

Recueil Dalloz 2009 p. 2704

Avocat : panorama de jurisprudence
septembre 2008 - septembre 2009

Bernard Blanchard, Ancien bâtonnier du barreau de Caen

L'essentiel

Le présent panorama couvre la période allant de septembre 2008 à septembre 2009 durant laquelle de nombreuses décisions relatives à l'exercice de la profession d'avocat ont été rendues spécialement, par la Cour de cassation.

Le nombre des décisions rendues en matière d'honoraires est important, ce qui sous-tend un contentieux fourni dont il ne serait peut-être pas inutile de repenser la procédure pour éviter les abus de saisine du juge de l'honoraire, spécialement en cause d'appel.

La liberté de parole dont doit jouir tout avocat dans un Etat de droit a été l'occasion pour la haute cour de préciser les contours de l'immunité qui protège les discours et les écrits dans les enceintes judiciaires.

Enfin, apparaissent les premières décisions rendues par la Cour de cassation après la réforme qu'a connue la procédure disciplinaire des avocats.

I - CNB pouvoir normatif

Le pouvoir normatif du CNB n'est pas sans limite

Un avocat a saisi le Conseil d'Etat d'une demande d'annulation de plusieurs dispositions contenues dans le règlement intérieur national (**CE 16 déc. 2008, n° 289940**). Sa requête a été rejetée et l'arrêt ne mériterait aucune mention particulière s'il ne contenait un considérant relatif aux limites du pouvoir réglementaire du CNB.

On se souvient que le CNB qui est le fruit de la loi du 31 décembre 1990 organisant la fusion des professions d'avocat et de conseil juridique s'était vu confier le soin d'harmoniser les règles déontologiques. Il en avait conclu hâtivement qu'il disposait à cet effet d'un pouvoir réglementaire, parvenant même à faire partager ce point de vue audacieux par la Cour de cassation.

Le Conseil d'Etat, faisant une lecture plus orthodoxe des textes, est venu préciser que la fixation des règles de déontologie revêtant un caractère impératif pour l'ensemble de la profession d'avocat relève de la compétence du gouvernement agissant par voie de décret en Conseil d'Etat (CE 27 juill. 2001, n° 191706 , D. 2002. Jur. 365, note B. Blanchard  ; AJDA 2001. 847, obs. M. Guyomar et P. Collin , et 852 ).

Le Gouvernement a alors pris la plume. On attendait la publication d'un code de déontologie et on a eu droit au décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005.

Parallèlement le législateur est venu modifier l'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971. La

loi du 11 février 2004 confère désormais au CNB le pouvoir décisive en matière d'unification des règles et usages et la profession d'avocat.

Dans la présente décision le Conseil d'Etat pose des limites à ce pouvoir normatif. Après avoir rappelé que le pouvoir réglementaire du CNB ayant pour objet l'unification des règles et usages des barreaux doit s'exercer dans le cadre des lois et règlements qui régissent la profession, le Conseil d'Etat ajoute que ce pouvoir « *trouve sa limite dans les droits et libertés qui appartiennent aux avocats et dans les règles essentielles de l'exercice de la profession* ». Et le Conseil de préciser que si « *le Conseil national des barreaux peut, le cas échéant, imposer à l'ensemble des barreaux une règle qui n'est appliquée que par certains d'entre-eux, voire, dans les mêmes matières, élaborer une règle différente, il ne peut légalement fixer des prescriptions qui mettent 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'Etat prévues 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* ».

Cet encadrement des prérogatives du CNB par le Conseil d'Etat est d'autant plus remarquable qu'il figure dans une décision de rejet de la requête dont il était saisi par un avocat contre le RIN et que les précisions ainsi apportées n'étaient pas indispensables à la compréhension de l'arrêt. Elles n'étaient pas davantage le soutien nécessaire de son dispositif.

L'avenir nous permettra de mieux apprécier la portée de cet « avis » du Conseil d'Etat

II - Publicité - démarchage

A - La seule limite à la publicité réside dans le respect des principes essentiels

La publicité naguère interdite à l'avocat est désormais autorisée depuis le 1^{er} janvier 1992. Sa mise en oeuvre est régie par l'article 15 du décret du 12 juillet 2005 qui précise qu'elle doit avoir pour finalité de procurer une information au public et qu'elle doit respecter les principes essentiels de la profession auquel chaque avocat est soumis (**Civ. 1^{re}, 5 févr. 2009, n° 07-21.644**).

Dans leur ensemble, les avocats français ont jusqu'à présent usé avec modération de cet outil de communication, conscient que pour l'essentiel, la meilleure publicité réside dans la qualité de la prestation offerte au client. C'est dans son cabinet que l'avocat constitue, jour après jour, sa clientèle.

Certains, cependant, ont été tenté de recourir à des instruments de communication et ont pris l'initiative de diffuser des plaquettes de présentation de leur cabinet. La mode en est passée et désormais le site internet a pris le relais.

La mise en oeuvre de ces moyens de communication est réglementée par les articles 10-8 et 10-11 du RIN. Le contentieux est à cet égard relativement peu fréquent.

L'insertion dans l'annuaire, spécialement dans les pages jaunes réservées aux professionnels, n'a pas posé problème jusqu'à ce que les avocats soient autorisés à insérer des encarts leur permettant de porter à la connaissance du public quelques informations sur l'activité de leur cabinet.

Au fil des années les encarts sont devenus plus nombreux, plus grands, et parfois plus impressionnistes que figuratifs quant aux mentions qu'ils contiennent.

Par ailleurs, la prolifération de ces encarts nuit souvent à une bonne lecture de l'annuaire lui-même. Chacun a pu s'en convaincre en recherchant le numéro de téléphone d'un restaurateur ou d'un plombier qu'il est parfois difficile de repérer rapidement en raison de la présence de nombreux encarts parasites.

Enfin, l'acquisition d'un encart de plus en plus grand génère des frais de plus en plus

importants dont l'utilité n'est pas démontrée.

Certains barreaux ont été tentés, en conséquence, de réglementer ces encarts publicitaires en se fondant sur l'article 17 de la loi du 31 décembre 1971 qui attribue compétence au conseil de l'ordre pour traiter toute question intéressant l'exercice de la profession d'avocat.

C'est dans ces conditions qu'un conseil de l'ordre avait adopté une délibération ordonnant que les informations contenues dans les encarts seront limitées à l'indication du nom et des coordonnées du cabinet, à l'ancienneté des avocats dans la profession et à la mention de leur spécialité ou du certificat de compétence et excluant toute information sur le domaine d'activité des avocats.

Le conseil de l'ordre avait par ailleurs fixé la couleur et la taille des encarts publicitaires à 2 cm de hauteur et 4,5 cm de largeur.

Un recours contre cette délibération a été régularisé par trois avocats qui a été rejeté par la cour d'appel au motif qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'interdisait au conseil de l'ordre de fixer la couleur et la taille des encarts publicitaires.

Cette décision n'a pas trouvé grâce aux yeux de la Cour de cassation qui a rappelé que la publicité est permise à l'avocat sous la seule condition que sa mise en oeuvre respecte les principes essentiels de la profession.

