation de la personne morale.

La publication sur le site internet de l'administration fiscale d'une décision de justice, sans décision définitive d'un juge, constitue la négation du secret et de la protection de la réputation de la personne morale.

LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

La loi instaure un nouvel article 1740 A *bis* au code général des impôts qui dispose notamment que, « lorsque l'administration fiscale a prononcé à l'encontre du contribuable une majoration de 80 % sur le fondement du c du 1 de l'article 1728, des b ou c de l'article 1729 ou de l'article 1729-0 A, toute personne physique ou morale qui, dans l'exercice d'une activité professionnelle de conseil à caractère juridique, financier ou comptable ou de détention de biens ou de fonds pour le compte d'un tiers, a intentionnellement fourni à ce contribuable une prestation permettant directement la commission par ce contribuable des agissements, manquements ou manœuvres ainsi sanctionnés est redevable d'une amende dans les conditions prévues au II du présent article ». La prestation consiste notamment à « réaliser pour le compte du contribuable tout acte destiné à égarer l'administration ».

Une amende administrative est instituée contre le prestataire s'il a intentionnellement fourni à son client une prestation permettant directement la commission par ce client (et non par le prestataire) d'agissements fautifs sanctionnés.

L'avocat fournit rarement, voire jamais, une prestation à son client sans intention de la lui fournir. L'utilisation du terme « intention » n'est ici destinée qu'à laisser entendre que l'avocat, en fournissant le conseil qui a conduit à l'infraction, l'a fait dans le but de commettre cette infraction. Ainsi une notion de complicité est évoquée systématiquement à chaque fois qu'un avocat fournit une prestation à son client quand bien même il n'aurait pas participé à l'infraction.

Ainsi, à titre d'exemple, si un avocat assiste un client, personne physique, à la préparation de sa déclaration des revenus, il agit intentionnellement dans la fourniture de ce service. Il recueille les informations de son client. Ce dernier omet de l'informer qu'il détient un compte bancaire à l'étranger. L'avocat prépare la déclaration des revenus sans remplir le formulaire 3916 de déclaration par un résident d'un compte bancaire à l'étranger.

Grâce à l'échange automatique d'informations, les autorités fiscales apprennent l'existence de ce compte. Le contribuable fait ensuite l'objet d'une sanction prévue à l'article 1729-0 A du code général des impôts. À la lecture de l'article 1740 A *bis*, l'avocat pourra faire l'objet de l'amende. Il a intentionnellement fourni à ce client une prestation (la préparation de sa déclaration des

revenus), permettant directement la commission par le client d'un manquement à ses obligations (absence de déclaration d'un compte détenu à l'étranger) sanctionné sous certaines circonstances d'une pénalité de 80 % (sur le fondement de l'article 1729-0 A du code général des impôts). Ces circonstances sont indépendantes de la prestation. Mais la loi ne fait pas état de ce point. La loi peut être interprétée littéralement. En ce cas, la préparation et la soumission de la déclaration des revenus constituent un « procédé destiné à égarer l'administration ».

Cette amende administrative par ricochet ou cette complicité hypothétique bouleverse le secret professionnel de l'avocat.

Lorsque l'avocat voudra contester l'application de cette amende administrative et assurer sa défense, il n'aura pour choix que deux options.

Soit il paiera l'amende sans contester cette injustice. Ceci est contraire à ses principes et à sa recherche permanente de la protection de l'État de droit.

Soit l'avocat se défendra mais il devra alors apporter la preuve qu'il n'est pas fautif. Dans ce cas, il devra, sans doute, dévoiler des informations confiées par son client. Cette option est invraisemblable. Tout avocat refusera. Elle irait, en effet, à l'encontre de son obligation de secret professionnel. Il encourrait dès lors les sanctions pénales prévues à l'article 226-13 du Code pénal et des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la radiation du Barreau.

En résumé, l'amende prévue par la loi conduit à une condamnation de l'avocat sans commission de faute, par ricochet, pour une complicité théorique sans moyens de défense.

Plus dramatique, cette atteinte au secret professionnel de l'avocat tente de créer une fêlure irréversible dans la protection du citoyen, dans le droit à la défense, dans les fondements de toute démocratie.

Le secret de l'avocat est absolu, d'ordre public, illimité dans le temps. Le secret est au service de l'intérêt public.

Il ne protège pas l'avocat. Si l'avocat commet une faute, il assume la même responsabilité que tout citoyen. Le secret professionnel n'est pas une immunité. C'est un droit pour le citoyen et donc le contribuable.

Il est donc inutile de créer une notion de complicité théorique automatique.

L'avocat a un devoir, celui d'être le dépositaire des confidences faites par son client en vue de demander conseil, d'élaborer une défense et même de réparer une erreur.

Le droit fiscal est complexe. Il nécessite un conseil pour appréhender les situations compliquées. L'avocat se doit de conseiller pour accompagner et améliorer les opérations de la vie des contribuables, personnes physiques ou morales. L'avocat est le dépositaire des informations confiées par le justiciable, le contribuable, l'administré, le citoyen. Il est tenu par son secret et ne peut pas dévoiler ce dont il est dépositaire. Tenter d'affaiblir le secret de l'avocat par le biais du droit fiscal est dangereux pour l'équilibre de la Société et le respect de la démocratie. Cette tentative d'amoindrir le secret réside sur la création de cette amende, dommage collatéral administratif. Cependant, cela n'est qu'une étape : dans l'article 22 de la loi, le législateur autorise le gouvernement à procéder par ordonnances pour retranscrire la directive qui promeut la divulgation des schémas fiscaux dans les douze mois !

La lutte contre la fraude fiscale a été qualifiée par le Conseil constitutionnel de principe constitutionnel. C'est une évidence. Il serait peut-être nécessaire aujourd'hui d'énoncer ce qui ne semble plus une évidence, que le secret professionnel de l'avocat est également un principe constitutionnel. L'Allemagne l'a inscrit dans sa Constitution.

La faille ouverte par cette loi à l'encontre du secret professionnel crée une vulnérabilité qui concerne la profession d'avocat mais surtout le droit du citoyen au conseil et à la défense. Ce droit est le fondement d'une démocratie. On dit que l'on observe l'état d'une société en observant le respect du secret professionnel de l'avocat. Le président de la République annonce qu'il s'inquiète de l'environnement actuel qui lui rappelle les années 1930. Je partage son inquiétude.

Le secret professionnel et l'éthique de l'avocat



Par

**Daniel
Soulez Larivière***
Avocat, essayiste

Le monde judiciaire change. Les contours du secret professionnel aussi. L'éthique consiste à le reconnaître et à l'expliquer au justiciable. Cette obligation de vérité n'exclut pas la lutte pour sauvegarder ce qui peut demeurer de ce secret dans une société où la transparence passe pour être une vertu et le secret un péché.

Ce sujet est à double entrée. Premièrement, le secret professionnel que doit s'imposer l'avocat et celui que l'avocat est en droit d'opposer au tiers.

L'éthique de l'avocat est la même dans un cas comme dans l'autre. Mais dans un cas, il s'agit d'une éthique dans la protection du secret interne de l'avocat, dans l'autre, d'une éthique dans la franchise à l'égard du client vis-à-vis des agressions externes sur le secret professionnel (sur lesquelles l'avocat a peu de prise).

S'agissant du secret professionnel qui s'impose à lui, l'avocat doit observer la prudence et d'autre part utiliser les moyens qui lui sont donnés pour protéger la société d'une menace immédiate. La prudence consiste à organiser un système de comportement d'évitement pour ne jamais avoir à se trouver dans une situation où, par une petite maladresse, on peut compromettre le secret reçu. C'est souvent un problème d'égo qu'il faut bien placer car quel plus grand bonheur pour l'avocat que de dévoiler aux autres qu'il s'occupe de quelque chose de « très important » ? La notoriété publique de l'affaire dont il s'occupe peut le rendre plus vulnérable s'agissant d'un sujet que « tout le monde connaît ». Oui, peut-être. Mais il n'appartient pas à l'avocat, pour se valoriser, d'entrer sur des chemins qui lui paraissent déjà ouverts par d'autres. Il suffit simplement pour respecter l'éthique, de ne pas prendre cette voie et d'adopter un comportement systématiquement mutique. Un « je ne peux pas vous en parler » suffit.

L'éthique consiste aussi, lorsqu'on a reçu une confiance sur une action pouvant mettre en cause la vie de nombreux citoyens, à utiliser les ressources ordinaires pour à la fois respecter son secret professionnel mais aussi protéger d'autres citoyens qui sont menacés. C'est ainsi que le bâtonnier est l'instrument de cette protection puisque son devoir est de recevoir la confiance des avocats et de les délier éventuellement d'une obligation de défense, ou de prendre en main le confrère en le dégageant d'un dossier ou en le coraquant ou en prenant les dispositions nécessaires au respect de l'ordre public en en portant lui seul la responsabilité. C'est une fonction sacrificielle du bâtonnier à laquelle les avocats doivent avoir recours puisqu'ils l'ont élu notamment pour cela. Cette réflexion concerne évidemment les problèmes de terrorisme qui sont actuellement d'actualité et le seront pour encore un long moment.

L'éthique de l'avocat ne concerne pas simplement ces affaires mais parfois de simples affaires dans lesquelles le conseil se trouve coincé, placé de Charybde d'un côté et de Scylla dans l'autre, soit en refusant de continuer à agir pour un client, soit en se laissant entraîner par le client dans des chemins où il va se retrouver prisonnier.

Lorsque le bâtonnier Charrière-Bournazel, après des années d'efforts méritoires, a réussi à ce que la dénonciation de transactions ressemblant à du blanchiment ne soit pas faite directement aux autorités mais à lui-même par le confrère, il a obtenu une solution classique qui devrait servir de repère à tous les confrères en difficulté. Nous n'y pensons pas suffisamment. L'éthique de l'avocat doit être d'utiliser

* © Martin Bureau / AFP

les recours qui sont à sa portée et à faire savoir autour de lui aux autres confrères que recourir au bâtonnier n'est pas une lâcheté mais au contraire un courage et un devoir.

Cet aspect du secret professionnel pesant sur l'avocat n'évolue pas mal. Il en va autrement de la protection du secret professionnel contre les agressions de l'extérieur.

L'éthique de l'avocat consiste d'abord à ne pas se raconter d'histoires. Il s'agit d'une éthique individuelle ou d'une hygiène de vie qui commence par le respect de soi, l'estime de soi et la prise en compte du réel. L'avocat doit savoir que le secret professionnel, par rapport aux agressions extérieures, devient de plus en plus fragile et transpercé. Son éthique consiste à le faire savoir au client qui continue à agir souvent en fonction de représentations mitées et du « *wishful thinking* » d'une profession.

Ce secret professionnel semble descendre les marches de la décrépitude jusqu'à tomber dans la révolution de l'avocat procureur. Les premières marches ont commencé avec la série de jurisprudences de la chambre criminelle de la Cour de cassation que certains qualifient de « *contra legem* » et d'autres d'interprétations restrictives.

L'article 66-5 de la loi n° 71-113 du 31 décembre 1971 stipule que les correspondances échangées entre le client et son avocat sont en toutes matières couvertes par le secret professionnel. Dans toute une série de décisions qui démarrent le 9 février 1988, se développent le 30 septembre 1991 et s'épanouissent dans l'arrêt du 7 mars 1994 sous la présidence de Monsieur Le Gunehec, la chambre criminelle installe le principe restrictif de ce que la protection cède devant le juge d'instruction qui tient de l'article 97 du code de procédure pénale le pouvoir de regarder et de saisir les échanges de correspondances et les *mails* dès lors qu'ils ne concernent pas l'exercice des droits de la défense. C'est ainsi qu'il y aurait donc deux catégories d'activités de l'avocat qui pourtant ont été réunies en une seule par la réforme de 1990, le conseil juridique non couvert par le secret professionnel et la défense judiciaire qui, elle, en bénéficie.

Mais attention ! Nous n'avons descendu que les premières autres marches. En 2016, la Cour de cassation en a descendu plusieurs sur un grand étage avec l'affaire *Sarkozy*, ancien chef de l'État, mis en examen pour corruption et trafic d'influence. Elle a validé le 22 mars 2016 la

quasi-totalité des écoutes entre l'ancien président de la République et son avocat Thierry Herzog. Écoutés pendant six mois pour tenter de trouver, sans résultat, des éléments concernant l'affaire libyenne. Ensuite, le juge d'instruction arrêta cette recherche vaine et d'autres juges ont pris le relais pour rechercher des éléments de trafic d'influence mettant en cause un haut magistrat, un arrêt stigmatisé par l'avocat aux conseils Patrick Spinosi, qualifiant ces écoutes au long cours de « *filets dérivants* ».

La Cour de cassation a validé cette procédure d'écoutes au motif principal que « cet avocat – Thierry Herzog – n'assure pas la défense de la personne placée sous surveillance qui n'est ni mise en examen ou témoin assisté, ni même n'a été placée en garde à vue pendant la procédure en cours »...

A contrario, le secret professionnel n'existant pas entre un avocat et son client ne pourrait donc jouer que si l'avocat est inscrit dans la procédure comme défenseur. Il faut donc que les choses soient dites et l'éthique de l'avocat consiste à les expliquer à ses clients. Il est en effet peu probable que ceux-ci aient assimilé cette restriction à la protection de la confiance. « Je parle à mon avocat ! » Oui, mais vous n'êtes pas encore mis en cause. On pourrait imaginer que les écoutes sont encore plus graves dans ce cas-là !

Il est vrai que le secret professionnel était déjà largement estropié par les dispositions permettant l'écoute de l'avocat à qui le client téléphone. La ligne de l'avocat n'est pas surveillée (sauf procédure spéciale et mise en cause de l'avocat lui-même). Mais la ligne du client l'est et par conséquent, la conversation de l'avocat avec le client est entendue et enregistrée s'il est sur écoute. Et là, il s'agit bien pourtant d'un avocat inscrit dans la procédure, d'un mis en examen, d'un gardé à vue ou d'un témoin assisté.

Pour résumer, quelle est la différence entre l'écoute d'un client qui parle à son avocat au téléphone et la présence d'un officier de police judiciaire (OPJ) dans son cabinet lorsqu'il donne sa consultation ? Aucune. La seule

L'éthique de l'avocat consiste d'abord à ne pas se raconter d'histoires. Il s'agit d'une éthique individuelle ou d'une hygiène de vie qui commence par le respect de soi, l'estime de soi et la prise en compte du réel.

L'évolution du droit des politiques criminelles, sans parler de l'évolution des techniques et de la loi sur le renseignement et de toutes les pratiques non encore rodées, crée un tableau dans lequel le secret professionnel peut devenir un mythe plaisant mais archaïque.

chose est que l'OPJ ne pourra pas transcrire ce qui concerne la défense du client et notamment ce que dit l'avocat, à moins que celui-ci n'évoque lui-même ou de concert un projet d'infraction. La situation de l'écoute téléphonique traduite dans la présence physique serait donc celle d'un OPJ assistant à la discussion d'un client avec son avocat et ne prenant des notes que s'il estime qu'une infraction est en voie de se préparer et (ou) qu'il ne s'agit pas de la défense dans l'affaire en cours. C'est ainsi que je l'ai vu dans des procédures, une trentaine de pages d'écoutes avec cinq ou six qui étaient en blanc. Il s'agissait de mes propos qui n'étaient pas retranscrits. Mais si l'on veut bien réfléchir un instant en dépassant ces fictions absurdes, tout cela veut dire qu'il n'y a aucun secret professionnel entre un avocat et son client dès lors que cette procédure d'écoute téléphonique est ce qu'elle est, même sur retranscription des seuls propos possibles à retranscrire. Donc, il vaut mieux le savoir et le dire. C'est, comme pour

le précédent cas, une nécessité éthique pour ne pas mentir au client et contribuer à faire croire à des protections qui n'existent pas.

Ces pratiques des écoutes qui ont considérablement augmenté en nombre depuis dix ans, ont été mises en exergue notamment par deux écoutes survenues, l'une à la SNCF et l'autre, au sein d'une administration centrale de l'État. Afin de trouver un antidote à la défense, le plus simple n'est-il pas d'écouter les conversations dans l'entreprise ou l'administration entre les personnes mises en examen ou menacées de l'être et la direction des services juridiques ? Dans ces grandes organisations, en effet, l'avocat n'est pas là toutes les minutes et le service juridique en revanche a pour objet d'assurer la défense des personnes membres d'une entreprise, en répercutant ce que dit l'avocat. On a même vu des condamnations sur les interprétations d'écoutes téléphoniques complètement farfelues et reconstruites dans une analyse facilement paranoïaque dès lors que les affaires emportent une charge émotionnelle du public forte.

Mais là, nous sommes encore dans des pratiques contestables mais formellement correctes. Du côté « obscur de la force », nous assistons aussi, même dans des grosses affaires très connues, à des intégrations sauvages de pièces dans le dossier, qui ne devraient pas y être. Par exemple, lors de saisies, les consultations des avocats à la personne morale perquisitionnée. Ou même, on l'a vu dans la plus grosse affaire de crash aérien, l'entière consultation des avocats de la personne morale mise en cause, intégrée dans le dossier par le juge d'instruction qui avait trouvé leur lecture « très intéressante » (*sic*). Peu importe que la chambre d'accusation ait ensuite retiré ces pièces du dossier, du fait qu'elles n'auraient jamais dû y figurer. Mais le mal est fait. Que le viol de la confidentialité des faits s'analyse comme l'existence d'une fuite dans une porcelaine, qu'elle soit licite ou pas licite, le résultat est le même. Le pot fuit. Et ainsi, les droits de la défense ont été violés mais on n'ira pas jusqu'à annuler la procédure pour cela, considérant que la chambre d'instruction a fait son travail en retirant la pièce indûment jointe au dossier par un juge d'instruction un peu « limite ». Mais nous n'avons encore rien vu.

En effet, et pour des raisons d'ordre public et d'évolution de la répression en matière pénale dans les affaires notamment de corruption, ce sont aux États-Unis les avocats de l'entreprise qui font l'enquête. Ils sont d'ailleurs payés par elle pour cela comme s'ils étaient des « juges d'instruction maison ». Je suis favorable à cette révolution mais cela pose des problèmes nombreux.

L'avocat est donc enquêteur et procureur et non plus avocat de la défense, ce qui change complètement l'objet et les contours du secret professionnel. Dans le système classique, si l'avocat cherche, à la demande de l'entreprise, des infractions, il les révèle à l'entreprise qui en fait ce qu'elle souhaite. Mais dans le cas de l'enquête interne faite par les avocats, ce qu'ils découvrent, ils vont le livrer au procureur, au Parquet national financier, PNF, ou au département de la Justice aux États-Unis, DOJ, afin de parvenir à une transaction.

