

COLLOQUE COUR DE CASSATION

28 avril 2017

« L'avocat et l'Europe »

L'Europe balbutiante a eu pour perspectives premières les échanges économiques.

En 1951, les six pays signataires, la France, l'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas, le Luxembourg et l'Italie songeaient à une zone de libre échange pour le charbon et l'acier.

En 1957, naissait la Communauté Economique et Européenne.

La Justice et le Droit n'étaient pas loin :

Les institutions communautaires ont bien évidemment été contraintes d'élaborer des normes juridiques afin d'assurer la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes.

Puisqu'il y avait des normes, il fallait des juges.

C'est ainsi que la Cour de Justice des Communautés Européennes a été érigée en gardienne des traités.

Ceci étant, l'expression « d'espace de liberté, de sécurité et de justice » apparaîtra le 2 octobre 1997 à l'article 29 du Traité sur l'Union Européenne, tel qu'il a été signé à Amsterdam.

« Espace de liberté, de sécurité et de justice », l'Union Européenne s'annonce comme une société de droit.

L'avocat y trouvait naturellement sa place.

Il y a encore quatre ans, la France comptait 8% de ses effectifs formés au droit européen, tandis que 22% de ses magistrats avaient été initiés.

En quelques années, les chiffres ont décuplé.

Non seulement, les avocats ont été formés au droit européen mais les chiffres parisiens révèlent plus.

400 avocats parisiens travaillent à Bruxelles.

300 travaillent au Luxembourg.

Il y en a bien sûr en Europe mais ces 700-là s'avouent avocats européens, sans compter ceux qui pratiquent sans quitter la capitale française.

Européens, les avocats le sont peut-être aussi parce qu'ils ont pris conscience que 80% des normes juridiques sont directement issus du droit européen et que nos dernières évolutions jurisprudentielles sont essentiellement européennes.

L'avocat européen n'existe pas encore tout à fait.

La formation des avocats diffère encore selon les pays, même si globalement il est admis qu'il s'agit d'une formation supérieure d'au moins cinq ans.

L'avocat européen se cherche encore mais le Brexit va nous obliger à aller plus vite, d'une part parce qu'il faut identifier les professionnels concernés, si nous voulons maintenir une liberté de circulation, et d'autre part, parce que l'identité de l'avocat sur le continent européen est plus facile à identifier dès lors que s'éloignent les exceptions insulaires.

Au final, et comme toujours dans la profession, des règles émergent d'une part pour encadrer l'exercice professionnel et d'autre part pour le protéger pour mieux définir le rôle du Barreau.

1/ L'encadrement européen de l'exercice professionnel

Cet encadrement a pour objet premier de protéger les clients, d'autant que la profession relève de la directive Services.

Les exceptions déontologiques ne s'expliquent donc que dans l'intérêt des clients.

Les règles déontologiques de l'avocat ont toujours eu pour objet d'instaurer et de pérenniser un climat de confiance indispensable entre l'avocat et son client.

Le premier constat était un constat de différence.

On le sait, la définition même de l'avocat diffère selon les pays de l'Union.

La distinction entre avocats et conseillers juridiques n'est pertinente que dans quelques Etats-Membres.

L'admission à un barreau nécessite d'obtenir le diplôme adéquat tandis que la formation des avocats européens, leur qualification, diffèrent selon les pays.

La spécialisation n'obéit pas aux mêmes règles à telle enseigne que certains Etats-Membres ne reconnaissent aucune spécialisation.

Dans tous les Etats-Membres, la profession est réglementée par des barreaux nationaux, régionaux ou locaux mais la question du monopole de la représentation devant un tribunal est régulièrement débattue.

Généralement, la majorité des Etats-Membres considèrent que ce monopole constitue une garantie de sécurité pour le justiciable mais il y a des exceptions qui arguent de la liberté d'exercice pour contrecarrer cette règle de la représentation.

Constatant les écarts, ce sont les avocats eux-mêmes qui, comme bien souvent, ont imaginé de rassembler les règles.

Ce fut l'idée du Code de Déontologie des Avocats de l'Union Européenne.

Ce Code de Déontologie des Avocats de l'Union Européenne a été adopté lors de la Session Plénière du CCBE du 28 octobre 1988, modifié lors des Sessions Plénières des 28 novembre 1998 et 6 décembre 2002.

Le préambule du Code indique :

« Les règles déontologiques sont destinées à garantir, par leur acceptation librement consentie, la bonne exécution par l'avocat de sa mission reconnue comme indispensable au bon fonctionnement de toute société humaine.

Le défaut d'observation de ces règles par l'avocat aboutira en dernier ressort à une sanction disciplinaire.

Chaque barreau a ses règles spécifiques dues à ses propres traditions.

Elles sont adaptées à l'organisation et au champ d'activité de la profession dans l'Etat membre considéré, ainsi qu'aux procédures judiciaires et administratives et à la législation nationale.

Il n'est possible ni souhaitable de les en déraciner, ni d'essayer de généraliser des règles qui ne sont pas susceptibles de l'être.

Les règles particulières de chaque barreau se réfèrent néanmoins aux mêmes valeurs et révèlent le plus souvent une base commune. ».