Cette publicité inclut la diffusion d'information sur la nature des prestations de service proposées dès lors qu'elle est exclusive de toute forme de démarchage.

La Cour de cassation fait une juste application des textes. Certes le conseil de l'ordre poursuivait un objectif légitime en défendant les avocats, parfois tentés par des chimères, contre eux-mêmes mais la Cour de cassation est dans son rôle lorsqu'elle attire l'attention sur le fait que les textes ont changé et que l'angle de réflexion n'est plus le même que naguère.

Les deux préoccupations doivent se rejoindre aisément car si le principe est la liberté, la liberté n'est pas licence, l'avocat doit respecter les principes essentiels en toute circonstance notamment la loyauté, la délicatesse et la modération dans la rédaction et la présentation des informations qu'il destine au grand public. En matière de publicité, l'avocat doit respecter les principes essentiels. Il doit également veiller à ne pas franchir la limite qui sépare la publicité du démarchage.

Rappelons que par un arrêt du 6 décembre 2007 (Civ. 1^{re}, n° 06-16.072) la Cour de cassation non seulement a admis le principe des publications dans l'annuaire mais elle a validé le système de l'affichage prioritaire dont elle a précisé qu'il ne porte pas en lui-même atteinte aux obligations de discrétion et de dignité qui pèsent sur l'avocat.

B - Le démarchage peut avoir pour objet l'activité judiciaire

L'article 15 du décret du 12 juillet 2005 énonce que la publicité est permise à l'avocat si elle procure une information au public et si sa mise en oeuvre respecte les principes essentiels de la profession. Cette publicité peut inclure la diffusion d'informations sur la nature des prestations de service proposées dès lors qu'elle est exclusive de toute forme de démarchage qui demeure prohibé et pénalement répréhensible aux termes de l'article 66-4 de la loi du 31 décembre 1971.

La notion de démarchage n'est pas définie par la loi qui précise seulement son objet. Il doit avoir été entrepris « en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique ». La formule ne pêche pas par excès de précision ce qui est navrant puisqu'il s'agit d'un texte d'incrimination de nature pénale.

Dans ces conditions on lira avec attention l'arrêt rendu par la Cour de cassation (**Civ. 1^{re}, 30 sept. 2008, n° 06-21.400**) dans une espèce que nous avons déjà évoquée (D. 2007. Pan.

825, spéc. 833, et nos obs. (1)).

La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir considéré, à bon droit, que la prohibition du démarchage en matière juridique visé par l'article 66-4 de la loi du 31 décembre 1971 visait tout à la fois l'activité de conseil hors contentieux et celle d'assistance et de représentation en justice « *dès lors que ces textes incriminent l'offre en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique, sans distinguer entre les activités de l'avocat, et que l'activité judiciaire d'un avocat implique nécessairement la réalisation de consultation et la rédaction d'actes juridiques* ».

Cette interprétation large du texte d'incrimination est l'oeuvre de la première chambre civile dans le cadre d'une action civile, voie choisie dès l'origine par les plaignants. On peut toutefois se demander si cette interprétation est susceptible d'être reçue par la chambre criminelle dans le cadre d'une éventuelle action pénale au regard du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.

L'article 66-4 de la loi du 31 décembre 1971 mériterait une réécriture permettant une parfaite prévisibilité de la règle qu'il édicte dont personne ne remet en cause le principe mais dont le contour doit être plus précisément dessiné.

L'observation vaut d'autant plus qu'il faudra tôt ou tard déterminer la déontologie de l'action collective dont le principe suppose une certaine publicité permettant au plus grand nombre de s'y greffer pour faire valoir leurs droits. Dans ce cadre il est probable que le CNB déterminera plus précisément les initiatives susceptibles d'être mises en oeuvre pour permettre aux plaideurs de se joindre à une action collective.

En l'espèce la Cour de cassation a en effet considéré que le fait pour un avocat de créer un site sur lequel il offre ses services en vue d'exercer un mandat d'assistance et de représentation en justice et incite les personnes potentiellement concernées à une action collective à y adhérer caractérise le démarchage en tous ses éléments constitutifs.

En l'état, l'avocat chargé d'une action collective ne peut pas informer le grand public sur les conditions dans lesquelles il est possible de se joindre à l'action engagée sauf à prendre le risque de se voir reprocher la commission du délit de démarchage.

La plus grande prudence s'impose donc en l'état.

III - Droits de la défense

A - Immunité de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881

L'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 institue une immunité destinée à garantir le libre exercice du droit d'agir ou de se défendre en justice. Elle est applicable aux écrits produits et aux propos tenus devant toute juridiction. Cette règle ne reçoit exception que dans les cas où les écrits outrageants sont étrangers à la cause.

Le régime de cette immunité se précise au fil des arrêts rendus par la Cour de cassation.

A l'origine elle ne pouvait s'appliquer lorsque les propos tenus excédaient les droits de la défense. Plus récemment la Cour de cassation a précisé qu'elle ne pouvait recevoir exception que dans les cas où les faits diffamatoires étaient étrangers à la cause (Crim. 4 juin 1975, Bull. crim. n° 145).

Il semble que la Cour fasse une appréciation large de cette notion. Dans une espèce où l'avocat avait déposé à l'audience un écrit accusant le magistrat de partialité du fait de son appartenance à une alliance secrète entre personnes de mêmes idées, de mêmes intérêts, s'entraïdant afin d'obtenir des avantages grâce à un réseau occulte, elle a considéré qu'il n'y avait pas lieu à outrage à magistrat (Crim. 11 oct. 2005, n° 05-80.545, D. 2006. Jur. 1272, note B. Beignier (2) ; AJ pénal 2005. 417 (3)).

La décision de relaxe dont a bénéficié l'avocat poursuivi pour outrage ne permet cependant pas toujours la mise en oeuvre d'une procédure pour dénonciation calomnieuse contre le magistrat à l'origine de la plainte. Ce dernier ne sera condamné que s'il a agi de mauvaise foi.

En l'espèce la cour d'appel a considéré que l'absence de mauvaise foi résultait du fait que le magistrat plaignant avait pu légitimement considérer que les propos incriminés n'étaient pas couverts par l'immunité de l'article 41 de la loi précitée à raison même de l'outrance des accusations portées et compte tenu des évolutions de la jurisprudence sur la portée et l'étendue de cette immunité. L'absence de mauvaise foi du dénonciateur fait en effet obstacle à une condamnation pour dénonciation calomnieuse sur le fondement de l'article 226-10 du code pénal (Crim. 1^{er} sept. 2009, n° 08-86.660).

Dans l'arrêt du 3 juillet 2008 (**Civ. 1^{re}, 3 juill. 2008, n° 07-15.493**) la Cour de cassation, au visa des articles 6 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, censure une cour d'appel ayant prononcé la peine de l'avertissement contre un avocat dans les circonstances suivantes : à l'occasion d'une procédure prud'homale un avocat dépose des conclusions dans lesquelles il cite un article paru dans la revue d'une organisation syndicale patronale contenant des déclarations publiques de l'avocat de l'adversaire de son client laissant ainsi clairement entendre l'existence d'une collusion entre celui-ci et les juges prud'homaux.