C'est ce qui devient le cas en France avec la loi Sapin 2 de la fin 2016 et la « convention judiciaire d'intérêt public » dont la préparation repose notamment sur le travail d'investigation des avocats de l'entreprise. Désormais, grâce à la loi Sapin II dont l'auteur de ces lignes fut et demeure un ferme partisan, les enquêtes faites aux États-Unis et en France peuvent aboutir à un partage de l'amende entre le DOJ

et le PNF, comme on l'a vu avec l'affaire de la Société générale.

C'est dire que l'évolution du droit des politiques criminelles, sans parler de l'évolution des techniques et de la loi sur le renseignement et de toutes les pratiques non encore rodées, crée un tableau dans lequel le secret professionnel peut devenir un mythe plaisant mais archaïque. L'éthique de l'avocat consiste à expliquer tout cela à son client, à faire le deuil de principes qui deviennent chimères afin de suivre le précepte du général de Gaulle qui en bon militaire résumait : « Les réalités se traitent à partir d'elles-mêmes » ! C'est aussi de l'éthique que de le constater et d'en tirer les conséquences.

Ceci n'exclut nullement la continuation d'un combat qui reste d'arrière-garde et qui n'aura pour mérite que de protéger une retraite et de différer une transparence générale qui est aujourd'hui considérée comme une vertu et non pas comme une simple technique, le secret étant, lui, assimilé au péché. L'environnement général, l'évolution des mœurs aboutissent à cette réalité dont l'éthique commande la publicité et là aussi... la transparence.

Des consolations sont à trouver du côté de la Cour européenne des droits de l'homme qui a toujours valorisé le rôle de l'avocat dans le fonctionnement du système judiciaire et précise de manière renouvelée : « Un avocat ne peut mener à bien cette mission fondamentale s'il n'est pas à même de garantir à ceux dont il assure la défense que leurs échanges demeureront confidentiels ».

Mais rien sur le conseil.

En revanche, la Cour de justice de l'Union européenne a tenu à montrer son hostilité à garantir la même confidentialité à des avocats qui ne sont pas indépendants de leur client, c'est-à-dire qui sont dans un « rapport d'emploi ». Ceci barre toute possibilité de confidentialité pour les directions des services juridiques, fussent-ils avocats, ce qui entre évidemment en contradiction avec certains espoirs d'avocats français, contredits d'ailleurs par d'autres

qui se refusent à envisager qu'un avocat puisse être un « avocat en entreprise ».

Il est vrai que la cour de Luxembourg traitait de questions relatives à la concurrence et que, s'agissant de la Commission, sa vigilance s'exerce surtout sur la concurrence et non pas sur les règles professionnelles des avocats qu'elle considère souvent comme étant un obstacle à son libre jeu.

En résumé, le secret professionnel se limite à la protection dans la cellule de la prison de la conversation entre l'avocat désigné dans une procédure et son client, à ses échanges de correspondances en détention et en liberté sur le sujet du procès en cours. Dans les nouvelles salles d'audience, il ne pourra plus « souffler » puisque soit le prévenu sera dans la bulle de protection, soit l'avocat en sera éloigné. En matière civile, les affaires qui n'intéressent personne seront évidemment protégées sérieusement faute de curiosité. Et celles qui peuvent avoir une importance sur l'ordre public seront quand même surveillées selon des méthodes de contorsionniste et souvent sanctionnées... après.

Le problème spécifiquement français tient à ce qu'il n'existe en France aucune communauté juridique. C'est-à-dire que l'antagonisme entre juge et avocat sape les possibilités de vision commune de la protection du secret professionnel. La solidarité entre cabinets de différentes nations est peu organisée. La concurrence sur les nouveaux marchés comme, par exemple, celui des enquêtes internes ne facilite pas la création de cette communauté franco-internationale. Et comme l'administration judiciaire va plutôt dans le sens de l'absence de protection du secret et de solidarité entre les différents acteurs répressifs, la situation ne pourra que se dégrader. L'éthique ne consiste pas à dissimuler cette triste réalité mais à la diffuser, la faire connaître et en tenir compte en utilisant toutes les règles de prudence qui sont possibles, sans paralyser l'action, comme le handicap des chevaux qui ne les empêche pas de participer à la course et même de la gagner. Cela s'appelle de la résistance !

Le secret professionnel soumis aux technologies nouvelles



Par

Michel Bénichou

Avocat au Barreau de Grenoble, Associé MBPTD Avocats, Ancien président du Conseil des barreaux européens (CCBE), Ancien président du Conseil national des barreaux (CNB)

Les avocats sont contraints, par leurs clients et par l'époque, d'utiliser les nouvelles technologies. Celles-ci fragilisent le secret professionnel de l'avocat.

Lorsque l'avocat recevait uniquement le client dans son cabinet, lui expliquait les difficultés du dossier, recevait ses confidences sous la même forme, le risque de déperdition du secret professionnel était moindre. Aujourd'hui, l'utilisation des courriels, les appels téléphoniques soit par le téléphone fixe du cabinet soit par des portables, l'absence d'utilisation de recours à des systèmes cryptés ou suffisamment protégés, la volonté des pouvoirs publics nationaux ou étrangers de tout écouter, de tout savoir et de tout contrôler multiplient les atteintes au secret. Ces atteintes sont aggravées et amplifiées par l'utilisation de nouvelles techniques.

LE DANGER DES NOUVELLES TECHNOLOGIES

Je ne reviendrai pas sur le péril que constituent les écoutes téléphoniques¹ qui sont insuffisamment réglementées et qui peuvent concerner, de façon directe ou indirecte, les cabinets d'avocat. La jurisprudence de la Cour de cassation a validé ces écoutes indirectes et a réglementé les perquisitions². Toutefois, demain, les perquisitions informatiques à distance vont être utilisées. Toutes nos informations, tous nos documents sont sur nos serveurs. Or nos serveurs sont souvent dans un lieu autre que le cabinet d'avocat, en France ou à l'étranger.

Nous sommes soumis aux conditions des prestataires informatiques. Certes, le prestataire informatique, hébergeur de nos données, doit prendre des mesures pour assurer la sécurité des données et la garantie des secrets protégés par la loi. Mais il faut que les données transférées du cabinet d'avocats aux systèmes d'hébergement soient également protégées, de façon

valable, par le secret professionnel, quels que soient les moyens utilisés, quel que soit le lieu d'hébergement, quelles que soient les modalités de rédaction de la convention avec l'hébergeur.

Les industries ont multiplié les moyens technologiques permettant de capter les secrets. Le pouvoir utilise ces moyens pour doter sa police d'instruments de captation. La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 permet à la police, agissant sur commission rogatoire, de mettre en place un dispositif technique ayant pour objet d'accéder, en tous lieux, à des données informatiques, de les enregistrer, de les conserver, de les transmettre sans, naturellement, l'accord et le consentement des intéressés. Cela s'est traduit par l'article 706-102-1 du code de procédure pénale.

Dès lors, pourquoi multiplier les perquisitions dans les cabinets d'avocat, avec les contrôles d'un délégué du Bâtonnier, alors qu'on pourrait, tranquillement, organiser des perquisitions à distance ? Telle est déjà la réflexion de certains.

De même, l'interception du courriel envoyé par l'avocat pourrait permettre de contourner les dispositifs protecteurs du secret. Les articles 100 et 107 du code de procédure pénale prévoient déjà cette interception des courriels, des télécopies, des conversations téléphoniques ou autres. Cette tendance va s'accroître compte tenu des nouvelles technologies mises en place par les États. Depuis les révélations d'Edward Snowden nous savons que la *National Security Agency* (NSA) – au travers de différents programmes dont PRISM – écoute toutes les conversations, récupère l'ensemble des courriels et a accès à toutes nos données informatiques. Cette surveillance de masse est quotidienne par les agences de renseignement américaines mais également européennes. Les gouvernements introduisent, maintenant, dans les lois ces possibilités

¹ Sur les écoutes téléphoniques, V. notamment D. Lévy, p. 359 du présent numéro.

² Sur les perquisitions, V. notamment V. Nloré, D. avocats 2018, 307.

technologiques. Ainsi, la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 dite loi renseignement prévoit qu'un parlementaire, un magistrat ou un journaliste ne peut être l'objet d'une demande de mise en œuvre sur le territoire national d'une technique de recueil de renseignements... en raison de son mandat ou de sa profession³. Simple-ment, lorsqu'une demande concerne l'une de ces personnes ou ses bureaux, ses domiciles, l'avis de la Commission nationale des contrôles des techniques de renseignement est examiné en formation plénière. Sa consultation est obligatoire.

Finalement, l'exception détruit la règle. Il n'est pas prévu de saisine systématique du juge, même en cas d'avis défavorable de la commission de contrôle. L'avis ne lie pas le Premier ministre. Toutes les données correspondant aux échanges de documents d'un avocat pourraient être interceptées dans le cadre d'un nouveau dispositif. D'ailleurs, lors du débat, suite à l'introduction d'une question prioritaire de constitutionnalité, le gouvernement a donné au Conseil constitutionnel sa position concernant le secret professionnel des avocats. Il a clairement nié tout droit de l'avocat au secret des correspondances avec ses clients en dehors du contenu même des correspondances. L'avocat ne peut pas cacher l'identité de ses clients, ni la fréquence, l'heure ou le lieu de leurs communications. On réduit la portée du secret professionnel alors même que nous estimons que ce secret concerne également l'identité des clients et la nature de nos relations.

L'État considère qu'il peut aller très loin dans la collecte des métadonnées. Ces données ne disent rien du contenu même des communications mais renseignent fortement les services administratifs sur leur contexte. On sait qui appelle qui, à quelle heure, en quel endroit, qui envoie des courriels, à qui, de quelle taille, avec des pièces jointes ou non, chiffrées ou non...

On demandait une protection complémentaire de la profession d'avocat. Le gouvernement a indiqué que « le fait que les correspondances entre un client et son avocat soient couvertes par le secret professionnel a pour but de protéger les droits de la défense, ce qui suppose en particulier que nul ne pourra contribuer à sa propre incrimination. C'est pourquoi le secret professionnel des avocats a pour objet d'assurer la confidentialité du contenu des échanges afin d'éviter que d'éventuels propos tenus par des clients ne leur nuisent s'ils étaient divulgués. Or l'accès aux données de connexion ne peut conduire à aucune révéla-

tion d'aucun propos, d'aucune note, consultation ou correspondance ». On peut donc allégrement violer les données tout en confirmant l'existence du secret professionnel. C'est une vision réductrice du secret.

L'association de la presse judiciaire, le Barreau de Paris et le CNB ont déposé plusieurs recours contre cette loi et notamment le 3 octobre 2015 devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Les recours sont pendants. En principe, ils devraient être examinés dans le courant de l'année 2019. Il est dénoncé les atteintes aux libertés contenues dans cette loi et en particulier la mise en danger du secret attaché à chacune des professions. Si le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 23 juillet 2015⁴, a validé la loi renseignement, il faut espérer que la CEDH, reprenant sa jurisprudence précédente, sanctionne la France.

En effet, à plusieurs reprises, la CEDH a jugé que l'existence d'une législation autorisant le contrôle secret des communications – comme le prévoit la loi renseignement – constituait une atteinte à la vie privée, protégée par l'article 8 de la Convention.

Or, dans cette loi, on trouve la possibilité pour l'État de se renseigner comme il le souhaite auprès des opérateurs de communications électroniques, de récupérer les informations ou documents traités ou conservés par des réseaux ou services de communications électroniques. Les avocats ne sont protégés que dans leur « exercice professionnel ». Le gouvernement parle uniquement de « droits de la défense ». Toute notre activité de conseil semble oubliée. Le métier de l'avocat l'occupe hors de son bureau. Il est avocat également dans sa vie privée. Tout cela est omis.

Pourtant, la profession s'est mobilisée pour la défense du secret professionnel. Ainsi, le Conseil des Barreaux européens (CCBE) a publié des recommandations pratiques en 2005 puis en 2008 pour l'utilisation d'Internet dans l'exercice professionnel. En 2012, il a publié

Pourquoi multiplier les perquisitions dans les cabinets d'avocat, avec les contrôles d'un délégué du Bâtonnier, alors qu'on pourrait, tranquillement, organiser des perquisitions à distance ? Telle est déjà la réflexion de certains.

³ CSI, art. L. 821-7.

⁴ Cons. const. 23 juill. 2015, n° 2015-713 DC.

Malheureusement, aujourd'hui, les avocats peuvent seulement avoir confiance en les juridictions européennes pour défendre le secret. En effet, lorsque l'on examine la jurisprudence de la Cour de cassation (chambre criminelle) ou du Conseil d'État, on s'aperçoit de la relative pauvreté de la protection accordée.

des lignes directrices exposant les nombreux risques et enjeux pour les avocats du recours à l'informatique en nuage (*cloud computing*) et notamment en matière de secret professionnel, de confidentialité des échanges, de conservation des données. Le *cloud* n'est pas protégé. Le CNB, de son côté, a rédigé en 2011 un guide de la sécurité de l'information pour les avocats afin de sensibiliser tous les professionnels aux risques liés à l'utilisation du numérique. Récemment, le CCBE a publié des recommandations sur la protection du secret professionnel dans le cadre des activités de surveillance. Sur le plan judiciaire, le CCBE est intervenu auprès du Conseil constitutionnel, en 2015, pour soutenir le recours introduit contre la loi renseignement déjà évoquée. En mai 2015, il est intervenu avec succès dans l'affaire introduite par le cabinet d'avocat néerlandais Prakken D'Oliveira contre l'État néerlandais, affaire évoquée par le tribunal d'arrondissement de La Haye puis devant la Cour. Le tribunal était saisi quant à la légalité des écoutes des appels et des communications des avocats par des agences de renseignement

nationales. Ce cabinet avait été saisi de la défense de personnes soupçonnées d'infraction de terrorisme.

Dans son verdict du 1^{er} juillet 2015, le tribunal a reconnu la possibilité de communiquer en toute confidentialité avec un avocat comme constituant un droit fondamental violé par la politique de surveillance néerlandaise. Il a ordonné au gouvernement néerlandais de cesser toute interception des communications entre les clients et les avocats sous le régime actuel dans les six mois à venir. Le 27 août 2015, la cour d'appel néerlandaise a rejeté le recours de l'État néerlandais et a confirmé la décision de première instance sur la protection du secret professionnel. La voie judiciaire est toujours possible. Il serait difficile d'être exhaustif en rappelant toutes les décisions rendues d'une part par la CEDH, d'autre part par la Cour de justice de l'Union européenne. Mal-

heureusement, aujourd'hui, les avocats peuvent seulement avoir confiance en ces juridictions européennes pour défendre le secret. En effet, lorsque l'on examine la jurisprudence de la Cour de cassation (chambre criminelle) ou du Conseil d'État, on s'aperçoit de la relative pauvreté de la protection accordée. Ainsi, le Conseil d'État a, le 18 octobre 2018, rejeté tous les recours déposés à l'encontre du fichier des titres électroniques sécurisés (TES). Le Conseil d'État estime que la procédure de création du fichier a été régulière, que le pouvoir réglementaire était compétent pour le créer et que, surtout, il n'y avait pas d'atteinte « disproportionnée » au respect de la vie privée.

Pourtant, la collecte des données et la centralisation informatisée étaient faites sans que soit requis le consentement des personnes. Le Conseil d'État a estimé qu'elles étaient en adéquation avec les finalités légitimes du traitement et ne portaient pas, aux droits des individus, au respect de leur vie privée, une atteinte disproportionnée en considérant les buts de protection de l'ordre public.

Le fichier concerne le traitement des données à caractère personnel relatif aux passeports et aux cartes nationales d'identité (CNI). Les agents de police et de gendarmerie comme ceux des douanes peuvent accéder à ce fichier pour vérifier, en cas de doute, la validité ou l'authenticité d'un passeport ou d'une CNI.

Il faut espérer que les associations dont les recours ont été rejetés aient porté le dossier devant la CEDH.

LES MOYENS DE PROTECTION FACE AUX NOUVELLES TECHNOLOGIES

Le CNB, de son côté, a multiplié les outils permettant la protection du secret de l'avocat face aux nouvelles technologies. Le développement, par le CNB, du réseau RPVA permettant la communication électronique entre les avocats et les juridictions est un outil de sécurisation des échanges. Une clé nominative et un code d'accès protègent ce réseau. Certes, rien n'est inviolable dès l'instant où les *hackers* arrivent à s'introduire dans le système du Pentagone. Toutefois, il s'agit d'une protection suffisante en l'état. Il en est de même concernant les échanges avec les juridictions

administratives (Télérecours) ou avec les experts judiciaires (Opalexe).

Des systèmes de protection existent donc. Toutefois, il est regrettable que le règlement intérieur national n'intègre pas, parmi les obligations déontologiques de l'avocat, cette nécessité pour les avocats de protéger le secret professionnel de toutes les atteintes liées aux nouvelles technologies. Les recommandations du CCBE sont connues. Elles ont été publiées. Elles pourraient, avec les ajouts liés au temps, être intégrées dans notre corpus déontologique.

Les avocats ne sont pas assez prudents. Il est anormal de voir des avocats utiliser des messageries qui ne sont nullement sécurisées (Gmail...) ou des lieux de stockage accessibles à tous, sans aucune protection (Dropbox...). Il est anormal de voir les avocats ne prendre aucune mesure de protection quant à leurs ordinateurs dans les cabinets.

L'enseignement d'une culture du secret professionnel n'est pas assez présent dans les écoles des avocats. Trop de laxisme conduira à sa disparition pure et simple, par la faute des avocats. Déjà, certains distinguent l'utilisation de ce secret dans le cadre de la défense et contestent que le secret professionnel puisse protéger les conseils. D'autres distinguent entre le droit des affaires et tous les droits liés aux libertés. Seule la protection de ces dernières serait bénéficiaire du secret professionnel. Ce serait comme affirmer que si la défense

est libre, le conseil ne le serait pas. Or la profession est unique. Elle est indivisible.

Le secret professionnel est existentiel car l'avocat ne peut exercer sans avoir la confiance de son client et c'est cette confiance qui permet la confiance. Un monde dans lequel un client ne pourrait plus se confier à un avocat serait un monde privé de liberté.

La seule protection textuelle serait l'inscription du secret professionnel dans des textes constitutifs du corpus des libertés. Ainsi, comme dans certains pays (Espagne...), le secret professionnel des avocats devrait être inscrit dans la Constitution comme garantie des libertés des citoyens. La révision constitutionnelle a été retardée du fait de certaines affaires. Il serait utile que le législateur renforce le secret professionnel dans un monde qu'il veut plus sûr mais également plus libre. Enfin, il faut croire à l'émergence, dans les prochaines années, de la Convention européenne des avocats qui, je l'espère, reprendra la jurisprudence efficace de la CEDH en matière de protection du secret professionnel et y ajoutera les dispositions nécessaires constituant des garanties à l'égard de l'utilisation des nouvelles techniques.

Seuls ces textes pourront protéger le secret, garantir la bonne administration de la justice, la confiance fondement de la confiance entre avocats et citoyens, tous éléments essentiels de la démocratie.



DÉONTOLOGIE

Panorama des avis déontologiques rendus par la Commission « Règles et usages » du Conseil national des barreaux (juill. 2017 - juill. 2018)

Résumé

Parmi les nombreux avis rendus entre juillet 2017 et juillet 2018 par la Commission « Règles et usages » du CNB, une vingtaine d'entre eux méritent une attention particulière, soit parce qu'ils précisent utilement des avis déjà rendus par le passé, soit parce qu'ils répondent à de nouvelles interrogations.



Par

Dominique de Ginestet

Présidente de la Commission des « Règles et usages » du CNB

Laurence Dupont
Juriste – adjointe à la Directrice du pôle juridique du CNB

La Commission « Règles et usages » du Conseil national des barreaux (CNB) est chargée, dans le cadre de la mission confiée par le législateur au CNB, d'harmoniser les règles et usages de la profession et d'élaborer des propositions en vue de leur évolution, de préparer toutes modifications à apporter au Règlement Intérieur National (RIN) et d'examiner toutes dispositions législatives ou réglementaires pouvant toucher à la déontologie de l'avocat, tant sur le plan français qu'europpéen.

À ce titre, elle est saisie de très nombreuses demandes, non seulement sur l'interprétation du RIN, mais également sur toutes les questions déontologiques liées à l'exercice de la profession et posées par la pratique quotidienne (secret professionnel, conflit d'intérêts, procédure disciplinaire,

honoraires...). Elle rend de nombreux avis sur les questions dont elle est saisie, formulées exclusivement par les bâtonniers ou membres des conseils de l'Ordre en exercice et uniquement sur des questions de principe afin de ne pas interférer dans des litiges en cours. Tous les avis sont anonymisés et mis à la disposition de tous les avocats de France sur l'Encyclopédie des avocats (<https://encyclopedie.avocats.fr>). Ces avis déontologiques n'ont pas valeur normative.

Parmi les nombreux avis rendus entre juillet 2017 et juillet 2018, ont été sélectionnés pour ce panorama une vingtaine d'entre eux, soit parce qu'ils précisent utilement des avis déjà rendus par le passé, soit parce qu'ils répondent à de nouvelles interrogations.

BUREAU SECONDAIRE (L. N° 71-1130 DU 31 DÉC. 1971, ART. 8-1)

La Commission « Règles et usages » a été interrogée sur la possibilité pour un avocat ayant ouvert un bureau secondaire de prétendre au droit de participer à l'organisation de la défense pénale collective d'urgence dans le barreau d'accueil. La Commission y a répondu par la négative. La commission d'office en matière pénale relève en effet du pouvoir du bâtonnier, directement ou à la demande du bureau d'aide juridictionnelle, d'un magistrat ou du président de la juridiction de jugement. Il n'existe aucun droit, au bénéfice de l'avocat, de participer aux « listes de défense pénale », lesquelles sont diversement mises en place selon les barreaux (volontariat ou obligation, condition d'ancienneté, de formation préalable et continue...). Dans l'hypothèse où le règlement intérieur du barreau concerné ne prévoit pas que les avocats y exerçant à titre secondaire et inscrits dans un autre barreau doivent être intégrés à la liste des avocats assurant la permanence pénale, l'avocat ayant ouvert un bureau secondaire dans le ressort de ce barreau ne peut prétendre au droit de participer à l'organisation de la défense pénale collective d'urgence (CNB, Comm. RU, avis n° 2018/022 du 16 mai 2018).

PARTAGE DES ÉMOLUMENTS ENTRE AVOCATS EN MATIÈRE DE SAISIE IMMOBILIÈRE (L. N° 71-1130 DU 31 DÉC. 1971, ART. 10)

Le CNB est régulièrement interrogé sur ce point. La Commission a rappelé l'interdiction du partage des émoluments. Les émoluments de l'avocat réglementés dans le code de commerce rémunèrent la postulation. Seul l'avocat inscrit auprès du barreau près le tribunal de grande instance devant lequel se déroulent les procédures de saisie immobilière, de partage et de licitation est compétent pour postuler. Le code de commerce interdit aux avocats, sous peine de sanctions disciplinaires, de partager leurs émoluments avec un tiers. Le *dominus litis* doit être considéré comme un tiers. Ce dernier est rémunéré par des honoraires alors que l'avocat postulant est rémunéré pour les prestations de postulation par des émoluments résultant du tarif réglementé (CNB, Comm. RU, avis n° 2017/031 du 3 oct. 2017).

POUVOIRS DU CONSEIL DE L'ORDRE (L. N° 71-1130 DU 31 DÉC. 1971, ART. 17)

Le bâtonnier en exercice n'est pas tenu par la délibération du conseil de l'Ordre de la précédente mandature prohibant tout remplacement d'un avocat désigné pour assurer une permanence de garde à vue. Il exerce en toute hypothèse sa mission légale en procédant aux désignations et, si nécessaire, aux substitutions (CNB, Comm. RU, avis n° 2017/032 du 16 oct. 2017).

Par ailleurs, la Commission a confirmé la possibilité pour un Ordre de réclamer aux avocats honoraires le paiement d'une cotisation ordinaire. La fixation des cotisations ordinaires relève du pouvoir du conseil de l'Ordre. Aucun des textes applicables à l'honorariat ne prévoit de dispense au paiement d'une cotisation d'autant que les avocats honoraires bénéficient de services rendus par leur Ordre (CNB, Comm. RU, avis n° 2018/023 du 16 mai 2018).

DOMICILE PROFESSIONNEL - PARTAGE DE LOCAUX (DÉCR. N° 91-1197 DU 27 NOV. 1991, ART. 165)

La Commission considère que l'avocat peut ouvrir un bureau secondaire dans un local sous-loué une ou deux demi-journées par semaine à une SCP d'huissiers dès lors qu'il correspond à un exercice professionnel effectif d'une part, dans le respect des principes essentiels de la profession et du secret professionnel d'autre part (plaques distinctes précisant bien les heures de présence de chaque professionnel, boîte aux lettres, lignes téléphoniques, réseaux informatiques et placards de rangement distincts). Le conseil de l'Ordre devra être en mesure de s'en assurer (communication de la convention et visite domiciliaire en présence de l'avocat dans le local) (CNB, Comm. RU, avis n° 2017/043 du 22 déc. 2017).

De même, un avocat a la possibilité de partager ses locaux un jour sur deux avec un autre professionnel (psychologue, orthophoniste ou autre) sous réserve que le conseil de l'Ordre se soit assuré d'une part, que le local professionnel permet des exercices individuels et indépendants de chacune des professions dans

En l'état actuel des textes, la possibilité d'une substitution d'un avocat par un confrère pour apposer son contreseing sur l'acte d'avocat de divorce par consentement mutuel n'est pas prévue par la loi, y compris pour un motif « légitime » lié à un arrêt de travail ou à la prise d'un congé maternité.

le respect des principes essentiels de la profession d'avocat et du secret professionnel, et d'autre part, que l'activité de l'avocat correspond à un exercice professionnel effectif (CNB, Comm. RU, avis n° 2018/031 du 26 juin 2018).

INSCRIPTION D'UN AVOCAT SUR LA LISTE DES EXPERTS JUDICIAIRES (COMPATIBILITÉ - RIN, ART. 6.1, DERNIER AL.)

La Cour de cassation a rendu récemment un arrêt qui mérite d'être souligné dans ce panorama, la Commission ayant déjà rendu des avis en ce sens par le passé. Une avocate du barreau de Paris a formé un recours en annulation à l'encontre d'un refus d'inscription sur la liste des experts judiciaires, près la Cour d'appel de Paris, dans la rubrique traduction en langue roumaine. Pour l'assemblée générale des magistrats du siège de la Cour, la candidate ne présentait pas, au regard des conditions posées par l'article 2, 6° du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, de garanties d'indépendance permettant l'exercice de missions judiciaires d'expertise en ce qu'elle exerçait son activité, en totalité ou en partie, en qualité d'avocate. La deuxième chambre civile annule cette décision considérant que l'exercice de la profession d'avocat n'est pas, en soi, incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'inscription sur une liste d'experts judiciaires, la condition d'indépendance devant être appréciée au regard de la situation de chaque candidat (Civ. 2^e, 6 sept. 2018, n° 17-60.331 P¹ ; V. dans le même sens : Civ. 2^e, 16 mai 2013, n° 12-60.591, inédit). Il appartenait ainsi à l'assemblée générale d'apprécier les mérites de la candidature de cette avocate au regard des autres critères prévus à l'article 2 du décret précité, notamment de moralité, d'absence de condamnation, d'âge, de compétence et de qualification. Bien que la Cour ait examiné la question de l'indépendance sous l'angle uniquement de la réglementation des experts judiciaires, l'article 6.3.1 du RIN autorise l'avocat à être désigné en qualité d'expert, désignation qui peut intervenir soit à la demande d'une partie (Com., 18 avr. 2000, n° 97-19.631 inédit), soit dans le cadre d'une mission de justice (Civ. 2^e, 12 mai 2011, n° 09-17.390 P²). Dans l'accomplissement de ses missions, l'avocat demeure, en toutes circonstances, soumis aux principes essentiels et doit ainsi s'assurer de son indépendance (RIN, art. 6.1, dernier al.). La Commission avait rendu un

avis en ce sens en 2003 (CNB, Comm. RU, avis n° 2003/035 du 2 déc. 2003).

OBLIGATIONS DU RÉDACTEUR D'ACTES (RIN, ART. 7.2)

Les commissions « Règles et usages » et « Textes » rappellent l'impossibilité pour un avocat rédacteur d'une convention de divorce par consentement mutuel de déléguer la signature à un confrère. En l'état actuel des textes, la possibilité d'une substitution d'un avocat par un confrère pour apposer son contreseing sur l'acte d'avocat de divorce par consentement mutuel n'est pas prévue par la loi, y compris pour un motif « légitime » lié à un arrêt de travail ou à la prise d'un congé maternité. Le devoir de conseil de l'avocat rédacteur d'actes exige que l'avocat ayant assisté le client tout au long de l'élaboration de la convention l'assiste et assure la défense de ses intérêts jusqu'à la signature de la convention (CNB, Comm. RU, avis n° 2018/032 du 9 juill. 2018). Des précisions à l'article 7.2 du RIN ont été proposées en ce sens et ont fait l'objet d'un envoi aux barreaux, aux organismes techniques et aux syndicats dans le cadre de la procédure de concertation préalable prévue pour l'adoption des décisions à caractère normatif du CNB.

COMMUNICATION (RIN, ART. 10)

La Commission est souvent interrogée sur les modes de communication autorisés. Ces questions lui donnent l'occasion de rappeler que tout support est envisageable dès lors que sont respectés les principes essentiels de la profession. Elle a ainsi pu considérer que la communication au dos d'un ticket de caisse ne contrevient pas aux principes de délicatesse et de dignité dès lors qu'elle n'est pas associée à d'autres annonces publicitaires susceptibles de ternir l'image de la profession. Il revient à l'avocat d'attirer l'attention de la régie publicitaire sur les risques d'association de sa publicité avec d'autres publicités au dos du ticket, qui pourraient porter atteinte à la dignité de la profession d'avocat (CNB, Comm. RU, avis n° 2018/019 du 13 avr. 2018). De même, offrir les droits d'inscription à une course pédestre ainsi qu'un tee-shirt aux « couleurs » du cabinet aux personnes qui le souhaitent n'altère pas l'image de la profession, ni ne pousse à un irrespect à son égard. La Commission considère qu'il n'y a pas d'atteinte au principe de dignité (CNB, Comm. RU, avis n° 2018/008 du

¹ Dalloz actualité, 17 sept. 2018, obs. F. Mélin ; D. 2018. 1761 ; JCP 2018. 1023, note Bortoluzzi.

² Dalloz actualité, 25 mai 2011, obs. S. Bigot de la Touane ; D. 2011. Actu. 1425 ; Gaz. Pal. 11-13 déc. 2011, p. 15, obs. Belval et Villacèque.

21 févr. 2018). Les avocats peuvent communiquer par tout moyen, y compris par des opérations de mécénat, de parrainage ou de sponsoring.

COLLABORATION (RIN, ART. 14)

Le CNB a été interrogé à plusieurs reprises sur la possibilité pour un avocat de conclure, en tant qu'associé unique d'une SELARL, un contrat de collaboration libérale avec une autre société d'avocats. Les commissions « Collaboration » et « Règles et usages » ont considéré qu'il n'était pas possible pour une SELARL unipersonnelle de conclure un contrat de collaboration avec une autre société d'avocats, tout comme l'avait déjà tranché la Commission « Statut professionnel de l'avocat » (SPA) dans un avis technique de 2016 estimant que les modes d'exercice énumérés à l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 visent exclusivement les personnes physiques (CNB, Comm. SPA, avis tech. n° 2016-001 du 22 avr. 2016 ; Comm. RU, avis n° 2017/040 du 7 déc. 2017).

En revanche, les commissions « Collaboration » et « Règles et usages » ont confirmé la possibilité pour un cabinet d'avocat d'engager à mi-temps un avocat collaborateur qui poursuivrait, le reste du temps, son exercice à titre indépendant dans ses propres locaux au sein du même barreau (CNB, Comm. RU, avis n° 2018/007 du 21 févr. 2018) ou dans un barreau différent (CNB, Comm. RU, avis n° 2012/025 du 7 nov. 2012), étant rappelé que l'avocat ne peut être inscrit qu'auprès d'un seul barreau.

Les deux commissions ont également confirmé la possibilité pour un avocat ayant déménagé à l'étranger de demeurer inscrit au tableau de son barreau et de poursuivre l'exécution de son contrat de collaboration à temps partiel. Les moyens de communication actuels permettent à l'avocat collaborateur de traiter à distance et avec l'accord de celui qui l'emploie, les missions qui lui sont confiées (rédaction et recherche). Seul l'avocat qui l'emploie pourrait exiger sa présence ; son éloignement pourrait alors être une cause de rupture du contrat de collaboration. Ces mêmes moyens

de communication permettent tout autant à l'avocat collaborateur concerné de communiquer avec ses clients personnels, de recevoir leurs pièces, de s'entretenir avec eux par visioconférence ou par téléphone, de les conseiller, de rédiger des consultations et des actes, notamment grâce à l'acte sous seing privé numérique natif entre avocats. L'avocat peut accéder à la plateforme de consultation en ligne du CNB (CNB, Comm. RU, avis n° 2018/035 du 12 juill. 2018).

Enfin, s'agissant du sort des périodes de repos rémunérées non prises lorsque la collaboration est rompue, les deux commissions ont précisé que le collaborateur libéral dont le contrat de collaboration a été rompu peut exiger de prendre, pendant le délai de prévenance, ses périodes de repos rémunérées non prises sur la base des cinq semaines de congés par an telles que prévues par le RIN (sauf meilleur accord) avec maintien de sa rétrocession d'honoraires habituelle. Le collaborateur ne peut en revanche exiger, en l'absence d'accord, le paiement des périodes de repos rémunérées non prises. Les périodes annuelles de repos rémunérées sont calculées à partir de la date anniversaire du contrat de collaboration et au prorata de la durée d'exécution de celui-ci jusqu'à la fin du délai de prévenance, et non par année civile (CNB, Comm. RU, avis n° 2017/028 du 25 sept. 2017).

STRUCTURES D'EXERCICE INTER-BARREAUX (RIN, ART. 17)

Enfin, la Commission a été amenée à apporter des précisions sur la cotisation due par une structure d'exercice inter-barreaux. L'avocat d'une structure d'exercice inter-barreaux est inscrit auprès d'un barreau et y règle à ce titre les cotisations à l'Ordre. L'avocat qui est autorisé à ouvrir un bureau secondaire règle à ce titre les cotisations à l'Ordre en application de l'article 15.2.5 du RIN. Il n'est pas possible pour un Ordre de lever une cotisation pour les « établissements secondaires » des SCP inter-barreaux, en sus des cotisations ordinaires personnelles des associés (CNB, Comm. RU, avis n° 2018/018 du 13 avr. 2018).



Avocat médiateur : annulation de la délibération exigeant le référencement de l'avocat

Référence

CE, 5^e et 6^e ch. réunies, 25 oct. 2018, n° 411373, mentionné dans les tables du Recueil Lebon



Par

Gaëlle Deharo
ESCE International
Business School –
Centre de recherche
sur la justice et le
procès, Paris 1

Solution

Le Conseil d'État annule la décision des 9 et 10 décembre 2016 du Conseil national des barreaux (CNB) en tant qu'elle modifie l'article 6.3.1 du règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) en y introduisant les termes « (qualité dont il peut faire état dès lors qu'il est référencé auprès du Centre national de médiation des avocats CNMA) ». Ces dispositions ont pour effet d'interdire à un avocat qui ne serait pas référencé auprès du CNMA, centre d'information et de mise en relation dédié à la promotion de la médiation, de se prévaloir, auprès de sa clientèle, de sa qualité de médiateur.

Par une délibération n° 2016-002 des 9 et 10 décembre 2016, elle-même reprise par une décision du CNB du 26 janvier 2017, le CNB avait procédé à une modification de l'article 6.3.1 du RIN. Situé au titre deuxième du RIN, consacré aux activités de l'avocat, l'article 6 régit le champ d'activité professionnelle des avocats. L'article 6.3 du RIN est, quant à lui, plus spécialement consacré aux « missions particulières de l'avocat », au nombre desquelles figurent les « missions de justice, d'arbitrage, d'expertise ou de médiation » visées par l'article 6.3.1 du RIN. Aux termes de la délibération du CNB, l'alinéa premier de cette disposition prévoit « qu'un avocat peut recevoir des missions de justice. Il peut également être investi d'une mission de professionnel qualifié, d'arbitre, d'expert, de médiateur (qualité dont il peut faire état dès lors qu'il est référencé auprès du Centre national de médiation des avocats (CNMA)), de praticien du droit collaboratif, de liquidateur amiable ou d'exécuteur testamentaire ». C'est précisément cette obligation de référencement de l'avocat auprès du CNMA qui faisait difficulté en l'espèce.