Poursuivi disciplinairement pour manquement à l'obligation de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie à l'égard d'un confrère, l'avocat s'est vu infligé la peine de l'avertissement par une cour d'appel dont l'arrêt est cassé sans renvoi au motif que « *la teneur des conclusions incriminées n'excédait pas la mesure appropriée aux nécessités de l'exercice des droits de la défense à l'occasion d'un recours tendant à l'annulation d'un jugement et fondé sur la contestation de l'impartialité de la juridiction dont cette décision émanait* ».

L'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 n'est pas directement visé par la Cour de cassation puisque le cadre des poursuites contre l'avocat n'était pas de nature pénale mais disciplinaire. Il paraît toutefois présent en substance. En effet dans la mesure où des propos ne sont pas susceptibles de recevoir une qualification pénale en raison d'une immunité destinée à garantir le libre exercice de la défense, il est difficile d'envisager des poursuites disciplinaires contre leur auteur sans remettre en cause le principe même de libre immunité et donc de libre défense. A cet égard on ne peut qu'être réservé à la lecture de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 25 juin 2009 qui condamne à la peine du blâme un avocat pour des propos insusceptibles d'être pénalement poursuivis car couverts par l'immunité (Paris, 25 juin 2009, pôle 2, ch. 1, Gaz. Pal. 23/24 sept. 2009, avec note du magistrat du parquet qui a tenu l'audience).

L'immunité ne joue toutefois que pour les propos ou les écrits prononcés ou déposés devant les tribunaux. En dehors du prétoire l'avocat n'est plus protégé. Il doit faire preuve de prudence et de circonspection et peut faire l'objet de poursuites pour diffamation publique.

B - Limites au principe d'immunité

1 - Les propos tenus hors audience

Dans l'hypothèse où un avocat accuse une personne qui n'a pas la qualité d'héritière de recel successoral dans une lettre adressée à plusieurs établissements financiers et plusieurs notaires ainsi qu'au juge des tutelles une condamnation pour délit de diffamation publique a été prononcée (Crim. 11 sept. 2007, n° 06-86.556).

De même les propos tenus à l'issue d'une audience ne sont plus protégés (Civ. 1^{re}, 28 mars 2008, n° 05-18.598). Un avocat a été poursuivi pour avoir tenu à l'issue d'une audience d'une cour d'assises, dans le bureau du président, à l'adresse d'un conseiller présent, les propos suivants : « *Je ne vous supporte plus... J'en ai assez de vous voir. Vous me gonflez avec votre sourire en coin. Vous serez responsable de ce gâchis. Ce que vous avez fait est dégueulasse* ».

Poursuivi disciplinairement, l'avocat concerné a été sanctionné à la peine de l'avertissement. Il a alors saisi la Cour de cassation en se fondant sur le droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme. Son pourvoi est rejeté par la Cour de cassation au motif que les « *propos adressés ad honinem et manifestant exclusivement une animosité personnelle, sans traduire une idée, une opinion ou une information susceptible d'alimenter une réflexion ou un débat d'intérêt général, ne relève pas de la protection du droit à la liberté d'expression prévu par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ; que de tels propos tenus par un avocat sont constitutifs d'un manquement à la délicatesse et entrent comme tels dans les prévisions des textes régissant spécialement la discipline de la profession* ».

2 - La suppression des discours injurieux

Par ailleurs il convient d'observer que l'immunité ne fait pas obstacle au pouvoir du juge de prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires et de condamner qui il appartiendra à des dommages et intérêts (art. 41, al. 4, loi du 29 juill. 1881) ce que rappelle l'arrêt rendu le 2 juillet 2009 par la Cour de cassation (**Civ. 2^e, 2 juill. 2009, n° 08-16.479**) qui prononce la suppression du passage d'un mémoire ampliatif produit devant la Cour de cassation dans lequel il était écrit à deux reprises qu'un avocat « *avait indubitablement su profiter de l'état de faiblesse dans lequel se trouvait sa cliente* ».

La Cour considère à juste titre que cette allégation qui impute directement à l'avocat un comportement constitutif d'un délit pénal met en cause son honnêteté et son intégrité professionnelle. Elle constitue en conséquence un écrit outrageant dont il convient d'ordonner la suppression.

IV - Honoraires

A - Sort de la convention d'honoraires en cas de dessaisissement de l'avocat

La convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu continue de nourrir un contentieux fourni, spécialement lorsqu'en cours de procédure le client décide de dessaisir son avocat.

Quelle est alors, dans ce cas, l'incidence du dessaisissement de l'avocat sur son droit à honoraires ?

La Cour de cassation décide que « *l'honoraire de résultat n'est dû par le client à son avocat que lorsqu'il a été mis fin au litige par un acte ou une décision juridictionnelle irrévocable* » (Civ. 2^e, 10 juill. 2008, n° 07-16.173).

En l'absence de décision irrévocable, aucun honoraire complémentaire de résultat n'est exigible, la convention cesse d'être applicable (**Civ. 2^e, 9 avr. 2009, n° 07-20.853**, D. 2009. AJ. 1286, obs. V. Avena-Robardet).

De ce principe maintes fois rappelé, elle fait une application particulièrement stricte dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 10 juillet 2008.

L'avocat qui était intervenu à l'occasion d'un contrôle fiscal avait été dessaisi quelques jours avant que ne soit connu l'avis de la commission départementale des impôts qui avait été ensuite suivi par la Direction des services fiscaux.

A la date de son dessaisissement l'avocat avait totalement rempli sa mission ce qui avait conduit le premier président à faire application de la convention d'honoraires de résultat. Sa décision a été censurée par la haute cour sur la simple constatation qu'au jour du dessaisissement la contestation fiscale n'était pas définitivement réglée.

Dans l'arrêt du 5 février 2009 (**Civ. 2^e, 5 févr. 2009, n° 06-17.806**) la Cour de cassation

applique ce même principe à l'honoraire de diligence qui avait été initialement convenu.

Il était prétendu que le dessaisissement de l'avocat avait pour seul effet de le priver de l'honoraire de résultat mais qu'il était sans incidence sur l'honoraire de base.

La Cour de cassation se refuse à distinguer. Elle constate « *qu'à la date du dessaisissement de l'avocat, il n'avait pas été mis fin à l'instance introduite... par une décision juridictionnelle ou une transaction, de sorte que, compte tenu des termes de la convention préalable d'honoraires, cette dernière n'est pas applicable* ».

Dans cette hypothèse « *les honoraires correspondant à la mission partielle effectuée par l'avocat jusqu'à son dessaisissement doivent être appréciés en fonction des seuls critères définis par l'article 10, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1971* ».

Dans une autre hypothèse (Civ. 2^e, 19 nov. 2008, n° 07-20.060, D. 2008. AJ. 3017, obs. V. Avena-Robardet⁽¹⁾) où, l'avocat ayant été dessaisi, un premier président avait rejeté la demande d'honoraire de résultat mais avait constaté que l'avocat avait été rempli de ses droits par le règlement de l'honoraire de base, la cassation est prononcée au motif « *qu'à la date du dessaisissement de l'avocat, aucun acte ni décision juridictionnelle irrévocable n'était intervenue, de sorte que la convention préalable n'était pas applicable et que les honoraires correspondant à la mission partielle effectuée par l'avocat jusqu'à cette date devaient être appréciés en fonction des seuls critères désignés par l'article 10, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1971* ».