Ces dispositions ont, en effet, pour conséquence d'interdire à un avocat qui ne serait pas référencé auprès du CNMA de se prévaloir, auprès de sa clientèle, de sa qualité de médiateur¹.

Restreignant la possibilité de l'avocat de se prévaloir de l'activité de médiation, la délibération du CNB fut portée devant le Conseil d'État. Par la décision du 25 octobre 2018² la juridiction annule la décision des 9 et 10 décembre 2016 du CNB en tant qu'elle modifie l'article 6.3.1 du RIN en y introduisant les termes « (qualité dont il peut faire état dès lors qu'il est référencé auprès du Centre national de médiation des avocats CNMA) ».

LA MODIFICATION ENVISAGÉE DE L'ARTICLE 6.3.1 DU RIN

Modifiant l'article 6.3.1 du RIN, la délibération du CNB réorganisait l'exercice de la médiation par l'avocat en introduisant les termes « (qualité dont il peut faire état dès lors qu'il est référencé auprès du Centre national de médiation des avocats CNMA) ». Cette disposition devait cependant être articulée avec les dispositions de la loi du 31 décembre 1971 et de l'article 115 du décret du 27 novembre 1991 qui posent le principe de la compatibilité de la profession d'avocat avec celle de médiateur auquel la disposition litigieuse ajoute une obligation de répondre aux conditions de formation requises pour le référencement.

¹ E. Maupin, « Tout avocat peut être médiateur », AJDA 2018. 2102.

² CE, 6^e et 5^e ch. réun., 25 oct. 2018, n° 411373, Fédération française des centres de médiation, Lebon ; AJDA 2018. 2102.

La compatibilité théorique des professions d'avocat et de médiateur

La profession d'avocat est strictement réglementée. Son organisation repose sur la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 et le RIN. Plus spécialement, l'article 6 bis de la loi de 1971 précise que « les avocats peuvent recevoir des missions confiées par justice », ouvrant ainsi la voie de possibles missions d'expert³ ou de médiateur⁴. Des points de vue professionnel et économique, l'importance tant quantitative que qualitative⁵ de la médiation dans la résolution des contentieux en fait un enjeu important du développement de l'activité des professions réglementées et, notamment, des avocats⁶. Au demeurant, la présence des avocats est déjà fortement recommandée tout au long du processus de médiation afin de conseiller et préparer son client mais aussi de rédiger l'accord issu de la médiation⁷.

Plus précisément encore, l'article 115 du décret du 27 novembre 1991 prévoit quant à lui que la « profession d'avocat est compatible avec les fonctions d'enseignement, les fonctions de collaborateur de député ou d'assistant de sénateur, les fonctions de suppléant de juge d'instance, de membre assesseur des tribunaux pour enfants ou des tribunaux paritaires de baux ruraux, de conseiller prud'homme, de membre des tribunaux des affaires de sécurité sociale, ainsi qu'avec celles d'arbitre, de médiateur, de conciliateur ou de séquestre ».

Ces cas de compatibilité interrogent cependant la formation de l'avocat cumulant ces qualités⁸ ; ainsi, la question a été posée de savoir si un avocat exerçant une activité de médiateur devait être spécifiquement formé à la médiation⁹. En imposant le référencement de l'avocat, le CNB subordonnait, dans le même temps, l'activité de l'avocat aux conditions de formation requises pour le référencement.

Les conditions de formation requises pour le référencement

Centre de formation et de promotion de la médiation¹⁰, le CNMA a été créé par le CNB¹¹ afin de mettre à disposition du grand public et des avocats des informations relatives à la médiation et au rôle de l'avocat en médiation¹². Le référencement des avocats médiateurs auprès du CNMA est soumis à des obligations de formation¹³ :

- faire valoir une formation qualifiante de 200 heures, réparties en 140 heures de forma-

tion pratique et en 60 heures de formation théorique et incluant certains modules essentiels ;

- soit 140 heures de formation et des expériences pratiques en matière de médiation permettant de combler le déficit de 60 heures (précision faite qu'une médiation est regardée comme équivalente à 15 heures de formation et un accompagnement en médiation équivaut à 8 heures de médiation) ;
- soit 4 ans de pratique de la médiation et 10 médiations, en lieu et place des 200 heures de formation¹⁴.

Des auteurs¹⁵ ont souligné le rapprochement ainsi réalisé entre la médiation et une spécialisation, tout en précisant que la Chancellerie refuse de rajouter la médiation à la liste des mentions de l'arrêté du 28 décembre 2011, au motif qu'il s'agit d'une pratique transversale¹⁶ et non d'une matière juridique.

Nonobstant, il résultait de l'obligation de référencement que l'activité de médiation par l'avocat était subordonnée à de nouvelles conditions de formation qui n'étaient initialement pas prévues par les dispositions de la loi du 31 décembre 1971, ni par l'article 115 du décret du 27 novembre 1991. Ces nouvelles conditions restrictives venaient réduire les droits et libertés des avocats dans l'exercice de leur profession. Sur ce fondement, le Conseil d'État a annulé la délibération du CNB.

L'ANNULATION DE LA DÉLIBÉRATION

La question soumise au Conseil d'État en l'espèce portait donc sur les pouvoirs du CNB : pouvait-il adopter une délibération ayant pour effet de limiter le champ d'activité de l'avocat¹⁷ ? Le Conseil d'État, après avoir relevé que « le Conseil national des barreaux ne peut légalement fixer des prescriptions nouvelles qui mettraient en cause la liberté d'exercice de la profession d'avocat ou les règles essentielles qui la régissent et qui n'auraient aucun fondement dans les règles législatives ou dans celles fixées par les décrets en Conseil d'État prévus par l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971, ou ne seraient pas une conséquence nécessaire d'une règle figurant au nombre des traditions de la profession » (pt 3) retient que, « par suite, les dispositions attaquées ne sont pas au nombre de celles que le Conseil national des barreaux était compétent pour édicter » (pt 4) et annule la délibération du CNB.

³ F. Mélin, « Un avocat peut être expert judiciaire », Dalloz actualité, 17 sept. 2018.

⁴ H. Croze, « L'avocat peut-il tout faire ? », Procédures 2010. Repère 9.

⁵ P. Januelle, « La médiation : étude sur un dispositif privilégié par le législateur », Dalloz actualité, 14 mai 2018 ; G. Payan, « PLPJ 2018-2022 : "Développer la culture du règlement amiable des différends" », Dalloz actualité, 28 mars 2018.

⁶ T. Coustet, « La médiation familiale s'ouvre aux professions juridiques réglementées », Dalloz actualité, 5 mars 2018 ; A. Portman, « Les avocats ont appris à se passer "autant qu'ils peuvent" des juridictions », Dalloz actualité, 21 sept. 2017 ; T. Coustet, « Justice civile et procédures amiables : les raisons d'un bon ménage », Dalloz actualité, 13 déc. 2017.

⁷ A.-M. de Cayeux et C. Denoit-Benteux, « Procédure civile – La pratique de l'accompagnement en médiation : modèle de convention avec avocats », Dr. fam. 2018. Dossier 31.

⁸ S. Bortoluzzi et L. Dupont, « Champ d'activité professionnelle de l'avocat et prestations juridiques en ligne : les dernières évolutions du RIN », JCP 2017. 548 ; P. Aufferé, « L'avocat médiateur ou le médiateur avocat », Dr. fam. 2015. Dossier 7.

⁹ M^{me} Christine Herzog, ministère de la Justice, QE Sénat n° 7415, sans réponse, 25 oct. 2018, Formation obligatoire des avocats médiateurs.

¹⁰ <https://www.cnb.avocat.fr/fr/centre-national-de-mediation-des-avocats>

¹¹ « CNMA : lancement d'une plateforme d'avocats médiateurs », JCP 22 sept. 2017.

¹² <https://cnma.avocat.fr/>

¹³ Gaz. Pal. 26 sept. 2017, p. 7.

¹⁴ « Avocats médiateurs : demandez votre référencement auprès du Centre national de médiation des avocats », www.cnb.avocat.fr, 3 mai 2017.

¹⁵ L. Garnerie, « Avocat médiateur : pas de référencement obligatoire au CNMA », Gaz. Pal. 30 oct. 2018, p. 8.

¹⁶ Rappr. « Prorogation du critère transitoire relatif au référencement des avocats médiateurs », JCP 24 juill. 2018.

¹⁷ A. Portmann, « Modification des dispositions relatives au champ d'activité professionnelle de l'avocat », Dalloz actualité, 14 avr. 2017 ; *Adde* CNB, « Actualités », 5 juill. 2018.

En imposant le référencement de l'avocat, le CNB subordonnait, dans le même temps, l'activité de l'avocat aux conditions de formation requises pour le référencement.

La compétence du CNB

Aux termes de l'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971, le CNB est un « établissement d'utilité publique doté de la personnalité morale, est chargé de représenter la profession d'avocat notamment auprès des pouvoirs publics. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, le Conseil national des barreaux unifie par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat ». Il 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 »¹⁸. Ses décisions peuvent cependant, aux termes de l'article 19, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1971, être déferées à la cour par tous avocats dès lors qu'elles sont de nature à léser leurs intérêts professionnels¹⁹.

Par une précédente décision, le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion de juger qu'en édictant un ensemble de règles nouvelles destinées à fixer certaines limites et conditions à la participation des avocats à des réseaux pluridisciplinaires, le CNB avait fixé des prescriptions qui mettaient en cause la liberté d'exercice de la profession d'avocat, prescriptions qui n'ont aucun fondement dans l'article 67 de la loi du 31 décembre 1971, non plus que dans les décrets pris pour l'application de celle-ci, et avait annulé la délibération du CNB²⁰. C'est dans le sillage de cette jurisprudence²¹ que le Conseil d'État, saisi d'une délibération fixant des prescriptions nouvelles mettant en cause la liberté d'exercice de la profession d'avocat, retient que la délibération ne relève pas de la compétence du CNB et annule celle-ci.

La restriction des activités de l'avocat

Il s'agissait en l'espèce de modifier la rédaction de l'article 6.3.1 du RIN dans les termes suivants : « L'avocat peut recevoir des missions de justice. Il peut également être investi d'une mission de professionnel qualifié, d'arbitre, d'expert, de médiateur (qualité dont il peut faire état dès lors qu'il est référencé auprès du Centre national de médiation des avocats (CNMA)), de praticien du droit collaboratif, de liquidateur amiable ou d'exécuteur testamentaire »²². Cette formulation était critiquée car elle avait pour effet de subordonner l'exercice de l'activité d'avocat au référencement de celui-ci auprès du CNMA et, par conséquent, de restreindre les droits des avocats. C'est en ce sens que statue, en l'espèce, le Conseil d'État : la juridiction relève en effet que « les dispositions attaquées du règlement du Conseil national des barreaux ont pour effet d'interdire à un avocat qui ne serait pas référencé auprès du Centre national de médiation des avocats, centre d'information et de mise en relation dédié à la promotion de la médiation, de se prévaloir, auprès de sa clientèle, de sa qualité de médiateur. Il ressort des pièces du dossier que l'avocat qui souhaite ainsi être référencé auprès du Centre national de médiation des avocats doit, sous réserve de dispositions transitoires, avoir suivi 200 heures de formation ou 140 heures s'il peut justifier d'expérience pratique en matière de médiation. Ce faisant, les dispositions attaquées fixent une prescription nouvelle qui met en cause la liberté d'exercice de la profession d'avocat, n'a pas de fondement dans les règles législatives ou dans celles fixées par les décrets en Conseil d'État prévus par l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971, et ne peut davantage être regardée comme une conséquence nécessaire d'une règle figurant au nombre des traditions de la profession » (pt 4). En ajoutant une condition au texte, la délibération du CNB venait donc restreindre les droits des avocats d'exercer la fonction de médiateur.

¹⁸ L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 17.

¹⁹ G. Deharo, « Recours contre une décision d'approbation des comptes du conseil de l'ordre », Dalloz actualité, 19 juin 2018.

²⁰ CE, 6^e et 1^{er} sous-sect. réun., 17 nov. 2004, n° 268075, *Société d'exercice libéral Landwell et associés, Société d'avocats Ey Law*, pt 5, Lebon ; AJDA 2005, 319, note J.-M. Pontier ; *ibid.* 2004, 2469 ; D. 2005, 11, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 673, chron. A. Bernard.

²¹ V. encore récemment : CE 29 janv. 2018, n° 403101, *Conférence des Bâtonniers e.a.*, Lebon ; AJDA 2018, 189 ; *ibid.* 634, concl. L. Duthelllet de Lamothe ; D. avocats 2018, 109, article F. G'ssell, et CE 3 oct. 2018, n° 406279, pt 3 : « Ce pouvoir [du CNB d'unifier les règles et usages des barreaux et dans le cadre des lois et règlements qui régissent la profession] trouve cependant sa limite dans les droits et libertés qui appartiennent aux avocats et dans les règles essentielles de l'exercice de la profession. Le Conseil national des barreaux ne peut légalement fixer des prescriptions nouvelles qui mettraient en cause la liberté d'exercice de la profession d'avocat ou les règles essentielles qui la régissent et qui n'auraient aucun fondement dans les règles législatives ou dans celles fixées par les décrets en Conseil d'État prévus par l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971, ou ne seraient pas une conséquence nécessaire d'une règle figurant au nombre des traditions de la profession ».

²² Adde CNB, communiqué, 6 sept. 2017 ; CNB, conf. de presse, 20 sept. 2017.



Droit d'action du liquidateur judiciaire : encore des délais à surveiller pour l'avocat !

Solution

Qu'il assiste le mandataire judiciaire, le débiteur ou même un tiers à la procédure collective, l'avocat doit pouvoir maîtriser les deux grands obstacles au droit d'action du liquidateur judiciaire que sont la prescription et le cantonnement de l'action.

Selon l'article L. 641-4 du code de commerce, « le liquidateur procède aux opérations de liquidation en même temps qu'à la vérification des créances ; il peut introduire ou poursuivre les actions qui relèvent de la compétence du mandataire judiciaire ». L'article L. 622-20 dudit code précise que « le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ». Manifestement, le droit d'agir est conféré au liquidateur judiciaire. La contrepartie de cette habilitation générale du liquidateur judiciaire est qu'il n'est pas aisé, à première vue, de savoir précisément quelles sont les actions en justice qui doivent être intentées par ce dernier. En pratique, le liquidateur judiciaire met en œuvre de multiples actions dans l'intérêt collectif des créanciers.

Les actions judiciaires permettant de faire rentrer dans le patrimoine du débiteur des sommes d'argent peuvent être scindées en deux catégories : les actions de droit commun et les actions spécifiques au droit des entreprises en difficulté. Les actions de droit commun¹ intentées par le liquidateur judiciaire sont principalement des actions en paiement². Parfois, il est contraint d'engager, non pas une action qui tend directement au paiement d'une somme d'argent, mais une action judiciaire permettant d'obtenir ultérieurement de l'actif : il s'agit de l'action en partage judiciaire³. Plus rarement, il tente une action en inopposabilité, c'est-à-dire l'action paulienne⁴. Pouvant être mises facilement en œuvre, les actions en nullité de période suspecte⁵ sont indiscutablement les plus intentées par le liquidateur

judiciaire. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif⁶ est un peu moins utilisée car elle implique la réunion et la démonstration de plusieurs éléments. S'agissant de l'action en extension de procédure ou en réunion, elle est plus rarement menée par le liquidateur judiciaire car rapporter la preuve d'une confusion de patrimoines ou d'une fictivité est souvent fort difficile⁷.

Cependant, il existe bel et bien des limites au droit d'agir du liquidateur judiciaire. Le premier, purement matériel, est bien connu puisqu'il réside dans l'insuffisance des fonds disponibles. En effet, comment le liquidateur judiciaire peut-il engager une action judiciaire s'il n'est pas en mesure de régler les honoraires de l'avocat et de l'huissier ? Rarement, le contournement de l'insuffisance des fonds disponibles s'effectue par le recours à une avance du Trésor public⁸ combinée avec l'octroi d'un honoraire de résultat, mais c'est indiscutablement une piste qu'avocat et mandataire judiciaire doivent avoir à l'esprit. En revanche, et une fois la question des honoraires réglée, les obstacles juridiques sont nombreux et doivent être parfaitement appréhendés par les avocats, qu'ils agissent pour le compte du liquidateur judiciaire, du débiteur, voire d'un tiers, afin d'être anticipés. Connu, le principal obstacle juridique est le jugement de clôture de la procédure collective⁹. Mais des limites au droit d'agir du liquidateur judiciaire dans l'intérêt collectif des créanciers existent aussi lorsque la procédure est en cours et sont plus subtiles. Il s'agit principalement de la prescription de l'action. Parfois, le cantonnement de l'action peut intervenir et ne doit donc pas être ignoré.



Par

Romain Laffly
Avocat associé
Lexavoué Lyon

Pierre Martin
Docteur en droit,
Mandataire
judiciaire diplômé

¹ Le 27 sept. 2016 (Com. 27 sept. 2016, n° 15-13.348 P), la Cour de cassation a également considéré que le liquidateur judiciaire est recevable à agir, sur le fondement de l'art. 1832 C. civ., contre les associés d'une société en nom collectif en fixation de leur contribution aux pertes sociales même après le délai au terme duquel la clôture de la procédure doit être examinée car l'absence de prorogation ne met pas fin à la procédure. Mais, depuis la modification de l'art. 1844-7 C. civ. par l'Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, la société n'est plus dissoute par l'ouverture d'une liquidation judiciaire. Aussi, les associés ne devraient-ils plus pouvoir être mis à contribution par le liquidateur durant la procédure.

² Le paiement opéré entre les mains du débiteur en liquidation judiciaire est inopposable à la procédure collective : Com. 22 févr. 2017, n° 15-13.899.

³ Rappr. C. com., art. L. 642-8, al. 2, qui permet au liquidateur judiciaire d'être subrogé dans les droits du créancier saisissant pour les actes que celui-ci a effectués, lesquels sont réputés accomplis pour le compte du liquidateur qui procède à la vente des immeubles.