Les choses paraissent claires : l'avocat dessaisi ne peut se prévaloir des dispositions de la convention préalable.

Du fait de sa dénonciation unilatérale par le client, celle-ci ne produit plus le moindre effet juridique ni pour le passé ni pour l'avenir. Le montant des honoraires doit être calculé, abstraction faite des dispositions de la convention, sur les seuls critères définis par l'article 10, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1971.

Il convient toutefois de rappeler qu'il en va autrement dans l'hypothèse où la convention envisage les conséquences de sa rupture anticipée : « Ayant relevé que la convention d'honoraires conclue entre les parties prévoyait le versement d'un honoraire complémentaire de résultat, au *pro rata* des démarches accomplies par rapport à la mission » le premier président est approuvé d'avoir fixé « à un certain montant » l'honoraire complémentaire de résultat (Civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 06-21.566 ; V. égal. Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n° 06-14.555 et n° 06-14.633, D. 2007. AJ. 2110 et 2111⁽²⁾, obs. V. Avena-Robardet, et 2008. Pan. 944, spéc. 951, et nos obs.⁽³⁾).

Afin de déjouer d'éventuelles roueries de clients peu scrupuleux les avocats ont intérêt à prévoir dans la convention les conséquences d'une rupture anticipée qui peut intervenir au demeurant soit à l'initiative du client soit à celle de l'avocat.

B - Assiette de l'honoraire de résultat

Nous savons que la Cour de cassation a posé en principe que l'honoraire de résultat n'est dû par le client à son avocat que sur la base des sommes définitivement allouées par l'effet d'une décision irrévocable (Civ. 2^e, 28 juin 2007, n° 06-11.171, D. 2007. AJ. 2040, et 2008. Pan. 180, obs. T. Clay⁽⁴⁾).

Tel n'est pas le cas d'une condamnation provisionnelle ou d'un jugement assorti de l'exécution provisoire (Civ. 2^e, 3 avr. 2008, n° 07-13.142, D. 2008. AJ. 1213⁽⁵⁾) ; ni d'un jugement de départage rendu par un conseil de prud'hommes (Civ. 2^e, 5 mars 2009, n° 08-10.050, RDT 2009. 329, obs. E. Serverin et T. Grumbach⁽⁶⁾).

Dans la décision du 15 janvier 2009 (Civ. 2^e, 15 janv. 2009, n° 08-10.240) la Cour limite à

nouveau le principe « *pacta sunt servanda* » en subordonnant la perception de l'honoraire de résultat à la perception des sommes effectivement réglées au client.

Les faits à l'origine de cette nouvelle règle prétorienne sont simples. Une transaction irrévocable intervient entre les parties avec le concours de l'avocat sur la base d'une somme de 1 219 592 €. L'avocat calcule sur cette base l'honoraire de résultat convenu avec le client dont le débiteur fait par la suite l'objet d'une procédure de règlement collectif du passif qui aura pour effet de limiter à 311 000 € la somme effectivement réglée au créancier.

L'assiette de l'honoraire de résultat était-elle la somme résultant de la transaction irrévocable intervenue entre les parties ou devait-elle être limitée à celle effectivement perçue par le client de l'avocat ?

La Cour de cassation approuve le juge d'appel d'avoir « *retenu, à bon droit, que l'honoraire de résultat devait être versé sur la somme effectivement et définitivement versée au client à la suite de la transaction* ».

La perception d'un honoraire de résultat est donc soumise aux conditions suivantes :

- une convention préalablement conclue avec le client (Civ. 1^{re}, 3 mars 1998, 3 arrêts, *Synthélabo*, n° 95-21.387, Bull. civ. I n° 86 ; *Crédimo*, n° 95-15.799, Bull. civ. I n° 85 et *Juris conseils de France*, n° 95-21.053, Bull. civ. I n° 87 ; D. 1998. IR. 91  ; V. sur ces arrêts, RTD civ. 1998. 901, obs. J. Mestre ) dont l'écrit n'est pas une condition de validité puisqu'elle peut résulter d'un accord verbal (Civ. 2^e, 9 juill. 2009, n° 08-15.318) ;

- un acte ou une décision juridictionnelle irrévocable (Civ. 2^e, 28 juin 2007, n° 06-11.171, préc.) ;

- la somme allouée doit avoir été effectivement et définitivement versée au client : c'est l'arrêt commenté.

De façon incidente on observera que cet arrêt rappelle que le montant de l'honoraire de diligence ne peut être déduit du montant de l'honoraire de résultat. Les deux se cumulent, l'existence de l'honoraire de diligence étant la condition d'efficacité de l'honoraire de résultat, le pacte de *quota litis* demeurant prohibé. Il est étonnant qu'une règle si fondamentale ait été perdue de vue par le juge d'appel.

L'arrêt du 18 décembre 2008 (Civ. 2^e, 18 déc. 2008, n° 07-19.622) est également relatif à la détermination de l'assiette de l'honoraire de résultat dans l'hypothèse où l'avocat intervient pour la première fois en cause d'appel.

Un plaideur avait conduit seul en première instance son procès prud'homal. N'ayant obtenu que partiellement satisfaction il décide de relever appel et de faire le choix d'un avocat. Une convention est alors signée aux termes de laquelle, outre un honoraire de diligence, est prévu un honoraire de résultat de 10 % hors taxe « *sur la base de l'ensemble des sommes obtenues (à titre de dommages et intérêts ou sur tout autre chef)* ».

L'employeur régularise un appel incident et la Cour confirme la décision du premier juge en allouant cependant, en plus, une somme au titre d'un rappel de prime.

L'avocat calcule l'honoraire de résultat sur l'ensemble des sommes allouées en cause d'appel. Il obtient satisfaction devant le premier président qui considère que la cliente était informée des risques d'appel incident susceptible d'anéantir totalement le jugement.

De façon étonnante la décision est cassée. Il est reproché au juge d'appel de n'avoir pas recherché si « *à la date de la signature de la convention la cliente avait été informée de la possibilité d'un appel incident et avait eu conscience que l'honoraire de résultat pourrait ne pas être limité aux sommes complémentaires obtenues en appel* ».

On retiendra de cet arrêt qu'il convient, dans l'hypothèse d'une saisine de l'avocat en cause d'appel, de préciser dans la convention l'assiette de l'honoraire de résultat après avoir informé le client que son appel peut provoquer un appel incident de son contradicteur.

On ne peut pas ne pas s'interroger sur le point de savoir si la Cour de cassation n'est pas sur le point de devenir, en matière d'honoraire, un troisième degré de juridiction après s'être substituée au législateur en rendant les 3 arrêts du 3 mars 1998 qui ont totalement refondu le droit à l'honoraire prévu par l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971.

V - Procédure de recouvrement d'honoraires

A - L'appel incident peut-il être régularisé jusqu'au moment de l'audience ?

L'arrêt rendu par la chambre mixte le 13 mars 2009 mérite attention non seulement parce qu'il a été rendu à l'occasion d'une procédure de recouvrement d'honoraires mais parce qu'il paraît de nature à faire revenir la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation sur sa jurisprudence relative à la recevabilité de l'appel incident (**Cass., ch. mixte, 13 mars 2009, n° 07-17.670**, D. 2009. AJ. 880).

Les faits à l'origine de cet arrêt méritent d'être rappelés succinctement. Un avocat impayé de ses honoraires saisit son bâtonnier qui en fixe le montant à 70 000 € par une ordonnance rendue le 31 janvier 2006. Mécontent, le client fait appel le 1^{er} mars 2006. L'audience est fixée en cause d'appel au 23 janvier 2007. Le 18 janvier précédant, l'avocat dépose au greffe de la Cour un écrit sollicitant des dommages et intérêts pour appel abusif et une indemnité fondée sur l'article 700 du code de procédure civile. Le 22 janvier, à la veille de l'audience, le client appelant se désiste de son appel. Le premier président statue néanmoins sur la demande de l'avocat et condamne l'appelant principal au paiement d'une somme de 30 000 € à titre de dommages et intérêts pour appel abusif et une somme de 15 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Le pourvoi contre cet arrêt est rejeté.

La chambre mixte affirme que « *lorsque dans une procédure orale une demande incidente a été formulée par un écrit déposé au greffe antérieurement au désistement d'appel, l'égalité des armes et l'exigence du procès équitable impose qu'il soit statué sur la demande incidente soutenue à l'audience* ». Ce faisant, elle reprend une formulation identique à celle utilisée antérieurement par la chambre sociale (Soc. 14 mars 2007, n° 05-43.351, D. 2007. AJ. 1007, obs. P. Guiomard, et Pan. 2427, obs. N. Fricero ; RDT 2007. 335, obs. D. Boulmier ; RTD civ. 2007. 642, obs. R. Perrot) dans le cadre d'un contentieux prud'homal, en la généralisant à toutes les procédures orales (Procédures, mai 2009, obs. R. Perrot).

Cette jurisprudence paraît remettre sérieusement en cause la position étonnante de la deuxième chambre civile en matière de recevabilité de l'appel incident dans le cadre de la procédure de recouvrement d'honoraires. Cette procédure, régie par les articles 174 et suivants du décret du 27 novembre 1991, est orale. Elle est dispensée du ministère d'avocat. L'article 176 dispose que la décision du bâtonnier, qui est juge de première instance, est susceptible de recours devant le premier président de la cour d'appel dans le délai d'un mois.

Ces textes sont muets sur les conditions de régularisation d'un éventuel appel incident mais l'article 277 du même décret dispose que « *il est procédé comme en matière civile pour tout ce qui n'est pas réglé par le présent décret* ».

Doit-on considérer que l'appel incident ne peut être régularisé que dans les mêmes conditions que l'appel principal soit dans le délai d'un mois suivant la notification de la décision du bâtonnier comme l'affirme la deuxième chambre civile (5 févr. 2009, n° 07-16.395) ou faut-il admettre que l'appel incident peut être formé, en tout état de cause, alors même que celui qui l'interjetterait serait forclo pour agir à titre principal ce qui est la position de la première chambre civile (D. 2008. Pan. 944, spéc. 952, et nos obs.) ?

En admettant en l'espèce la recevabilité de la demande incidente déposée au greffe de la cour

quelques jours avant l'audience et près d'un an après la décision du bâtonnier, la chambre mixte paraît sonner le glas de la jurisprudence de la deuxième chambre civile et soumettre la procédure de recouvrement au droit commun.

Il apparaît que désormais l'appel incident peut être formé en tout état de cause, alors même que celui qui l'interjetterait serait forclos pour agir à titre principal conformément aux dispositions de l'article 550 du code de procédure civile.

On observera enfin que la chambre mixte a fondé sa décision sur les notions d'égalité des armes et sur l'exigence d'un procès équitable tel que prévues par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

B - Office du juge de l'honoraire : le juge de l'honoraire ne peut statuer que sur le montant de l'honoraire

En première instance le juge de l'honoraire est le bâtonnier du barreau auquel est inscrit à titre principal l'avocat concerné et en cause d'appel le premier président de la cour d'appel.

Au fil des décisions la Cour de cassation apporte des précisions sur l'office de ce juge très spécialisé qu'est le juge de l'honoraire.

Elle rappelle fréquemment qu'il ne peut statuer que sur le montant de l'honoraire. Il n'est pas juge de la responsabilité (Civ. 2^e, 10 mars 2004, D. 2004. Somm. 2827, et nos obs. ). L'arrêt du 19 février 2009 (**Civ. 2^e, 19 févr. 2009, n° 08-10.790**) rappelle cette règle prétorienne selon laquelle le juge de l'honoraire ne peut statuer que sur « *les seules contestations relatives au montant et au recouvrement des honoraires* ». Il ne peut accueillir en conséquence le moyen tiré d'un éventuel conflit d'intérêts pour rejeter la demande de fixation dont il est saisi, sauf à excéder ses pouvoirs.

Il n'est pas davantage compétent pour déterminer la personne débitrice des honoraires (Civ. 1^{re}, 6 juin 2001 et 18 juin 2002, n° 00-21.266, inédits). Il doit simplement constater que la personne concernée a sollicité le concours de l'avocat. Il n'a pas à surseoir à statuer si une contestation est élevée sur l'identification du débiteur (**Civ. 2^e, 5 mars 2009, n° 06-13.427**). Il ne peut se prononcer sur l'éventuel litige opposant une copropriété à son syndic sur la capacité de celui-ci à signer une convention d'honoraires de résultat (Civ. 2^e, 3 avr. 2008, n° 07-11.997).

De même si une personne est liée par une convention d'honoraires il n'a pas à rechercher si elle doit être dispensée du paiement des honoraires au motif que la procédure pour laquelle ils ont été réclamés a été diligentée pour le compte d'autrui (Civ. 2^e, 5 févr. 2009, n° 06-14.794 ; 26 juin 2008, n° 06-21.711, D. 2008. AJ. 2007 .

C - Le bâtonnier ne peut assortir sa décision de l'exécution provisoire

La première chambre civile avait déjà pris position sur cette question en précisant que le bâtonnier ne peut assortir sa décision de l'exécution provisoire (Civ. 1^{re}, 9 avr. 2002, D. 2002. Jur. 1787, note approbative B. Beignier  ; Gaz. Pal. 24/25 mai 2002, p. 21 ; JCP 2002. II. 10086, note crit. Martin).

La deuxième chambre civile (**Civ. 2^e, 18 juin 2009, n° 08-14.219**) fait sienne cette jurisprudence dans une espèce où l'avocat avait obtenu l'exécutoire du président du tribunal de grande instance nonobstant l'appel relevé par le client, en raison de ce que le bâtonnier avait assorti sa décision de l'exécution provisoire.

Il convient de rappeler qu'aux termes de l'article 178 du décret du 27 novembre 1991 la décision prise par le bâtonnier si elle n'a pas été déférée au premier président de la cour d'appel, peut être rendue exécutoire par ordonnance du président du tribunal de grande instance à la requête, soit de l'avocat, soit de la partie concernée.