LA PRESCRIPTION DE L'ACTION

L'article 2229 du code civil définit la prescription extinctive comme « un mode d'extinction du droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps ». Cette notion doit être distinguée de la prescription acquisitive de l'article 2258 dudit code qui est « un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ». Consistant en une fin de non-recevoir, la prescription de l'action obéit aux règles posées par le code de procédure civile, notamment aux articles 122 et suivants, c'est-à-dire qu'elle peut être opposée en tout état de cause et sans justification d'un grief. Elle pèse d'autant plus sur l'avocat que la prescription reste la seule fin de non-recevoir visée à l'article 122 du code de procédure civile qui ne peut être relevée d'office par le juge. Qu'il soit en demande ou en défense, à lui donc de connaître le droit applicable dans une matière très spécifique qui comporte des délais propres aux droits des entreprises en difficulté¹⁰, soit pour intenter l'action dans le délai légal, soit pour opposer la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action.

Le législateur a prévu que l'action en report de la date de cessation des paiements et l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif doivent être intentées dans des délais bien précis, sous peine d'être jugées irrecevables.

Délai pour reporter la date de cessation des paiements : 1 an

Le code de commerce ne précise pas le délai dans lequel l'action en nullité d'un acte accompli pendant la période suspecte doit être exercée. Il a été jugé que l'action en nullité n'était soumise à aucun délai. Bien qu'étant une nullité relative, la prescription quinquennale de l'ancien article 1304 du code civil ne lui était pas applicable¹¹. Il en est de même de la prescription des actions commerciales de l'article L. 100-4 du code de commerce¹². Par un arrêt du 21 septembre 2010¹³, la chambre commerciale de la Cour de cassation a même précisé que l'action en nullité des actes accomplis pendant la période suspecte ne se prescrit pas par cinq ans ; elle peut être engagée par les organes de la procédure collective tant qu'ils sont en fonction¹⁴.

Mais, l'action en nullité de la période suspecte suppose que la date de cessation des paiements soit distincte de celle du jugement d'ou-

verture ; à défaut, il ne peut exister de période suspecte. En effet, les articles L. 641-1, IV et L. 631-8 dudit code posent une présomption, à savoir qu'en l'absence « de détermination de cette date, la cessation des paiements est réputée être intervenue à la date du jugement d'ouverture de la procédure ». Or, l'alinéa 4 de l'article précité prévoit que « la demande de modification de date doit être présentée dans le délai d'un an à compter du jugement d'ouverture de la procédure »¹⁵. Il s'agit indiscutablement d'un délai préfix¹⁶ qui doit attirer l'attention du praticien¹⁷.

Délai pour intenter une action en responsabilité pour insuffisance d'actif : 3 ans

Une telle action a un caractère patrimonial et la charge qui en résulte est transmissible par succession¹⁸. Ceci dit, l'alinéa 3 de l'article L. 651-2 du code de commerce prévoit que « l'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire ». En outre, la prescription est acquise selon l'article 2229 du code civil lorsque le dernier jour du terme est accompli¹⁹. Il a été jugé que l'article 642 du code de procédure civile, qui prévoit que la prorogation des délais de procédure expirant un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé jusqu'au premier jour ouvrable suivant, ne s'applique pas au délai de prescription de l'article L. 651-2²⁰. Seule une assignation régulièrement signifiée peut interrompre la prescription²¹. Un tel constat apparaît d'autant plus que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif mise en œuvre dans le délai légal contre un dirigeant n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres dirigeants, qu'ils soient de droit ou de fait²².

Le liquidateur judiciaire et son avocat pourront être confrontés à une difficulté réelle tenant à la fois à la prescription triennale de l'action et à sa recevabilité, laquelle impose au juge de constater que l'insuffisance d'actif est bien certaine. Certes, il n'est pas nécessaire que les opérations de vérification des créances soient totalement achevées pour qu'une telle action soit menée, mais encore faut-il que l'insuffisance d'actif soit certaine, au moment où le juge statue, pour que l'action soit recevable et qu'une condamnation à l'encontre du dirigeant soit prononcée. En pratique, l'avocat du mandataire liquidateur ne devra pas attendre l'issue de l'ensemble des procédures et veillera à introduire l'action dans le délai légal, quitte à solliciter, pour éviter une irrecevabilité, un sursis à statuer dans l'attente du sort de certaines créances ayant pu faire l'objet d'une procédure de contestation conduisant à une

4 C. civ., art. 1341-2. Le liquidateur peut agir en inopposabilité de la déclaration notariée d'insaisissabilité irrégulièrement publiée : Com. 15 nov. 2016, n° 14-26.287 P ; Com. 15 nov. 2017, n° 16-19.425.

5 C. com., art. L. 632-1 et L. 632-2. L'action en nullité d'un contrat de vente immobilière conclu pendant la période suspecte relève de la compétence du tribunal de la procédure collective : Com. 18 mai 2017, n° 15-23.973 P. En revanche, l'action paulienne du liquidateur judiciaire ne relève pas de la compétence du tribunal de la procédure collective : Com. 16 juin 2015, n° 14-13.970 P. Sur l'inapplicabilité manifeste d'une clause compromissoire dans un litige en nullité de période suspecte. V. Com. 17 nov. 2015, n° 14-16.012 P.

6 C. com., art. L. 651-1. La loi Sapin II (L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 146) a adouci la rigueur de cette sanction : « En cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de sa société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée » (C. com., art. L. 651-1, al. 1^{er}, *in fine*). Cette disposition est entrée en vigueur le 11 déc. 2016.

7 C. com., art. L. 641-1. Le fait que des sociétés soient intégrées au regard de leurs liens juridiques et de leurs activités, soient liées entre elles par une convention de trésorerie intra-groupe et qu'il existe des remontées de fonds entre filiales et société mère, ne suffit pas à caractériser la confusion des patrimoines des sociétés ou la fictivité de certaines d'entre elles, seules causes de nature à justifier l'extension d'une procédure collective : Com. 16 déc. 2014, n° 13-24.161.

8 C. com., art. L. 663-1. Solliciter le ministère public peut s'avérer également opportun. V. C. Delattre, *Le cadre de l'intervention du ministère public en droit des entreprises en difficulté*, Joly éditions 2018.

9 C. com., art. L. 643-9 s. En effet, la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a jugé le 17 oct. 2002 (Civ. 2^e, 17 oct. 2002, n° 01-13.553) que la clôture des opérations de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif prive le mandataire judiciaire du droit de représenter la personne morale. D'ailleurs, la chambre commerciale avait, dès le 11 juill. 1995 (Com. 11 juill. 1995, n° 93-15.525 ; V. égal. en ce sens Com. 24 mars 2009, n° 87-21.341), adopté une telle position en considérant que la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif ne peut être étendue à une autre personne sur le fondement de la confusion des patrimoines.

10 Il est à noter que la décision qui annule l'ouverture d'une liquidation judiciaire ne prive pas la déclaration de créance de son effet interruptif de prescription qui se prolonge jusqu'à cette décision : Com. 27 janv. 2015, 13-20463.

11 Paris, 20 déc. 2007, RJDA 2008, n° 557.

12 Com. 30 mars 2010, n° 08-17.556.

13 Com. 21 sept. 2010, n° 08-21.030.

diminution du passif ou de litiges en cours permettant de recouvrer de l'actif.

Parfois, le délai pour intenter certaines actions n'est pas éteint, et pour autant celles-ci ne peuvent aboutir. Il s'agit du cantonnement de l'action.

LE CANTONNEMENT DE L'ACTION

La lecture des articles du code de commerce révèle que le législateur n'a encadré qu'une seule action, à savoir l'action en report de la date de cessation des paiements. S'agissant de l'action en extension de procédure, elle a été délimitée par la jurisprudence.

L'action en report de la date de cessation des paiements

Selon l'article L. 631-8 du code de commerce²³, le tribunal fixe la date de cessation des paiements après avoir sollicité les observations du débiteur. Surtout, l'alinéa 2 pose en quelque sorte des limites à l'action en report de la date de cessation des paiements, qui ne peuvent être contournées même si le délai d'un an n'est pas encore écoulé. Il est ainsi prévu que la date de cessation des paiements peut être reportée une ou plusieurs fois, « sans pouvoir être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture de la procédure »²⁴. En outre, l'alinéa 2 énonce que, « sauf cas de fraude, elle ne peut être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable en application du II de l'article L. 611-8 ». Bien conseillé, le dirigeant ne manque pas, en pratique, de solliciter une telle homologation ; en effet, la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques²⁵, conformément à l'article L. 131-73 du code monétaire et financier, qui en résulte n'est pas souvent l'unique dessein du dirigeant.

Cette action pourra conduire l'avocat du mandataire liquidateur à agir en nullité d'actes

accomplis pendant la période suspecte ou en sanction à l'égard du dirigeant, en faille personnelle ou en interdiction de gérer. Ici, la question du cantonnement de l'action peut alors rejoindre celle de la prescription. En effet, si l'action en nullité de la période suspecte n'est soumise à aucun délai (*supra*), l'avocat devra se souvenir que l'action en report de la date de cessation des paiements n'est pas interruptive du délai de prescription de trois ans de l'action en sanction qui court à compter du jugement qui prononce l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Bien plus, en cas de conversion d'un redressement en liquidation judiciaire, le délai de prescription démarre dès le jugement de redressement judiciaire...

L'action en extension de procédure qui est, quant à elle, visée aux articles L. 641-1 et L. 621-2 du code de commerce, a été encadrée par la jurisprudence.

L'action en extension de procédure

Contrairement à l'action en report de la date de cessation des paiements, le législateur n'a prévu aucune limitation concernant l'action en extension de procédure pour confusion des patrimoines ou fictivité. D'ailleurs, il a été jugé le 6 avril 1999²⁶ que la prescription de trois ans prévue par l'article L. 651-2 du code de commerce ne concerne pas l'extension de procédure ; une telle action n'est pas soumise à une prescription spéciale. Pour autant, la survenance d'un plan de redressement à l'encontre de la personne visée par l'extension est un obstacle au droit d'agir du liquidateur judiciaire. Par un arrêt du 4 janvier 2000²⁷, la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé qu'une procédure de liquidation judiciaire peut être étendue à une autre personne morale en liquidation judiciaire ou en redressement judiciaire, sauf si un plan de redressement a été arrêté. Il est important de souligner que peu importe la modalité du plan de redressement²⁸.

¹⁴ Depuis l'Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, l'art. 1183 C. civ. met en place une action interrogatoire qui permet au cocontractant du titulaire d'une action en nullité relative de demander à ce dernier soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans les six mois. Mais, « le cocontractant du débiteur ne peut utiliser l'action interrogatoire pour enfermer l'organe de la procédure collective dans un délai d'action pour agir en nullité de la période suspecte » : M. Latina et P.-M. Le Corre, *L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du code de commerce*, IFPPC, 2016, n° 47.

¹⁵ La présentation de la demande doit s'entendre au sens de l'art. L. 631-8 C. com. de la remise au greffe d'une copie de l'assignation et non de la délivrance de celle-ci : Amiens, 19 avr. 2012, Act. proc. coll. 2012, n° 222, p. 3. Pour fixer la date de cessation des paiements, il est loisible aux juges du fond de puiser tous renseignements dans le rapport d'expertise : v. en ce sens Com. 15 févr. 2000, n° 97-16.770 et 97-17.415. L'art. R. 631-13 C. com. prévoit que « la décision par laquelle le tribunal modifie la date de cessation des paiements est notifiée au débiteur, communiquée aux personnes mentionnées à l'art. R. 621-7 et fait l'objet des publicités prévues à l'article R. 621-8 ».

¹⁶ En cas de succession de procédures, l'application des nullités de la période suspecte est exclue lors de la procédure de sauvegarde ; la date de cessation des paiements et son report ne peuvent intervenir qu'au cours de la phase suivante, redressement ou liquidation judiciaires : Com. 18 mai 2016, n° 14-21.133.

¹⁷ En cas d'écoulement du délai en question, il n'aura pas d'autre choix que d'intenter une action paulienne fondée sur l'art. 1341-2 C. civ. La nullité de l'acte ne sera pas encourue ; seule son inopposabilité pourra être judiciairement prononcée : V. *supra*, note 4.

¹⁸ Com. 6 févr. 1979, D. 1979, IR 368.

¹⁹ En cas d'extension de la procédure à d'autres sociétés, c'est la date du dernier jugement d'extension qui constitue le point de départ de la prescription : V. en ce sens Paris, 20 déc. 1994, Dr. sociétés 1995, n° 75, p. 8, note Y. Chaput.

²⁰ Com. 10 janv. 2006, n° 04-10.482 P.

²¹ Le moyen tiré de la prescription triennale constitue une fin de non-recevoir susceptible d'être opposée en tout état de cause : Com. 13 avr. 2010, n° 09-11.487.

²² Com. 7 nov. 2006, n° 05-16.693 P.

²³ Sur renvoi de l'art. L. 641-14 C. com. en cas de liquidation judiciaire.

²⁴ La possibilité d'obtenir la nullité (« le tribunal peut [...] ») d'un acte dans les six mois précédant la date de cessation des paiements ne concerne que les actes à titre gratuit visés au 1° du I et la déclaration visée au 12° de l'art. L. 632-1 C. com.

²⁵ C. com., art. L. 611-10-2, al. 2.

²⁶ Paris, 6 avr. 1999, D. Aff. 1999, 907.

²⁷ Com. 4 janv. 2000, n° 97-11.712 P.

²⁸ V. en ce sens Com. 22 oct. 1996, n° 95-13.024 P ; rappr. Com. 5 avr. 2016, n° 14-19.869 P ; Com. 27 sept. 2017, n° 16-16.670 P.



Les décorations et la robe d'avocat sont compatibles

Référence

Civ. 1^{re}, 24 oct. 2018,
n° 17-26.166, FS-P+B-I



Par

Daniel Landry
Avocat honoraire,
Ancien bâtonnier,
Ancien membre
du CNB

Solution

La Cour de cassation vient de rejeter le 24 octobre dernier les pourvois introduits à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 13 juillet 2017¹, qui avait annulé la disposition du règlement intérieur du barreau de cette ville, interdisant à ses membres le port de décorations sur la robe d'audience.

Lorsque nous avons commenté l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 13 juillet 2017, nous commençons nos observations en nous interrogeant sur le caractère dérisoire de cette querelle des décorations au regard des défis que la profession doit aujourd'hui relever. Cette interrogation demeure. Quand les 67 000 avocats de France s'acharnent au travail pour vivre décemment, comment certains d'entre eux peuvent-ils s'arrêter à de si minces enjeux ?

Mais revenons aux faits. Le 5 décembre 2016 le Conseil de l'Ordre du Barreau de Toulouse prenait une délibération modifiant l'article 2 du règlement intérieur de ce barreau, intitulé « Attitude aux audiences », en prohibant à ses membres le port de décorations sur leur robe. L'auteur de ces lignes ignore, d'une part, quelle est la composition du Conseil de l'Ordre de cet important barreau, d'autre part, quelle personne, ou quel syndicat, au sein de ce groupe lança, au nom de l'égalité, l'idée de cette délibération restrictive quelque peu novatrice, et enfin quelle est la proportion d'avocats décorés d'un ordre national dans ce barreau, et plus encore au sein du Conseil de l'Ordre. Cette ignorance lui évitera de se lancer dans une étude sociologique, qui ne serait pourtant pas inintéressante, quant aux motivations profondes de cette initiative. Entre la guerre de générations et la jalousie, tout est imaginable.

Toujours est-il qu'un avocat de ce barreau, titulaire de la Légion d'honneur et de l'ordre national du Mérite, forma une réclamation contre cette délibération. Celle-ci fut rejetée par le Conseil de l'Ordre. L'avocat saisit alors la cour d'appel, qui lui donna satisfaction. Dans cette décision, la cour d'appel de

Toulouse avait d'abord jugé le recours recevable, en estimant que la délibération critiquée portait atteinte aux intérêts professionnels des avocats concernés, en ce que ceux-ci « comprennent les intérêts moraux et économiques de ceux qui exercent ou ont exercé la profession d'avocat ». Avoir, notamment, visé les intérêts « moraux » était bienvenu pour ne pas laisser à entendre qu'être titulaire d'un ou deux ordres nationaux, et pouvoir le montrer sur sa robe, serait un atout économique. Puis la cour se penchait sur la compétence du Conseil de l'Ordre pour adopter la délibération litigieuse, et répondait qu'il le pouvait en l'absence de règles nationales unifiant les modalités de port de la robe d'avocat. Abordant le fond, la cour d'appel notait, d'une part que les articles R. 66 et R. 69 du code de la Légion d'honneur, applicables également à l'ordre national du Mérite, donnaient à l'avocat décoré d'un ordre national le droit d'en porter les insignes, d'autre part que ce port d'une, ou de plusieurs décorations, sur la robe ne contrevenait pas aux principes essentiels de la profession, et ne constituait pas une rupture du principe d'égalité entre confrères.

C'est en cet état que l'affaire vint devant la première chambre de la Cour de cassation. Celle-ci souleva alors d'office l'irrecevabilité de deux des pourvois dont elle était saisie ; tout d'abord celui de « l'Ordre des avocats au barreau de Toulouse » puisqu'il n'était pas partie à l'arrêt attaqué, lequel n'avait prononcé aucune condamnation à son encontre, et en second lieu celui incident de l'avocat puisqu'il ne justifiait d'aucun intérêt à la cassation, l'arrêt déferé lui donnant satisfaction.

¹ Toulouse, 13 juill. 2017, n° 17/01300, D. Avocats 2017, 326, obs. D. Landry.

Restait le pourvoi du « Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Toulouse », lequel était bien l'auteur de la délibération attaquée et le défendeur à l'arrêt d'appel. On souligne incidemment ce point, car dans l'esprit du public, et parfois des avocats eux-mêmes, règne la confusion entre les termes de « barreau », « ordre », ou « conseil de l'ordre ». Rappelons donc que, si le barreau a la personnalité civile, il est administré par le Conseil de l'Ordre, lequel, parmi ses missions, a celle d'arrêter ou de modifier le règlement intérieur du barreau ; ce qu'en l'espèce il avait fait.

Trois moyens de cassation étaient à examiner. D'abord un moyen de procédure, en ce que le Conseil de l'Ordre reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas à son audience solennelle et en chambre du conseil du 29 juin 2017 invité le bâtonnier à présenter ses observations. Mais la Cour suprême répond que ce moyen manque en fait puisque le bâtonnier a été convoqué ès qualités à présenter ses observations à l'audience par lettre recommandée avec avis de réception. On s'étonnera de cette absence du bâtonnier en exercice, absence, peut-être accidentelle, que l'on peut interpréter de diverses manières, par exemple en se demandant si la délibération querellée avait été prise avec son assentiment ; encore que ce fût forcément lui qui avait fixé l'ordre du jour du conseil au cours duquel fut votée la délibération litigieuse. On remarquera par ailleurs que, certes, le Conseil de l'Ordre était représenté à l'audience par un ancien bâtonnier du barreau de Toulouse, mais que celui-ci était à l'audience ès qualités de défenseur du Conseil de l'Ordre et non de délégué du bâtonnier.