Sur le fondement de l'article 524 du code de procédure civile, le client a sollicité et obtenu la suspension de l'exécution provisoire de l'ordonnance de taxe du bâtonnier.

C'est l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler que « *le bâtonnier ne peut assortir de l'exécution provisoire la décision qu'il rend en matière d'honoraires* » et que le président du tribunal de grande instance « *ne peut rendre exécutoire la décision du bâtonnier lorsque celle-ci a été déférée au premier président* ».

La haute cour approuve en conséquence les juges d'appel d'avoir « *exactement décidé que le bâtonnier ne pouvant rendre sa décision exécutoire, la suspension de l'exécution provisoire devait être ordonnée comme contraire à la loi* ».

Cette jurisprudence est à l'évidence juridiquement fondée. On ne peut pas cependant ne pas s'interroger sur l'opportunité d'une modification des textes à cet égard. Trop fréquemment, en effet, le juge de l'honoraire est saisi d'une demande ayant pour finalité, explicite ou implicite, de différer le paiement d'une créance dont le principe n'est pas sérieusement contesté. De tels litiges méritent-ils les honneurs de la juridiction du premier président ? La réponse paraît s'imposer.

D - Sanction de l'inobservation par le bâtonnier du délai pendant lequel il doit statuer
L'arrêt du 9 octobre 2008 (Civ. 2^e, 9 oct. 2008, n° 06-16.847) révèle une évolution jurisprudentielle importante sur l'appréciation des conséquences du dépassement du délai imparti au bâtonnier pour statuer.

L'article 175 du décret du 27 novembre 1991 impartit en effet au bâtonnier de rendre sa décision dans un délai de trois mois porté à quatre mois par décret du 15 mai 2007.

Ce délai est susceptible d'être prorogé pour une même durée par décision motivée.

Si le bâtonnier n'a pas statué dans le délai imparti, il est alors dessaisi (Civ. 1^{re}, 17 juill. 1996, Bull. civ. I, n° 322 ; D. 1996. IR. 206¹). La décision rendue après l'expiration de ce délai serait nulle (Civ. 1^{re}, 13 oct. 1999, Bull. civ. I, n° 270 ; D. 1999. IR. 253²).

Lorsque le bâtonnier n'a pas statué dans le délai imparti le premier président doit être saisi impérativement dans le délai d'un mois suivant l'expiration dudit délai. Si le premier président n'a pas été saisi dans ce délai d'un mois, il appartient alors à l'avocat de réitérer sa demande en recommençant la procédure devant le bâtonnier (Civ. 2^e, 22 mai 2003, n° 01-17.961, D. 2003. IR. 1601³).

Par cet arrêt du 9 octobre 2008 publié au *Bulletin*, la Cour de cassation apporte une précision importante dans une espèce particulièrement étonnante.

Les clients d'un avocat avaient saisi le bâtonnier d'une réclamation en 1995. Par décision du 2 novembre 1995 le bâtonnier, estimant probablement n'être pas en possession de tous les éléments pour statuer, a informé les parties qu'il prorogeait le délai d'instruction de trois mois.

Le 25 octobre 2004, soit neuf années plus tard, aucune décision n'ayant été rendue par le bâtonnier, les clients saisissent le premier président qui déclare leur recours tardif.

Sa décision est cassée au motif que « *les parties n'avaient pas été avisées de la faculté de saisir le premier président dans le délai d'un mois* ».

L'irrecevabilité pour tardiveté de la saisine du premier président n'est donc encourue qu'à la condition que les parties aient été expressément avisées de l'existence du délai pendant lequel le premier président doit être impérativement saisi en cas de silence gardé par le bâtonnier au-delà du délai dont il dispose pour statuer.

Cette précision est heureuse puisqu'elle permet d'éviter de reprendre la procédure à son point de départ.

VI - Secret professionnel

Le client n'est pas lié par le secret professionnel

En toute matière, que ce soit dans le domaine du conseil ou celui de la défense, les correspondances adressées par un avocat à son client sont couvertes par le secret professionnel auquel ce dernier peut toutefois renoncer.

L'arrêt rendu le 30 avril 2009 par la première chambre civile de la Cour de cassation rappelle cette règle désormais bien établie (**Civ. 1^{re}, 30 avr. 2009, n° 08-13.596**).

En l'espèce, un avocat avait adressé une lettre à son client afin d'obtenir le règlement de ses honoraires. Le client avait remis la lettre à son père afin que celui-ci procède au règlement demandé. Ce dernier, considérant que la lettre écrite par l'avocat constituait une intimidation et un chantage, a déposé plainte. Il s'en est suivi à l'égard de l'avocat une mise en examen et l'ouverture d'une procédure disciplinaire.

Pour sa défense, l'avocat concerné prétendait, entre autres moyens, que la lettre litigieuse était couverte par le secret professionnel et qu'elle ne pouvait dès lors servir de fondement aux poursuites dont il était l'objet.

L'argument est rejeté au motif « *que la confidentialité des correspondances échangées entre l'avocat et son client ne s'impose qu'au premier et non au second qui, n'étant pas tenu au secret professionnel, peut les rendre publiques* ».

Or, en l'espèce, la lettre avait été remise par le client destinataire à son père. Elle avait en conséquence perdu la protection prévue à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.

Cette décision fait application d'une jurisprudence désormais constante qu'il s'agisse d'une lettre adressée par l'avocat à son client ou par le client à son avocat.

La Cour de cassation considère en effet que « *n'étant pas tenu lui-même au secret, l'auteur d'une lettre destinée à son avocat peut prendre l'initiative de produire cette correspondance en justice* » (Civ. 1^{re}, 30 sept. 2008, n° 07-17.162).

Le client peut ainsi remettre une lettre reçue de son avocat à des enquêteurs (Angers, 8 janv. 2008, Juris-Data, n° 2008-362202).

Le secret professionnel ne s'impose pas au client, celui-ci peut donc produire une correspondance couverte par le secret pour la défense de ses intérêts (Crim. 26 mars 2008, n° 06-88.674 ; Civ. 1^{re}, 4 avr. 2006, D. 2006. IR. 1184, et 2007. Pan. 825, spéc. 827, et nos obs. ).

Le client n'est alors plus recevable à invoquer ultérieurement le secret professionnel portant sur les informations qu'il a lui-même rendues publiques (Com. 6 juin 2001, n° 98-18.577, D. 2001. AJ. 2197, obs. X. Delpech .

Le secret ne couvre cependant pas la correspondance adressée par un plaideur à l'avocat de son adversaire (Civ. 1^{re}, 31 janv. 2008, n° 06-14.303). Dans cet espèce le tribunal avait retenu la responsabilité d'une partie qui n'avait pas constitué avocat en se fondant exclusivement sur la lettre que celle-ci avait adressée à l'avocat de son adversaire.

En cause d'appel elle soutenait de façon audacieuse qu'une telle lettre était protégée par le secret sur le fondement de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.

La haute cour rappelle que selon cet article « *seules sont couvertes par le secret professionnel*

les correspondances échangées entre l'avocat et son client ainsi que celles échangées entre avocats ; que n'entrent donc pas dans les prévisions de ce texte les correspondances adressées directement par une partie à l'avocat de son adversaire ».

Enfin il convient de rappeler que le secret n'est pas opposable au client ce que la Cour de cassation a récemment rappelé à l'occasion d'un litige étonnant.

Désireuse de mettre fin à des pratiques peu orthodoxes, un employeur, agissant en qualité de président d'un comité d'établissement, a assigné devant un tribunal de grande instance tant le comité d'établissement que l'avocat de celui-ci aux fins d'annulation de la convention d'honoraires conclue entre l'un et l'autre et de restitution des sommes versées à titre d'honoraires pour la défense prud'homale personnelle de deux membres du comité d'établissement.

Elle avait alors demandé la production de la convention d'honoraires liant le comité d'entreprise et l'avocat ainsi que la production des factures émises par ce dernier.

Le juge de la mise en état avait fait droit à sa demande mais son ordonnance fut infirmée par la cour d'appel au motif que la production desdites pièces se heurterait à la protection du secret professionnel qui est d'ordre public, général, absolu et illimité dans le temps.

La censure d'une telle décision était prévisible.

En effet, en sa qualité de membre du comité d'établissement, l'employeur devait avoir accès, comme tous les autres membres, aux documents et pièces de ce comité de sorte que ne lui était pas opposable le secret professionnel qui couvrait la convention d'honoraires et les facturations établies par l'avocat.

Il ne suffit donc pas de clamer qu'une lettre destinée à un client ou écrite par lui est couverte par le secret professionnel. Il convient dans chaque hypothèse de se livrer à une analyse rigoureuse pour déterminer très précisément si, compte tenu des circonstances précises, le principe du secret demeure ou s'il ne peut plus ou ne peut pas s'appliquer.

VII - Discipline

A - Le rapporteur est tenu au respect de l'exigence d'impartialité

La procédure disciplinaire, régie par les articles 22 et suivants de la loi du 31 décembre 1971 et par les articles 180 et suivants du décret du 27 novembre 1991, a été profondément modifiée par la loi du 11 février 2004 afin de la rendre conforme aux exigences du procès équitable. Naguère dévolue au conseil de l'ordre présidé par le bâtonnier qui était le plus souvent à l'origine des poursuites et qui cumulait des fonctions d'instruction et de jugement, elle est désormais confiée, sauf à Paris, à un conseil régional de discipline qui siège dans le ressort de chaque cour d'appel et est composé d'avocats délégués par chaque barreau au *pro rata* du nombre de ses membres.

Désormais, en cas de manquement présumé par un avocat, le bâtonnier ou le procureur général saisit l'instance disciplinaire par un acte motivé notifié à l'avocat poursuivi et en informe simultanément le conseil de l'ordre qui désigne un rapporteur chargé de procéder à l'instruction de l'affaire.

Le rapporteur procède à toute mesure d'instruction nécessaire. Il entend contradictoirement toute personne susceptible d'éclairer l'instruction. Il dresse procès-verbal de toutes les auditions, réunit toutes les pièces du dossier qui doivent être cotées et paraphées puis il transmet son rapport au président du conseil de discipline dans le délai de quatre mois de sa désignation qui peut être prorogée de deux mois. L'avocat concerné est alors convoqué au moins huit jours à l'avance pour une audience fixée par le président du conseil de discipline.

Bien qu'il ne fasse pas partie de la formation de jugement le rapporteur désigné par le conseil de l'ordre joue un rôle déterminant dans la procédure dont il est l'instructeur et le rapporteur.

Il doit en conséquence être totalement impartial et instruire à charge et à décharge. Cette exigence éthique fondamentale a été perdue de vue par la cour d'appel dont la décision est censurée par la Cour de cassation.

En l'espèce (**Civ. 1^{re}, 2 avr. 2009, n° 08-12.246**, D. 2009. AJ. 1135, obs. V. Avena-Robardet, et Jur 2011, note M. Roux) un ancien bâtonnier a été poursuivi disciplinairement à l'initiative de son successeur pour fraude électorale lors de la désignation de quatre membres du conseil de l'ordre.

Dans le cadre de cette instance disciplinaire deux rapporteurs furent désignés qui firent l'objet d'une requête en suspicion légitime, plus justement requalifiée par le juge en demande de récusation, à l'initiative de l'avocat poursuivi qui leur reprochait d'avoir, semble-t-il, participé à une délibération du conseil de l'ordre qui avait qualifié la fraude de flagrante.

La cour d'appel avait rejeté cette demande au motif que le principe d'impartialité n'était pas applicable au rapporteur désigné par le conseil de l'ordre qui, chargé de la seule instruction de l'affaire ne participe pas à la formation de jugement.

Cette motivation est justement censurée par la Cour de cassation qui précise que : « *l'exigence d'impartialité s'impose aux rapporteurs qui ont pour mission de procéder à une instruction objective et contradictoire de l'affaire et dont le rapport, obligatoire, est déterminant du sort ultérieurement réservé aux poursuites par la formation de jugement* ».

La Cour juge en outre que la cassation de l'arrêt ayant statué sur la demande de récusation entraîne l'annulation de l'arrêt subséquent ayant prononcé la peine de radiation et renvoie les parties devant la cour d'appel de Paris qui devra apprécier la requête en récusation.

Si elle y fait droit la procédure paraît devoir être reprise à son commencement. Il conviendra de désigner un rapporteur parmi les membres du conseil de l'ordre dont dépend l'avocat poursuivi et contre qui aucun reproche de partialité ne pourra être utilement dirigé.

Cette décision mérite une totale approbation. L'objectif poursuivi par la loi du 11 février 2004 visait à replacer la procédure disciplinaire dans le cadre du procès équitable notamment en organisant une certaine distance entre le juge disciplinaire et le justiciable et en séparant les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement.

Cette jurisprudence ne saurait constituer une surprise. En effet, la Cour de cassation, dans deux arrêts du 5 octobre 1999 (D. 2000. Jur. 312, et nos obs.  ; RTD civ. 2000. 618, obs. J. Normand ), avait clairement affirmé que l'avocat désigné en qualité de rapporteur ne pouvait plus participer au délibéré du conseil de l'ordre appelé à se prononcer sur les poursuites disciplinaires engagées.

Le législateur a consacré cette jurisprudence : l'avocat désigné par le conseil de l'ordre dont relève l'avocat poursuivi pour procéder à l'instruction de l'affaire ne peut plus siéger au sein de la formation prévue pour la même affaire (art. 23, loi du 31 déc. 1971) mais il reste soumis dans ses fonctions de rapporteur à l'exigence d'impartialité.

Il appartient désormais à la jurisprudence de veiller à ce qu'en pratique les barreaux respectent scrupuleusement ces nouvelles règles qui constituent indiscutablement un progrès de l'Etat de droit.

En pratique les conseils de l'ordre ne peuvent désigner en qualité de rapporteur qu'un membre du conseil de l'ordre qui n'a pas pris une position personnelle ou qui n'a pas participé à une prise de position collective relativement à l'affaire qu'il reçoit mission d'instruire.

Par ailleurs deux arrêts très récemment prononcés apportent deux précisions importantes.