Le deuxième moyen présenté par le Conseil de l'Ordre portait sur l'intérêt à agir contre la délibération de l'avocat en ce que l'interdiction du port de décorations sur le costume d'audience n'aurait pas lésé, au sens de l'article 19, alinéa 2, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, les intérêts professionnels de l'avocat, fût-il lui-même décoré de la Légion d'honneur ou de l'ordre national du Mérite. Ici, la Cour de cassation introduit dans la notion d'intérêts professionnels celle d'intérêts « d'ordre privé » tant moraux qu'économiques ; ce qui donne plus d'assise à cette notion visée tant à l'article 19 précité de la loi qu'à l'article 15 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991. Ce petit élargissement de l'intérêt à agir pourra être repris dans l'avenir.

Le troisième moyen comportait trois branches. La première était de soutenir que la cour d'appel aurait dû spécifier à quel texte contrevenait la délibération attaquée. La deuxième était de prétendre que l'arrêt d'appel violait les articles R. 66

et R. 69 du code de la Légion d'honneur. Enfin était-il prétendu que l'obligation faite à l'avocat de revêtir à l'audience un costume uniforme concourrait à assurer l'égalité des justiciables.

En réponse, la Cour de cassation regroupa les deux premières branches du moyen en relevant que la cour d'appel s'était fondée sur les articles R. 66 et R. 69 du code de la Légion d'honneur, applicable également à l'ordre national du Mérite, « textes dont elle a justement déduit le droit pour le décoré de porter les insignes que confère l'attribution d'une décoration française ». On citera ces deux textes :

- article R. 66 : « Sur le costume officiel (grande tenue) ou sur l'uniforme militaire (grande tenue), le port des insignes, tels qu'ils sont déterminés pour chaque grade aux articles R 59 à R 64 ci-dessus, est obligatoire [...] » ;
- article R. 69 : « La barrette est un rectangle rouge d'une longueur égale à la largeur du ruban et de 1cm de hauteur. Elle se porte sur le costume civil et sur l'uniforme militaire ».

Faut-il préciser ici que concernant l'avocat il n'a qu'un seul costume officiel et que, même quand les magistrats aux audiences solennelles endossent leur « grande tenue », avec pour les titulaires d'ordres nationaux leurs décorations pendantes sur la poitrine ou en sautoir, les avocats, eux, sont revêtus de leur robe habituelle, et ceux décorés s'en tiennent à la barrette simple ou double visée à l'article R. 69 précité ? Et comme pour eux il y a identité entre « grande tenue » et « costume officiel », on pourrait même soutenir que le port de la barrette est pour eux obligatoire en application de l'article R. 66.

C'est pourquoi la seule lecture de ces deux articles démontrait que la délibération en cause était contraire aux dispositions réglementaires et que, en application du premier alinéa de l'article 19 de la loi du 31 décembre 1971, le procureur général de la cour d'appel, qui avait sans doute mieux à faire, aurait pu en demander l'annulation.

Restait la prétendue rupture de l'égalité, étant noté qu'à l'égalité entre confrères le Conseil de l'Ordre avait ajouté en son pourvoi la notion d'égalité entre justiciables, sous-entendant par là que porter une décoration à l'audience confère à l'avocat une meilleure écoute, dont profitera son client aux dépens de l'adversaire. Cette thèse était d'ailleurs contradictoire avec ce qui était avancé au soutien de l'irrecevabilité du recours quant à l'inexistence alors prétendue de toute lésion des intérêts professionnels.

À l'audience du 25 septembre 2018 devant la Cour, ces moyens furent oralement complétés

[...] Si l'on admet à tort que le port d'une décoration sur une robe d'avocat influence le juge, il faut aller jusqu'au bout de la réflexion en considérant que parfois elle pourrait le desservir [...]

par toute une série d'arguments et d'envoies tels que « portée par un magistrat, une décoration renforce l'autorité judiciaire. Portée par un avocat, elle la dessert » ; affirmation se voulant habile et à double détente, d'une part, en tentant de laisser penser que l'esprit de la délibération sur la sellette n'était pas de se voir un jour transposée dans les règles s'appliquant aux magistrats en les privant, eux aussi, du port de leurs décorations, et d'autre part de dédouaner ceux-ci du reproche fait par contre aux avocats porteurs de décorations d'entretenir ou de chercher à entretenir avec les premiers une connivence au détriment de l'indépendance des uns et des autres. Disons-le tout net, ce genre d'insinuations est quasi injurieux pour les deux professions. Ou alors, si l'on admet à tort que le port d'une décoration sur une robe d'avocat influence le juge, il faut aller jusqu'au bout de la réflexion en considérant que

parfois elle pourrait le desservir, soit que celui qui l'écoute soit déçu, s'étant attendu à une prestation d'une autre tenue de la part d'un avocat dont les mérites supposés ont été jugés éminents ou distingués, soit que, s'il est lui-même non décoré, ou d'un ordre ou d'un grade inférieur, une pointe de jalousie ne vienne tarauder son esprit.

La Cour de cassation balaya cet argumentaire en notant d'une part « que, lorsqu'un avocat porte sur sa robe professionnelle les insignes des distinctions qu'il a reçues, aucune rupture d'égalité n'est constituée, non plus qu'aucune violation des principes essentiels de la profession », et d'autre part que le grief tiré d'une rupture d'égalité entre justiciables, moyen nouveau et mélangé de fait, était comme tel irrecevable.

Il reste à espérer que le débat soit clos.



RESPONSABILITÉ CIVILE PROFESSIONNELLE

Avocat rédacteur d'un acte introductif d'instance : une responsabilité non partagée

Référence

Civ. 3^e,
25 oct. 2018,
n° 17-16.828,
FS-P+B+

Solution

L'avocat, investi d'un devoir de compétence, est tenu d'accomplir, dans le respect des règles déontologiques, toutes les diligences utiles à la défense des intérêts de son client. Il incombe dès lors à l'avocat, qui représente les bailleurs lors de l'instance en résiliation du bail dont il a rédigé l'acte introductif, de veiller à ce que l'état des inscriptions sur le fonds de commerce émane du greffe du tribunal du lieu d'exploitation.

Par

François de La Vaissière
Avocat honoraire
du barreau de
Paris, auteur,
enseignant et
spécialiste en droit
immobilier

Tout praticien, intervenant à un stade quelconque du processus, ne peut ignorer que la résiliation amiable ou judiciaire d'un bail commercial en vigueur exige de lever les états au registre du commerce et des sociétés (RCS), afin de pouvoir notamment dénoncer à domicile élu aux créanciers inscrits sur le fonds de commerce de l'exploitant, débiteur d'un arriéré de loyers, l'acte de saisine de la juridiction amenée – le plus souvent en référé et sous la

forme d'une constatation de l'acquisition de la clause résolutoire – à sanctionner une défaillance du preneur. Cette dénonciation est également formellement nécessaire lorsque, en dehors de toute faute du locataire, les parties s'accordent pour mettre fin par exemple par anticipation à un bail commercial en cours, ou même échu. Ce n'est qu'un mois après la notification que devient définitive la cessation des rapports contractuels.

Ces obligations figurent au code de commerce (C. com., art. L. 143-2, repris en visa dans l'arrêt commenté) qui a adapté les termes de la très ancienne loi du 17 mars 1909, et il est bien rare aujourd'hui qu'elles ne soient pas respectées dans leur principe, ne serait-ce que parce que le greffier du tribunal de grande instance compétent qui reçoit le placement de l'assignation en référé ne manque pas de réclamer la fourniture concomitante de l'ensemble des états révélant une inscription, qui a pour effet de faire du fonds de commerce le gage du créancier (en effet, ledit fonds est une valeur mobilière, ce qui dicte le régime des sûretés).

Par contre, si la formalité est rarement omise, il peut se produire une erreur plus ou moins grossière dans son maniement et c'est ce qu'illustre l'arrêt du 25 octobre 2018, sous le double angle du régime d'indemnisation du préjudice causé au tiers victime et de la responsabilité civile du fautif, éventuellement partagée entre les différents professionnels intervenant successivement ou conjointement dans la procédure de résiliation (avocat, huissier de justice ou greffier du tribunal de commerce tenant le registre des inscriptions de privilège de nantissement ou autres).

La cassation partielle intervient en l'espèce, très banale, à la fois sur le second moyen du pourvoi principal du créancier inscrit débouté de son action en responsabilité civile quasi délictuelle contre les bailleurs, et sur le moyen unique du pourvoi incident de ces derniers, déboutés de leur demande en garantie contre leur avocat, sur le terrain de la responsabilité contractuelle de l'ancien article 1147 du code civil.

De fait, la cour d'appel de Colmar avait d'abord rejeté la demande d'indemnisation du créancier inscrit invoquant, comme il se doit, une « perte de chance de se voir payer sa créance sur le prix de vente du fonds », au motif assez orthodoxe au regard des règles de la responsabilité civile professionnelle qu'il n'était pas justifié au jour de l'assignation d'une réelle valeur patrimoniale du fonds litigieux ; il est vrai que la faute ne suffit pas et qu'il faut traditionnellement qu'il existe aussi un préjudice et un lien de causalité.

PERTE DE CHANCE POUR LE CRÉANCIER INSCRIT DE SAUVEGARDER LE DROIT AU BAIL EN SE SUBSTITUANT AU DÉBITEUR DÉFAILLANT

Sur cette première question, la Haute Juridiction applique une jurisprudence qui n'est pas nouvelle et qui, progressivement définie autour de la notion de perte de chance, fait prévaloir la possibilité pour le créancier inscrit averti de sauvegarder le droit au bail en se substituant au débiteur défaillant. Même s'il n'est pas toujours évident que le paiement des loyers arriérés à la place du preneur soit une opération rentable et véritablement utile, le seul fait qu'on puisse être privé de la faculté d'y recourir entraîne une perte de chance. Ensuite, la juridiction de fond apprécie souverainement l'incidence objective de cette situation, sachant que la théorie de la perte de chance implique que l'on ne reçoive qu'en partie la contrepartie financière de ce non-respect du droit applicable.

Il faut dire qu'en l'occurrence la solution s'imposait aussi du fait d'une contradiction interne de l'arrêt d'appel, atteint au minimum d'une maladresse de rédaction car, en retenant que « la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations », la Cour de cassation stigmatise en réalité la motivation, dont on sait que son insuffisance équivaut à son absence, les juges du fond ayant constaté explicitement que si le créancier évincé avait pu payer les loyers à la date du commandement de payer, il aurait pu préserver son gage, constatation suffisante pour fonder une perte de chance non équivalente à la perte des droits gagés.

En d'autres termes, la valeur du fonds ne s'avère pas un élément déterminant du préjudice subi, car le débiteur maintenu dans les lieux peut revenir à meilleure fortune, et la perte de chance n'est pas déterminée à l'aune de l'efficacité de la substitution de débiteur vis-à-vis du bailleur mais à la mesure de la seule privation de la faculté d'y recourir.

ERREUR SUR L'ÉTAT DES INSCRIPTIONS SUR LE FONDS DE COMMERCE

Reste la seconde question de la responsabilité de l'avocat, appréciée dans le cas présent au regard

La [Cour de cassation] écarte clairement l'issue d'une responsabilité partagée quelle que soit la compétence des mandants de l'huissier (client ou avocat, voire administrateur de biens) [...]

de l'intervention de l'huissier de justice chargé (par lui ?) de délivrer l'assignation en la dénonçant au créancier inscrit titulaire d'un nantissement.

Sur le partage des rôles, tout semble découler d'une appréciation *in concreto* puisqu'il s'agit d'abord de déterminer quel est celui des professionnels qui a commis l'erreur déterminante, celle d'avoir requis l'état des inscriptions auprès du tribunal de commerce du lieu du siège de la société et non auprès de celui du lieu effectif d'exploitation. Cette erreur peu fréquente est lourde de conséquences quand le fonds est un établissement secondaire ou accessoire immatriculé dans un autre ressort, et l'on comprend donc des faits de l'espèce rapportés laconiquement dans l'arrêt que ce qui est reproché n'est pas d'avoir omis de solliciter les états, mais d'avoir reçu ceux-ci (négatifs, donc) d'un RCS mal identifié. Si le résultat est le même (inopposabilité radicale aux créanciers inscrits de la résiliation de bail), cette circonstance peut avoir son importance si l'on peut identifier clairement qui est l'auteur intellectuel de l'erreur, car ce peut être l'avocat « maître de l'affaire » qui adresse l'acte complet et préparé à son huissier correspondant, mais ce peut être aussi – moins fréquemment – l'huissier de justice qui est requis directement par le client ou par des instructions motivées de l'avocat ou du gestionnaire mandataire du bailleur, à charge de rédiger l'acte (en percevant des honoraires de mise en forme le cas échéant) et donc de se préoccuper de son environnement juridique dans toutes ses composantes. Ce qui est intéressant ici, c'est que la motivation de la Haute Cour écarte clairement l'issue d'une responsabilité partagée quelle que soit la compétence des mandants de l'huissier (client ou avocat, voire administrateur de biens) et que, après avoir caractérisé dans son motif conclusif que c'est le seul avocat qui a *rédigé l'acte introductif d'instance*, elle ne recherche pas vraiment le rôle respectif des intervenants, pour retenir qu'il lui incombe et à lui seul, *en tant que représentant des bailleurs lors de l'instance*, de veiller à ce que les états soient réclamés au RCS compétent en fonction de la localisation de l'établissement, indépendamment de sa dépendance institutionnelle ou actionnariale envers une société mère au siège social établi ailleurs.

Alors que tant l'avocat que l'huissier avaient été assignés ensemble en garantie par les bailleurs susceptibles d'être tenus pour premiers responsables par les victimes finales, « le bon dieu devant reconnaître les siens », et que l'huissier avait été seul incriminé en cause d'appel parce que la fonction de *significateur* doit être préférée à celle de *rédacteur*, la Cour de cassation retient

le contraire, s'attachant surtout à la règle de représentation en justice énoncée aux articles 411 et suivants du code de procédure civile, dès lors que le processus contentieux est enclenché (par l'assignation préparée par l'avocat). Le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir les actes de la procédure et l'article 414 du même code n'investit qu'une seule et unique personne habilitée à cette fin, ce qui paraît éliminer, du moins dans la configuration de l'espèce, le concours de responsabilité avocat/huissier. Il en serait autrement si l'avocat avait restreint sa mission vis-à-vis de la partie, car à défaut l'article 412 indique que la mission de représentation emporte mission d'assistance sauf convention contraire et l'article 412 stipule que la mission d'assistance en justice emporte *pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense*.

L'arrêt commenté prend d'ailleurs soin de poser en postulat que « l'avocat, investi d'un devoir de compétence, est tenu d'accomplir dans le respect des règles déontologiques, toutes les diligences utiles à la défense des intérêts de son client », ce qui est une définition plus ample du devoir de conseil traditionnel qui l'oblige évidemment à contrôler les opérations périphériques de l'instance qu'il engage, et à l'égard de laquelle il doit être non seulement respectueux de sa déontologie mais aussi suffisamment compétent (dans le cas présent, ne pas ignorer la nuance qui existe entre une immatriculation principale au RCS et celle tenue dans le ressort distinct du lieu d'exploitation d'un établissement secondaire ou accessoire, et du ressort du siège social).

La cause est entendue ainsi et la cotation FS-P+B-I en fait un arrêt de principe important sur la responsabilité de l'avocat, dans le droit fil des décisions en la matière ayant déjà reconnu à d'innombrables reprises que la compétence des autres professionnels associés à la tâche (notaires notamment) n'était pas de nature à influencer sur le devoir de conseil et de compétence propre au représentant en justice de parties, même non profanes, lesquelles ont vocation à se faire couvrir en toutes circonstances d'une erreur avérée.

De ce chef l'arrêt n'innove pas, pas plus qu'il n'est apte à tenir en échec la responsabilité finale du greffier de tribunal de commerce qui délivrerait des états erronés, générant ensuite l'erreur de ses utilisateurs, même professionnels eux-mêmes. On notera qu'en l'espèce l'état des inscriptions délivré par le greffier ne comporte pas d'erreur, mais que la demande a été mal dirigée, ce que l'office du greffe ne peut deviner, ni contrarier *a priori*.

🕒 Et si demain vous choisissiez votre école d'avocats ?

Vous préparez l'examen national d'accès au centre régional de la formation professionnelle des avocats (CRFPA) pour rejoindre l'école d'avocat de votre choix ! Car si vous avez bien une place réservée dans l'école du ressort de l'institut d'études judiciaires (IEJ) qui vous accueille, vous pouvez aussi, si votre projet professionnel le justifie¹, rejoindre l'une des quinze écoles d'avocats habilitées² à préparer au certificat d'aptitude à la profession d'avocat (CAPA). Petit vademecum des anticipations à opérer, qui intéressera aussi les cabinets recruteurs.

Votre premier objectif est de réussir les écrits du CRFPA, d'anticiper une éventuelle solution de repli en cas d'échec³, mais comparer l'offre des différentes écoles⁴ ? Anticiper des pré-inscriptions courant novembre ? Anticiper les résultats des oraux ?... Aussi, convient-il de se poser les bonnes questions afin de s'orienter au mieux et trouver la voie la plus adaptée à ses attentes. Voici quelques propositions afin de construire votre propre grille de lecture.

JE VEUX ÊTRE LIBRE D'ORGANISER MON PARCOURS ET DE SAISIR TOUTES LES OPPORTUNITÉS

La formation des élèves avocats est organisée en trois périodes de six mois consacrées à la formation initiale obligatoire, le projet pédagogique individuel (PPI) et le stage final.

Certaines écoles imposent un programme strict qui débute par la formation initiale de janvier à juin, puis le PPI de juillet à décembre et enfin le stage final de janvier à juin de l'année suivante. La formation initiale peut alors intégrer un stage de sensibilisation en cabinet,

voire deux périodes dont les durées – deux à quatre semaines – n'emportent pas toujours indemnisation. Des périodes de révisions avant le CAPA ou les examens blancs diminuent aussi la durée de six mois du PPI ou du stage final.

D'autres privilégient l'employabilité des élèves avocats : flexibilité totale sur l'organisation de ces trois périodes, apprentissage avec des cours uniquement le matin, parcours salarié avec des cours à partir de dix-huit heures étalés sur une année, possibilité de rester chez le même employeur pour y effectuer son PPI et son stage final ... certains directeurs des études ont une grande imagination pour votre collaboration !