B - La décision rendue hors délai par l'instance disciplinaire est non avenue

L'article 195 du décret du 27 novembre 1991 commande au conseil de l'ordre de rendre une décision dans les huit mois de sa saisine. Si l'instance disciplinaire rend une décision postérieurement à l'expiration du délai de huit mois sa décision est non avenue. C'est ce que vient de rappeler la Cour de cassation (**Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-14.544**).

Si la décision du conseil de discipline est rendue hors délai, la cour d'appel ne peut que constater le caractère non avenue de cette décision ce qui rendait sans objet l'appel formé par l'avocat.

C - La présence d'un tiers à la cause est de nature à influencer sur les débats

Enfin, la Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 24 septembre 2009 (**Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-14.542**), dans la mesure où les débats se déroulent en chambre du conseil, aucun avocat extérieur à la cause ne peut y assister. La présence du successeur désigné du bâtonnier en exercice qui avait procédé à l'instruction de l'affaire a été considérée comme étant de nature à influencer sur le déroulement des débats. Même si il est le dauphin de l'ordre le rapporteur ne peut pas participer aux débats et *a fortiori* au délibéré.

Toutes les règles du procès équitable doivent être respectées d'autant plus scrupuleusement qu'il est possible désormais de considérer la question de la discipline des avocats comme ressortissant à la matière pénale si l'on suit la grille de lecture contenue dans un arrêt rendu par la Cour de Strasbourg le 11 juin 2009 (CEDH 11 juin 2009, *Sté Dubus c/ France*, D. 2009. AJ. 1889, et Jur. 2247, note A. Couret  ; AJ pénal 2009. 354, obs. J. Lasserre Capdeville .

VIII - Responsabilité

L'avocat doit-il personnellement vérifier la justesse de prix d'un élément d'actif lors de la liquidation du régime matrimonial ?

L'avocat doit-il personnellement vérifier la justesse du prix d'un élément d'actif sur lequel les époux se sont mis d'accord (**Paris, 1^{re} ch. A, 12 mai 2009, n° 07/17097**) ?

Deux époux ont fait l'acquisition le 28 mars 2003 d'une maison d'habitation moyennant paiement d'un prix de 167 693 €.

Quelques mois plus tard ils prennent la décision de divorcer et mettent en oeuvre une procédure par requête conjointe par l'intermédiaire d'un même avocat. Le juge aux affaires familiales homologuera la convention définitive le 30 mai 2005 en même temps qu'il prononcera le divorce. Les époux sont convenus de l'attribution de la maison au mari sur la base d'une estimation de 167 693 € montant du prix d'acquisition. Leur commun accord sur ce point résultait tant de la signature de la convention temporaire que celle de la convention définitive. Ils avaient également souscrit la déclaration sur l'honneur exigée dans le cadre de la procédure.

Le divorce prononcé, le mari attributaire de l'immeuble, a procédé à sa vente moyennant paiement du prix de 355 000 €. L'ex-épouse s'estimant lésée prend l'initiative de rechercher la responsabilité de l'avocat et du notaire pour manquement à leur devoir d'information et de conseil.

Elle a obtenu satisfaction devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel a confirmé la décision des premiers juges.

Devant la cour le notaire avait fait valoir pour sa défense qu'il n'était pas tenu d'une obligation de conseil inconditionnelle et que la femme était, en sa qualité de journaliste, parfaitement avertie de l'évolution des prix de l'immobilier. De façon plus pertinente il prétendait que la convention avait été soumise à deux reprises au juge aux affaires familiales et qu'elle répondait à un équilibre qui n'est pas uniquement patrimonial et comptable.

L'avocat quant à lui faisait valoir que l'épouse avait donné son accord sur l'évaluation de l'immeuble avant même son intervention et qu'elle avait signé une déclaration sur l'honneur

dans laquelle elle avait mentionné la valeur de l'immeuble.

La cour confirme l'appréciation des premiers juges pour un motif lapidaire qui ne peut qu'inquiéter les avocats. Elle considère en effet « *qu'il incombe tant au notaire rédacteur de l'acte liquidatif de communauté légale qu'à l'avocat, fut-il le conseil des deux parties, de veiller à l'équilibre des intérêts respectifs et en particulier de vérifier la justesse du prix déclaré* ». Elle ajoute que « *des professionnels ne sauraient se dégager de leurs obligations en se fiant à l'accord du client, voire en se limitant à une déclaration sur l'honneur* ».

La décision est sévère, particulièrement pour l'avocat qui est intervenu postérieurement à l'estimation convenue par les époux, et confirmée par le notaire.

Certes il est constant que le rédacteur d'un acte juridique est tenu à l'égard de toutes les parties d'en assurer l'efficacité et ce principe s'applique dans le cadre du divorce par consentement mutuel (Civ. 1^{re}, 22 juin 1999, n° 96-22.358, JCP 1999. I. 22, obs. Martin).

Ce principe est par ailleurs énoncé à l'article 7.2 du RIN ainsi qu'à l'article 9 du décret du 12 juillet 2005 : « *l'avocat rédacteur d'un acte juridique assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties... l'avocat seul rédacteur d'un acte veille à l'équilibre des intérêts des parties* ».

En l'espèce le manquement imputé à l'avocat consiste à n'avoir pas vérifié la justesse du prix déclaré par les ex-époux.

La question est de savoir si l'avocat devait se livrer à une recherche particulière alors que les clients étaient d'accord sur le prix que le notaire avait considéré comme normal. Il n'y avait pas débat sur la question du prix. Faire peser sur l'avocat une obligation de vérification de la valeur de tous les éléments d'actif mobilier ou immobilier d'une communauté transformerait la mission de l'avocat qui n'est ni commissaire-priseur ni expert immobilier. A trop étendre la responsabilité de l'avocat ne risque-t-on pas d'exposer le juge ?

En effet, dans la procédure de divorce par requête conjointe les textes alors applicables disposaient que le juge peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux (art. 232 ancien c. civ.) ou si la convention fixe inéquitablement les droits et obligations des époux (art. 378 ancien c. civ.).

En reprenant les termes de l'arrêt de la cour d'appel on pourrait aussi bien considérer que « *en acceptant une évaluation du bien strictement identique au prix auquel l'immeuble avait été acquis deux ans plus tôt* » le juge « *parfaitement informé de la hausse de l'immobilier très importante durant cette période* » n'a pas rempli ses obligations et a engagé sa responsabilité professionnelle.

L'observation pourra être considérée comme provocatrice et impertinente mais elle n'a d'autre but que de susciter la réflexion sur la limite du domaine de la responsabilité professionnelle des avocats.

Une cliente éclairée, exerçant la profession de journaliste, qui s'accorde avec son conjoint sur la valeur d'un immeuble dont elle affirme la sincérité dans une déclaration sur l'honneur, estimation qu'elle réitérera à deux reprises devant un magistrat au cours de deux audiences est-elle recevable à se plaindre de qui que ce soit et à rechercher un tiers responsable d'une situation dont elle est à l'origine ? Il y a peut-être des limites à la mise en oeuvre de la responsabilité des professionnels (sur la responsabilité de l'avocat en général, V. l'excellent ouvrage du bâtonnier Y. Avril, *Responsabilité des avocats*, 2^e éd., Dalloz Référence, 2008).

Mots clés :

AVOCAT * Panorama 2009



Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2012