La période de formation de dix-huit mois s'arrête au 1^{er} juillet et votre prestation de serment pour démarrer votre collaboration libérale ne pourra intervenir dans la foulée ! Durant ce laps de temps certaines écoles permettent de continuer la période de stage, là où d'autres vous laissent dans un « vide » qui mène au CDD.

Certains élèves avocats trouvent très vite un cabinet qui leur offrirait une collaboration : la possibilité d'être encouragé par l'administration de l'école pour vous permettre de



Par

Stéphane Baller*

Avocat associé – EY
Société d'avocats,
Professeur associé
d'économie - Paris 2
Assas, Co-directeur
du DU Avocat Conseil
Fiscal des Entreprises
UPEC / HEDAC et du
DU Transformation
Digitale du Droit &
Legaltech à Paris 2

* Partagez vos commentaires et suggestions avec stephane.baller@ey-avocats.com.

1 Préparez une demande à l'attention du directeur de l'école en précisant votre projet professionnel et vos motivations pour choisir son école, en annexant un CV et vos relevés de notes pour des raisons académiques ; votre convention de stage, d'apprentissage, votre contrat de travail pour des raisons professionnelles.

2 Nous ne couvrirons pas les écoles de Corse, Guadeloupe, Martinique et La Réunion.

Comme dans un cabinet ou une entreprise, l'équipe de direction donne le tempo. Ren- seignez-vous sur le mode de fonctionne- ment observé, la participation des confrères, comme des élèves avocats, au projet, et recherchez la place de l'élève dans le dispositif.

rejoindre le cabinet que vous avez choisi est alors essentielle.

Seul impératif, le caractère consécutif des dix-huit mois : alors n'hésitez pas si besoin à reporter votre entrée à l'école pour réaliser le stage ou la formation qui vous motive, mais qui sont incompatibles avec l'organisation de votre école d'avocats cible : le CRFPA est valable à vie !

JE VEUX LES MEILLEURES CONDITIONS D'ÉTUDES POUR AVOIR MON CAPA

L'objectif des dix-huit mois de formation est de vous préparer à la profession et de réussir l'examen de sortie de l'école : le CAPA. Pourquoi ne pas prendre en compte les moyens mis à votre disposition pour travailler dans les meilleures conditions ? Exemples : la mise en place d'exercices à blanc, l'accompagnement méthodologique pour rédiger vos rapports de stage final et PPI, le poids du contrôle continu, la tolérance vis-à-vis des absences justifiées, la qualité du support web qui vous lie en permanence avec l'école notamment pour votre planning ; les conditions de travail, à commencer par les locaux de l'école, si vous y êtes sensible, même si le temps passé à l'école est parfois limité ; les équipements pour vous essayer aux nouvelles technologies ; des salles de travail en groupe, des espaces associatifs ; un accès à la bibliothèque de l'Ordre ou de l'école ou accessible à distance ; des cours en cabinet ; un enseignement à distance conjugué avec le présentiel

JE VEUX UN PROJET PÉDAGOGIQUE QUI ME RESSEMBLE

Souhaitez-vous suivre une formation dans un cadre familial ou préférez-vous évoluer de manière très indépendante, voire anonyme ; être « accompagné » comme en grande école ou « consommer » votre formation comme à l'université. Avec des capacités d'écoles allant de 2 000 pour Paris à 150 pour Toulouse, le suivi pédagogique, les effectifs d'animation de l'école, leur disponibilité et leur engagement doivent être pris en compte.

Les interactions avec l'école sont nombreuses : pré-inscriptions ; planning soumis à la vie judiciaire des animateurs ; supports de cours ; conventions de stage ; validation des PPI ; évaluation ; organisation des examens ; questions de la vie courante ... jusqu'à votre

prestation de serment et votre collaboration. Le personnel administratif dévoué, capable de vous renseigner, de vous rassurer, voire de vous aider est indispensable.

Comme dans un cabinet ou une entreprise, l'équipe de direction donne le tempo. Renseignez-vous sur le mode de fonctionnement observé, la participation des confrères, comme des élèves avocats, au projet, et recherchez la place de l'élève dans le dispositif.

La profession change : quelles innovations pour vous aider ? Un incubateur pour entreprendre ? Une clinique du droit ? L'initiative associative encouragée ? La mise au contact avec la profession ? L'ouverture internationale ? La mise en place de diplômés qui compléteront votre formation universitaire ? La signature d'accords permettant l'accueil des élèves avocats de manière privilégiée en master 2 ? La mise en place d'événements pour découvrir la diversité de la profession, de ses challenges ? Le niveau de collaboration avec les cabinets au sein de l'école ? L'existence de parcours adaptés à votre spécialité ? ... Quelles réalités pédagogiques face à ces promesses ? N'hésitez pas à contacter les écoles pour mieux connaître leur projet pédagogique, sa réalité et demandez à rencontrer les équipes et les élèves !

Enfin n'oubliez pas d'intégrer dans votre choix la capacité de tester votre future formation professionnelle, puisque vous aurez un minimum de vingt heures à effectuer chaque année. L'école peut-elle vous offrir un parcours jeune avocat articulé avec votre formation initiale ?

JE VEUX DÉJÀ PRATIQUER MON MÉTIER

L'école d'avocat est une école professionnelle dont l'enseignement doit être une suite de mises en situation pratiques en petits groupes autour des aspects juridiques d'un dossier de conseil ou de contentieux, en intégrant les questions de déontologie et/ou d'organisation du cabinet.

L'organisation des études doit donc privilégier ces périodes en petits groupes de vingt à trente élèves avocats pour permettre une véritable participation et un suivi personnalisé par des animateurs engagés pour partager leur savoir. Aussi renseignez-vous sur l'organisation des sessions pratiques, la réalité de l'interaction, des corrections des exercices, des temps de pratique, des temps de travail en groupe qui représentent un vrai changement dans la vie professionnelle.

3 La cinquième édition de « Rebondir sans le CRFPA », qui a eu lieu dans les locaux d'EY Société d'avocats Tour First le lundi 29 octobre 2018, aura ainsi permis de proposer 70 stages.

4 Sur le programme de formation initiale pour mener au CAPA, V. L. n° 71-1130 du 31 déc. 1971, not. art. 11 à 13 ; Décr. n° 91-1197 du 27 nov. 1991, not. art. 42 à 71. Le programme et les modalités de la formation dispensée aux élèves avocats doivent être conformes aux dispositions arrêtées par le Conseil national des barreaux et représentent un maximum de 320 heures dont 67 à la discrétion des écoles d'avocats.

Certains enseignements doivent retenir votre attention notamment LA nouveauté de vos enseignements, utile tout au long de votre vie d'avocat : la déontologie. C'est un des attributs majeur de la profession qui lui donne sa position unique dans le monde du droit et l'une des matières importantes du CAPA⁵. Pour découvrir la matière, le e-learning et/ou le cours magistral peuvent être une première approche. Mais l'illustration par l'exemple et la qualité de l'enseignement peuvent vous aider à plus vite et mieux rentrer dans la matière qui peut être passionnante.

L'expression orale, la plaidoirie et la pratique du métier – rédiger une consultation, constituer un dossier de plaidoirie ... – seront utilisés durant votre stage final. Aussi renseignez-vous sur l'organisation de ces séquences : aurez-vous l'opportunité de plaider en robe, plusieurs fois, dans un véritable tribunal, sur de vrais dossiers, d'accompagner des permanences pénales, de tenir des permanences juridiques en mairie avec un confrère, de travailler avec des secrétaires de la conférence ou des spécialistes du théâtre ... autant d'expositions pour gagner en connaissance et en assurance.

L'organisation de ces travaux peut faire appel au travail en binôme – demande et défense en contentieux – voire en équipe, notamment sur la partie conseil où l'école peut proposer des cas complexes nécessitant de combiner plusieurs spécialités pour réaliser une consultation. Un cours de gestion de projet en amont et vous serez mieux préparé.

Le programme du Conseil national des bureaux (CNB) prévoit un volet psychologique avec les clients, les magistrats ou les confrères : échanger avec un expert médical est un plus. La possibilité de prolonger sur l'art de la négociation et d'améliorer cette technique indispensable chaque jour de vie d'avocat sera appréciée, de même la possibilité de participer et d'être entraîné pour des concours d'arbitrage.

L'enseignement des langues est laissé à la discrétion des écoles d'avocats par le CNB qui ne précise pas de volume horaire. C'est un investissement volontaire pour ouvrir l'élève avocat au départ à l'étranger avec le *Test of English Foreign Language* (TOEFL) ou l'*International English Language Testing System* (IELTS) demandés dans certains cabinets et dans les entreprises.

Le programme proposé autour du management du cabinet d'avocat – trente-six heures –

couvre les obligations sociales, comptables, fiscales suivant les modalités d'exercice choisies. Mais pour imaginer votre projet de cabinet, son positionnement, sa communication, son marketing ... Quelles possibilités ?

Il en est de même pour l'avocat connecté : allez-vous apprendre à gérer votre image digitale ? À utiliser l'intelligence artificielle ? À connaître les *legaltech* et travailler avec ? Ou tout simplement à créer un profil *LinkedIn* efficace ?

JE VEUX ENCORE APPRENDRE OU VIVRE À FOND MA DERNIÈRE ANNÉE D'ÉTUDIANT(E) !

Chaque école dispose d'un espace de « liberté » de 67 heures pour proposer une expérience différente. Certaines choisissent des programmes pratiques construits autour des spécialités comme le droit des affaires et la fiscalité. D'autres des programmes sur mesure, pour développer des projets ou travailler sur l'innovation avec des Labs.

Des expériences pratiques sous forme d'ateliers, la découverte du *legal design*, la participation encadrée à des concours internationaux, la possibilité de suivre un diplôme universitaire, de réaliser un véritable voyage d'études, de rencontrer des délégations d'avocats étrangers ... la richesse de l'offre pédagogique et du projet de l'école s'expriment souvent dans cet espace de liberté qui vous permettra de faire la différence avec un PPI pour compléter l'université, avec un *Master of Laws* (LLM), le *Master of Business Administration* (MBA) des juristes, un M2 ou un diplôme universitaire ou en grande école de commerce ou d'ingénieur, voire un parcours « Grande École ».

Certaines écoles ont développé leurs propres diplômes en collaboration avec une université/école ou disposent d'accords vous permettant un accès privilégié, des places réservées, des conditions financières avantageuses Renseignez-vous sur la réalité des accords et leurs modalités de fonctionnement, le nombre de places réellement disponible et combien de candidatures. Le protocole d'accord mis en place avec telle université étrangère a-t-il déjà été mis en œuvre ou serez-vous le premier candidat ? Le calendrier d'études est-t-il compatible avec celui de l'école ? Existe-t-il un mémoire à réaliser qui viendra en plus du rapport de stage PPI ? Le master recherché est-il accepté en PPI par mon école ?

L'école d'avocat est une école professionnelle dont l'enseignement doit être une suite de mises en situation pratiques en petits groupes autour des aspects juridiques d'un dossier de conseil ou de contentieux, en intégrant les questions de déontologie et/ou d'organisation du cabinet.

⁵ L'un des candidats au bâtonnat de Paris 2020 Olivier Cousi souhaiterait un CAPA organisé autour d'une épreuve de déontologie déterminante.

Vous pouvez aussi ouvrir vos horizons en juridiction, en association, en entreprise, en France comme à l'étranger, voire créer une *start up* dans certaines écoles !

Et puis une école d'avocats cela peut être comme une grande école, voire comme certaines universités avec un gala, des associations, un plaisir de vivre à l'école dans des locaux agréables, proches de votre lieu d'habitation et/ou de stage suivant le temps que vous allez y passer, un esprit de promotion, la possibilité de rencontrer ses futurs associés ou ses futurs boss.

L'interaction entre l'école et la profession, pas uniquement les avocats, le milieu économique et social ... sont autant d'éléments à prendre en considération avant d'entrer dans la profession.

JE VEUX DÉJÀ TROUVER MA COLLABORATION

Certaines écoles ont souhaité donner aux élèves avocats la possibilité de compléter les

enseignements par une large exposition au marché du droit avec la rencontre des employeurs au sein de forums dédiés au recrutement, une préparation intégrant la revue des CV, des lettres de motivation, la préparation aux entretiens, la gestion du stress ... autant d'éléments pour trouver rapidement votre stage ou votre collaboration.

La localisation de certaines écoles dans les maisons de l'avocat permet dès les premiers jours un contact quotidien avec la profession comme l'enseignement de la déontologie par des bâtonniers.

Certaines écoles vont plus loin en organisant la rencontre avec les membres du conseil de l'ordre, les magistrats et d'autres métiers avec lesquels les avocats interagissent au quotidien comme les huissiers de justice, les *legaltechs* ou les directions juridiques. La possibilité d'assister à ces rendez-vous comme le Grenelle du droit par exemple en novembre est un incroyable facteur d'enrichissement de votre formation et de réflexion sur la manière dont vous souhaitez exercer demain.

Alors déterminez votre projet et choisissez !

EXEMPLE DE GRILLE DE QUESTIONNEMENT : À VOUS DE LA COMPLÉTER ET DE L'ORDONNER EN FONCTION DE VOS PRIORITÉS ⁶ !

- 1. Quelle liberté dans l'organisation des trois périodes de formation ?
- 2. Quel temps de stage indemnisé sous convention *vs* temps d'études et de révisions ? Apprentissage, organisation des cours, régime salarié ... Quel temps disponible pour travailler ?
- 3. Quel statut social, étudiant ou élève avocat ?
- 4. L'organisation des études me prépare-t-elle dans les meilleures conditions à l'examen ?
- 5. Quelle qualité d'accueil et de support aux élèves avocats ?
- 6. Quelle impulsion apportée par la direction de l'école et quelle participation des professions du droit ?
- 7. Quelles innovations pédagogiques et/ou lien avec des incubateurs, une clinique, d'autres écoles, universités, institutions ? Et quelle réalité ?
- 8. Quelle articulation entre ma formation initiale et ma formation continue dans les quatre premières années de barre ?
- 9. Quelle pratique dans les enseignements ? Déontologie, travaux de groupe, foisonnements, travail en juridiction, langues, digital, *e-learning*, management du cabinet... Quelle réalité ?
- 10. Quels enseignements originaux ? Quels diplômes complémentaires ? Quelles interactions avec l'écosystème du droit ?
- 11. Quelle ambiance et quelle vie associative ?
- 12. Quel accompagnement pour trouver ma première collaboration ?

La loi Elan a besoin d'avocats

La loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (Elan) marque une reprise en main par l'État de la structuration du tissu des opérateurs et met en place des dispositions contraignant les organismes du secteur à se concentrer. Elle crée également un terrain de jeu partagé entre les organismes du logement social et le monde de la promotion immobilière privée. Sur ces deux points les avocats ont un rôle à jouer car la loi crée des solutions inédites, pour lesquelles tout est à penser et à construire.

La loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (Elan), définitivement adoptée par le Parlement le 16 octobre 2018¹, fait suite à d'innombrables réformes du logement social, secteur auquel les gouvernements successifs ont toujours apporté une attention extrême. Chaque ministre du Logement, tous courants politiques confondus, n'a jamais manqué d'ajouter sa pierre à l'édifice. Sur le plan légistique, cela s'est inmanquablement traduit par un enchérissement des règles et une tendance inéluctable du code de la construction et de l'habitation, siège de cette législation spéciale, à l'embonpoint.

Pour autant, depuis la loi Bonnefoy du 23 décembre 1912, portant création des offices publics d'habitation à bon marché, jusqu'à ce jour, l'organisation du secteur n'avait jamais été bouleversée dans ses principes fondamentaux : production et gestion du logement social par des opérateurs public ou privés indépendants agréés par l'État, aides de l'État pour accompagner le financement de la construction et de la réhabilitation, aides personnelles pour solvabiliser les ménages locataires ou accédants, pérennité du logement social.

La loi Elan fait date par rapport aux précédentes, car elle réforme plusieurs de ces principes en profondeur. D'une part, elle marque

une reprise en main par l'État de la structuration du tissu des opérateurs et met en place des dispositions contraignant les organismes du secteur à se concentrer. D'autre part, elle crée un terrain de jeu partagé entre les organismes du logement social et le monde de la promotion immobilière privée. Sur ces deux points – recomposition du tissu du secteur et banalisation du logement social – les avocats ont un rôle à jouer car la loi crée des solutions inédites, pour lesquelles tout est à penser et à construire.

Nous proposons, sur la base de ces deux grands courants traversant la réforme, de pointer certains besoins juridiques à combler, la liste étant loin d'être exhaustive.

LA RECOMPOSITION DU TISSU DU LOGEMENT SOCIAL

Pour emprunter au langage du marketing, on peut dire que le logement social constitue un marché de niche. 694 organismes publics et privés en tout et pour tout, c'est peu comparé au marché de l'industrie ou des services et ses dizaines de milliers d'entreprises. Pour autant, cette forme somme toute ramassée d'opérateurs est jugée pléthorique par l'État et une réflexion a été engagée dès l'automne



Par

Bruno Wertenschlag

Avocat spécialiste en droit du logement social, Société d'avocats Fidal

¹ Le 23 octobre 2018, le Conseil constitutionnel a été saisi de la loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique par au moins 60 députés. Les points discutés concernent l'accessibilité des logements aux personnes handicapées et les changements apportés à la loi Littoral, sans lien avec les thèmes abordés dans le présent article.

2017, sur la nécessité d'en réduire le nombre. Sur le plan juridique, cela se traduit par une règle drastique créée par la loi Elan : tout organisme qui, au 1^{er} janvier 2021, ne justifiera pas gérer au moins 12 000 logements sociaux, sera contraint par l'État de céder tout ou partie de son patrimoine ou tout ou partie de son capital à un ou plusieurs autres organismes, sauf s'il justifie avoir rejoint un groupe de logement social.

L'obligation de seuil

L'analyse du seuil de 12 000 logements appelle en soi des éclairages juridiques. Que faut-il entendre par logements gérés ? Quels sont les logements à décompter, sachant que le secteur gère non seulement des habitations individuelles et des appartements, mais aussi des places de logements-foyers ?

Par ailleurs, il existe des exceptions à la règle et certains organismes ne justifiant pas du seuil pourront malgré tout survivre. En effet, la loi autorise un organisme de moins de 12 000 logements à poursuivre son activité dans les cas suivants :

- si son activité principale au cours des trois dernières années est l'accession sociale et qu'il n'a pas construit ou acquis plus de 600 logements locatifs sociaux au cours des six dernières années ;
- s'il a son siège dans un département où aucun autre organisme d'habitation à loyer modéré (HLM) ou sociétés d'économie mixte (SEM) agréée pour le logement social n'appartenant pas à un groupe, ni aucun groupe n'a son siège ;
- s'il est une SEM dont le chiffre d'affaires moyen sur trois ans de l'ensemble de ses activités et de celles des sociétés dans lesquelles il détient des participations majoritaires, y compris celles ne relevant pas du logement social, est supérieur à 40 millions d'euros.

Là aussi, un conseil juridique est requis pour éclairer, entre autres, les questions suivantes :

- quel est le siège d'un groupe ? La loi est en effet intrigante sur ce point car, même si elle définit par ailleurs (V. *infra* sur le groupe de logement social) cette institution, elle ne fournit pas l'indication précise de son siège. Et pour cause, dès lors que le groupe reste, avant comme après la loi Elan, une appellation visant à tenir compte de l'alliance objective de plusieurs opérateurs, juridiquement distincts, se manifestant habituellement par une stratégie commune et une communication unifiée.

Pour autant, même si la loi et les tribunaux en tirent ponctuellement des conséquences juridiques, notamment pour la protection des salariés, le système juridique français n'institue pas le groupe en une personne à part entière, qui serait sujette de droits et d'obligations. De telle sorte que, le groupe, n'étant pas une personne, il n'est pas immatriculé au répertoire des entreprises et n'a pas de siège. Les juristes devront donc, pour l'application de l'exception susvisée, aider les opérateurs à préciser ce point.

- quel chiffre d'affaires est visé pour l'application de l'exception visant des SEM ? La notion est appréhendée par le droit, avec des subtiles dispositions spéciales s'agissant des organismes de logement social.

La justification du rattachement à un groupe

Les organismes gérant en propre moins de 12 000 logements sociaux pourront survivre s'ils justifient appartenir, au 1^{er} janvier 2021, à un groupe de logement social, selon l'une des deux formes limitativement et strictement définies par la loi à savoir :

- soit un ensemble de sociétés comportant majoritairement des organismes de logement social, lorsque l'un d'entre eux ou une autre société contrôle directement ou indirectement les autres² ;
- soit un ensemble constitué d'une société de coordination et des détenteurs de son capital³.

Sachant qu'un tel groupe doit lui-même justifier gérer au moins 12 000 logements ou, s'il compte au moins deux SEM de logement social, réaliser un chiffre d'affaires consolidé moyen sur trois ans au moins supérieur à 40 millions d'euros⁴.

La loi ouvre donc une (courte) fenêtre de tir aux organismes pour penser et organiser leur devenir et les juristes seront précieux pour éclairer les réflexions opérationnelles, sachant que celles-ci peuvent s'orienter soit vers un dispositif de pérennisation de l'organisme, soit vers la dissolution de ce dernier.

Vers la pérennisation de l'activité

Rejoindre un groupe capitalistique, c'est la première branche de l'option ouverte par la loi⁵. Dans une première hypothèse, il s'agit alors pour une société anonyme d'HLM de concéder au sein de son capital, à un plus puissant organisme de logement social, la participation requise par la loi pour qu'il soit établi que le second contrôle la première⁶.

² CCH, art. L. 423-1-1, 1^{er}.

³ CCH, art. L. 423-1-1, 2^o.

⁴ CCH, art. L. 481-1-2.

⁵ CCH, art. L. 423-1-1, 1^{er}.

⁶ C. com., art. L. 233, I, I, III.

Tout un travail d'analyse juridique est évidemment à mettre en œuvre pour la consécration d'une telle union et les points suivants seront forcément à l'ordre du jour :

- calcul du niveau de participation, pour déterminer le degré de contrôle que les partenaires s'accordent à instituer ;
- rédaction d'un protocole de négociation et assistance des parties au cours des pourparlers ;
- conception et rédaction d'un pacte d'actionnaires ;
- conception et rédaction des statuts.

Évidemment, des points plus spécifiques ne manqueront pas de se poser et nous en évoquons un pour exemple. Les SEM de logement social sont, comme déjà indiqué, obligés par l'effet de seuil et réfléchissent aux modalités selon lesquelles elles pourraient appartenir à un groupe capitalistique. Un débat est déjà ouvert sur la possibilité pour elles d'être contrôlées, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, par une entité capitalistique. À notre sens, la règle stricte de prédominance en capital et en droits de vote au profit de l'actionnaire public d'une SEM (prévue par le code général des collectivités territoriales), s'oppose à une telle appartenance. Mais le débat est ouvert, et certains confrères et consœurs ne partagent pas cet avis. Cela ouvre une période de débats juridiques contradictoires intéressants avec, faut-il le rappeler, un enjeu opérationnel tangible.

Dans une seconde hypothèse, rejoindre un groupe consiste à adhérer à une société de coordination. La société de coordination est un groupement très particulier, qui devrait vivement intéresser les confrères et consœurs spécialisés en droit des sociétés. Cette société est, pour le dire en quelques mots, le fruit d'un compromis entre le secteur du logement social et l'État. Ce dernier avait au départ projeté de contraindre, sans alternative, les organismes à matérialiser le rattachement à un groupe par une prise de participation capitalistique. Une telle approche univoque accusait deux faiblesses. D'une part, elle présentait un tour trop engageant pour certains organismes ne souhaitant pas ouvrir leur capital à un tiers. D'autre part, elle était inopérante pour les offices publics de l'habitat, qui sont des établissements publics dénués de capital social. L'État a tenu compte de ces deux considérations et destiné la société de coordination à des acteurs, souhaitant perdurer, afin qu'ils puissent justifier, *via* le groupement, du seuil de logements requis, sur la base de la consolidation du nombre de logements de l'ensemble des membres de cette société.

Cela étant, un important travail d'accompagnement juridique est à la clef de la constitution d'une société de coordination. C'est qu'en effet, il s'agit d'un outil sociétal très original, tout à la fois « super holding » et plateforme de services. La société de coordination est une super holding parce que, bien qu'elle soit détenue par ses membres, elle exerce sur ces derniers un fort contrôle patrimonial et de gestion, l'autorisant, en cas de non soutenabilité financière d'un de ses membres, à ordonner notamment la cession totale ou partielle de son patrimoine⁷. Elle constitue aussi une plateforme de services, en définissant la politique d'achat et technique de ses membres, en développant pour eux une politique de communication unifiée, en organisant la mutualisation de leurs disponibilités financières, etc.

L'accompagnement juridique à la création de telles sociétés est donc nécessairement pluridisciplinaire et plusieurs avocats sont indispensables pour traiter, notamment des points suivants :

- le choix entre la forme de société anonyme ou de société anonyme coopérative à capital variable, selon les dispositions de la loi ;
- la détermination du champ des fonctions support que les membres souhaiteraient déléguer à la société ;
- la détermination des majorités qualifiées que les membres souhaiteraient instituer pour telle ou telle décision. Nous pensons notamment aux décisions portant sur les mesures prises au titre de la soutenabilité financière ;
- le poids donné aux collectivités territoriales représentées dans les instances [pouvoir délibératif ou consultatif] sachant que la loi se borne à imposer leur présence sans trancher la question ;
- l'organisation de la représentation du personnel dans les instances de la société ;
- le traitement fiscal des prestations que livrerait la société à ses membres, dans sa fonction de plateforme de services ;
- la conception et la rédaction des statuts et éventuels pactes d'actionnaires.

Vers la disparition de l'organisme

Certains organismes de logement social feront probablement le choix de disparaître en transmettant leur activité à d'autres opérateurs. Les élus peuvent en effet être tentés d'abandonner la gestion du logement social sur leur territoire, jusqu'alors assuré par des acteurs locaux (SEM de logement social, offices publics de l'habitat), à des groupes, capitalistiques ou non, régionaux ou nationaux.

⁷ CCH, art. L. 423-1-2.

Sur le plan opérationnel et juridique, cela se matérialisera par la réalisation des actes suivants, pour lesquels l'intervention des avocats est impérativement requise :

- fusions entre sociétés anonymes d'HLM et SEM de logement social ;
- fusions entre offices publics de l'habitat ;
- fusions entre offices publics de l'habitat et sociétés de logement social.

Là encore, l'accompagnement juridique ne se bornera pas à la rédaction des actes et intègre toute une dimension de conseil liée au sort du personnel, au traitement fiscal des opérations, à la conception des pactes d'actionnaires notamment.

LA BANALISATION DU LOGEMENT SOCIAL

Le désenclavement du secteur

Le logement social est érigé par la loi en un service d'intérêt économique général (SIEG), auquel la loi attache des avantages en forme notamment d'aides de l'État à la construction et d'exonérations fiscales⁸. Il forme à ce titre un secteur bien distinct d'activité réservé à des opérateurs agréés par l'État, et dont les promoteurs immobiliers classiques sont exclus. La contrepartie de ce monopole tient dans la compétence limitée des organismes de logement social, dont les interventions dans le domaine de l'immobilier privé sont très restreintes. Pour exemple, ils ne peuvent produire des commerces et des équipements que sous la condition que ces derniers constituent l'accessoire des ensembles d'habitations sociales qu'ils ont pour mission principale d'édifier et de gérer⁹.

Par ailleurs, le logement social est marqué à vie par l'empreinte du financement l'ayant généré. Un logement reste HLM *ad vitam aeternam*, sauf à être vendu à des personnes physiques prioritaires, au premier rang desquelles le locataire.

La réalité des interventions sur le marché avait déjà commencé à créer un hiatus entre cette image du secteur saisie par le droit et le comportement effectif des opérateurs. Pour prendre l'exemple du pré carré des organismes de logement social pour la production d'habitations à loyer modéré, il est notable de relever qu'à ce jour, plus de 30 % de la production annuelle de logements sociaux est réalisée par la promotion privée et vendue en l'état futur d'achèvement aux logeurs

sociaux¹⁰. Par ailleurs, s'agissant du cadre des interventions cantonné au logement strictement entendu, le secteur du logement social n'a eu de cesse, au fil des lois successives, de faire étendre par la loi son périmètre d'action à des opérations variées relevant du secteur privé : logement intermédiaire, équipements hospitaliers, gendarmeries, etc. Par-là, on s'aperçoit que la lisière entre secteur réservé et marché privé est un peu plus poreuse le temps passant.

L'autre exemple de rapprochement d'avec le secteur privé tient à la pérennité longtemps très marquée du logement social. Le principe de permanence du caractère social d'un logement financé et construit comme tel, connaît aussi une lente et inéluctable réduction de son champ d'application. Sans être exhaustif, signalons que nombre de logements sociaux ne le restent plus que pour une période pré déterminée. Par exemple, beaucoup d'organismes d'HLM produisent du logement social sur des sites dont ils sont simplement soit preneurs à bail emphytéotique ou preneurs à bail à construction, soit usufruitiers. À l'issue du bail ou de l'usufruit, les logements sont rendus au secteur privé.

La loi Elan ouvre un peu plus grand la voie des échanges entre logement social et secteur privé. Deux séries de dispositions sont à cet égard significatives : la construction de bureaux et de commerces, le nouveau régime des ventes de logements sociaux.

La construction de bureaux et de commerces

Cela a déjà été évoqué, jusqu'alors l'édification par les organismes d'HLM d'immeubles autres que des logements n'était admise qu'à la condition d'être nécessaires à la vie économique et sociale des ensembles d'habitations¹¹ et d'être accessoires. L'appréciation des caractères tant accessoire (en nombre de mètres carrés, en prenant pour base l'emprise au sol, financièrement parlant ?) que nécessaire (une supérette, un lieu de culte, un espace de *coworking* ?), donnait prise à des interprétations, donc à des incertitudes, avec des enjeux de responsabilité (sanctions administratives des outre passements de compétence) et fiscaux (fiscalisation de droit commun des constructions jugées non accessoires ou nécessaires).

La loi Elan met fin pour l'essentiel à ce flou et ouvre explicitement le droit aux organismes HLM de construire, acquérir, vendre ou donner en location des équipements locaux

⁸ CCH, art. L. 411-2.

⁹ CCH, art. L. 411-2.

¹⁰ 32 % des logements sociaux auraient été construits par des promoteurs privés en 2013 (DGALN 2014, cité par M. Gimat et J. Pollard - « Un tournant discret : la production de logements sociaux par les promoteurs immobiliers » - in Géographie - économie- société, vol. 18 n° 2, avr.-juin 2016).

¹¹ CCH, art. L. 411-1.

d'intérêt général ou des locaux à usage commercial ou professionnel, ainsi que de gérer des immeubles abritant des équipements locaux d'intérêt général et des locaux à usage commercial ou professionnel¹². À cela s'ajoute le droit de réaliser pour le compte des collectivités territoriales ou de leurs groupements des études d'ingénierie urbaine (mêmes textes). La porosité entre secteur HLM et secteur privé est favorisée à deux titres. D'une part, très évidemment, il s'ouvre aux organismes d'HLM un marché existant et non satisfait, notamment en zone dite détendue. Les villes petites et moyennes sont en demande d'opérations de revitalisation de leurs centres, et cette attente ne porte pas principalement, à tout le moins pas seulement, sur le logement social, si ce n'est le logement tout court. Avant la loi, seul le secteur privé avait accès à ce marché, en concours le cas échéant avec des organismes agréés pour la partie logement social. La loi Elan permet sur ce point aux organismes HLM de « formater » des offres globales intégrant toutes les composantes (habitations, commerces, équipement) d'un quartier à requalifier.

Mais, d'autre part, cette compétence, loin d'aboutir à une confrontation des organismes d'HLM et de la promotion privée, peut aussi favoriser des alliances. La loi nouvelle précise que ces nouveaux métiers peuvent, le cas échéant, être exercés par la voie de filiales. Une telle faculté, sauf à ce que des dispositions réglementaires viennent s'y opposer, permettra aux organismes de forger des partenariats capitalistiques avec le secteur privé pour la réalisation d'opérations, dont l'importance le justifierait.

Un accompagnement juridique pluridisciplinaire est évidemment requis pour la mise en place de ces nouvelles compétences. Droit de la promotion immobilière pour la réalisation des contrats concourant à la construction (marchés, conventions de maîtrise d'ouvrage déléguée ou de co-maîtrise d'ouvrage, etc.), droit des sociétés pour la constitution des filiales, droit de la commande publique, droit du financement, etc.

Le nouveau régime des ventes de logements sociaux

Le régime des ventes de logements sociaux est, depuis 1965, tout entier fondé sur la vocation du secteur à loger les plus modestes. C'est pourquoi le code de la construction et de l'habitation privilégie, par l'institution d'un ordre de priorité, la vente d'un logement occupé à son occupant ou à des membres de sa famille,

et la vente d'un logement vacant aux locataires inscrits dans le périmètre du bien concerné. Seules les ventes en bloc entre organismes de logement social échappent à l'ordre de priorité, les droits locatifs des occupants étant préservés.

La loi Elan introduit un coin dans cette vocation unique assignée à la vente et ouvre la possibilité aux organismes de logement social de vendre les logements, auxquels sont appliqués les plafonds de ressources des prêts locatifs sociaux, construits ou acquis depuis plus de quinze ans par un organisme d'HLM, à des personnes morales de droit privé.

Une nouvelle vocation, en effet, se fait jour, celle d'accélérer la rotation du parc immobilier des organismes d'HLM pour accroître leur capacité d'autofinancement. Cette ambition, caressée par tous les gouvernements successifs depuis près de cinquante ans, n'a jamais été satisfaite, car les organismes d'HLM sont peu enclins à pratiquer une politique massive de mise en vente de leur parc. Par ailleurs, le taux de rendement des ventes aux familles est faible et leur nombre peu élevé.

Les promoteurs de la loi Elan, nullement découragés par cet insuccès, misent sur l'activation d'une politique de vente et, à cette fin, lèvent certains verrous et créent un outil spécialisé, la société de vente d'habitations à loyer modéré.

La levée des verrous

La loi met de côté toute priorité aux locataires pour la vente de logements financés par un prêt locatif social (PLS) occupés. Elle le maintient pour les logements vacants. Par ailleurs, si la vente porte sur un ensemble de plus de cinq logements de ce type d'un même immeuble ou ensemble immobilier, les logements peuvent être vendus sans aucun ordre de priorité à toute personne morale de droit privé¹³.

Le régime d'autorisation des ventes est largement allégé.

Au système d'accord au coup par coup, qui présidait jusqu'alors, la loi substitue une autorisation globale donnée dans le cadre de la convention d'utilité sociale, que l'organisme de logement social signe tous les six ans avec l'État. La sanction des ventes non autorisées n'est plus la nullité mais une sanction pécuniaire au plus égale à 40 % du montant de la vente.

La loi Elan [...] réforme profondément le secteur et un conseil juridique approfondi et panoramique (couvrant tous les aspects juridiques et fiscaux d'une question) doit être fourni aux opérateurs en charge.

¹² CCH, art. L. 421-1, L. 422-2, L. 422-3.

¹³ CCH, art. L. 443-7.

La profession de logeur social se voit ouvrir les portes du marché privé, avec ses pratiques de place spécifiques. Les avocats doivent se faire les interprètes de ces dernières auprès de leurs clients du secteur protégé,

Enfin, la fixation du prix n'est plus tributaire de l'avis de l'administration des domaines, et le vendeur l'arrête en prenant pour base le prix d'un logement comparable, libre d'occupation lorsque le logement est vacant, ou occupé lorsque le logement est occupé¹⁴.

La société de vente d'HLM

Enfin, la loi crée un véhicule sociétal spécialement dédié à la vente. Il s'agit de la société de vente d'habitations à loyer modéré¹⁵. La société de vente a ce seul objet et confie la gestion des logements achetés à des organismes de logement social, dans l'attente de leur vente à des particuliers. Là encore, l'intervention d'avocats est indispensable, notamment ceux et celles spécialistes en droit immobilier, ne serait ce que pour décrypter la nouvelle législation.

La constitution d'une société de vente nécessitera aussi l'intervention conjointe de juristes

en droit des sociétés, pour la constitution du tour de table et la signature des statuts, et de juristes en droit public pour déterminer comment les marchés de gestion locative devront être souscrits par la société, dans l'attente de la revente.

La loi Elan ouvre donc un vaste chantier aux juristes à deux titres. D'une part, elle réforme profondément le secteur et un conseil juridique approfondi et panoramique (couvrant tous les aspects juridiques et fiscaux d'une question) doit être fourni aux opérateurs en charge. D'autre part, la profession de logeur social se voit ouvrir les portes du marché privé, avec ses pratiques de place spécifiques. Les avocats doivent se faire les interprètes de ces dernières auprès de leurs clients du secteur protégé.

¹⁴ CCH, art. L. 443-1.

¹⁵ CCH, art. L. 422-4.