De même, la charte des principes essentiels de l'avocat européen, adoptée le 25 novembre 2006 par le CCBE prévoit :

« qu'il existe des principes essentiels qui même exprimés de manière légèrement différents dans les différents systèmes juridiques, sont communs à tous les avocats européens.

Ces principes essentiels fondent divers codes nationaux et internationaux qui régissent la déontologie de l'avocat.

Les avocats européens sont soumis à ces principes qui sont essentiels à la bonne administration de la justice, à l'accès à la justice et au droit à un procès équitable comme l'exige la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Dans l'intérêt général, les barreaux, les Cours et Tribunaux, les législateurs, les gouvernements et les organisations internationales doivent faire respecter et protéger ces principes essentiels. »

Les principes essentiels de l'avocat sont notamment :

- a) L'indépendance et la liberté d'assurer la défense de son client.
- b) Le respect du secret professionnel et de la confidentialité des affaires dont il a la charge.
- c) La prévention des conflits d'intérêts que ce soit entre plusieurs clients ou entre le client et lui-même.
- d) La dignité, l'honneur et la probité.
- e) La loyauté à l'égard de son client.
- f) La délicatesse en matière d'honoraires.
- g) La compétence professionnelle.
- h) Le respect de la confraternité.
- i) Le respect de l'état de droit et la contribution à une bonne administration de la justice.
- j) L'autorégulation de sa profession.

L'article 2-1 du Code de Déontologie des Avocats Européens intitulé « Indépendance » impose :

« une indépendance absolue exempte de toute pression, notamment de celle résultant de ses propres intérêts ou d'influence extérieure.

Cette indépendance est aussi nécessaire pour la confiance en la justice que l'impartialité du juge...

Cette indépendance est nécessaire pour l'activité juridique comme judiciaire.

Le conseil donné au client par l'avocat n'a aucune valeur, s'il n'a été donné que par complaisance, par intérêt personnel ou sous l'effet d'une pression extérieure. »

Il s'agit donc d'un droit pour les clients afin qu'ils bénéficient de conseils indépendants, impartiaux et intègres allant dans le sens voulu par le client.

A rebours d'une certaine réticence française à reconnaître l'indépendance de l'avocat, émerge un droit communautaire et international pléthorique.

La résolution du Parlement Européen sur les professions juridiques et l'intérêt général relatif au fonctionnement des systèmes juridiques du 23 mars 2006 expose que :

« La Cour de Justice des Communautés Européennes a reconnu : que l'indépendance, l'absence de conflit d'intérêt et de secret professionnel / la confidentialité sont des valeurs fondamentales de la profession juridique, qui méritent d'être rangées au nombre des considérations de l'intérêt public ;

Que des réglementations visant à protéger ces valeurs fondamentales sont nécessaires pour la bonne pratique de la profession juridique, malgré les restrictions à la concurrence intrinsèque qui pourrait en résulter...

Considérant que la protection adéquate des libertés fondamentales et des droits de l'homme, qu'ils soient économiques, sociaux et culturels, ou

civils et politiques, dont toute personne doit pouvoir jouir, exigent que chacun ait effectivement accès à des services juridiques fournis par les avocats indépendants. »

De même, la directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, a consacré la nécessité d'assurer : *« l'impartialité, l'indépendance et l'intégrité des professions réglementées. »*

La Cour de Justice a construit une jurisprudence particulièrement protectrice de l'indépendance de l'avocat.

En vertu des principes structurant l'exercice de la profession d'avocat, il existe une incompatibilité entre l'activité de conseil exercée par l'avocat et celle de contrôle exercé par l'expert-comptable qui n'est pas soumis à un secret professionnel comparable.

Ainsi, dans le célèbre arrêt *Wouters*, l'Ordre des Avocats Néerlandais a pu raisonnablement imposer cette réglementation interdisant la collaboration intégrée entre les avocats et les experts comptables, nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat : *« dans la mesure où elle répond à des objectifs liés à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité qui procurent la nécessaire garantir d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice. »* dans le but de garantir l'intérêt des avocats.

Dans l'autre arrêt de principe bien connu, l'arrêt *Akzo Nobel*, la CJUE a rappelé que le principe de l'indépendance consubstantielle à l'exercice de la profession d'avocat qui *« répond aux traditions juridiques communes aux états membres*

et se retrouve également dans l'ordre juridique de l'Union » interdisait qu'il puisse s'appliquer à des avocats salariés d'entreprise.

Cet arrêt se lit avec nuance car il n'interdit pas nécessairement l'avocat d'entreprise mais demande que la question soit traitée déontologiquement.

L'important est de souligner que le visa de la CJUE est celui des traditions juridiques communes.

L'indépendance de l'avocat et le secret professionnel qui y est déontologiquement attaché, conduisent ainsi la Cour à considérer qu'un avocat ne peut pas exercer sa profession convenablement lorsqu'il est lié par un lien de subordination à son client, si celui-ci n'est pas cadré.

Ce principe d'indépendance ne serait toutefois pas absolu dans la mesure où la Cour a estimé que les obligations d'information et de coopération avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux prévu par la directive 91/308/CE telle que modifiée par la directive 2001/97/CE et imposées aux avocats, ne violent pas systématiquement le droit à un procès équitable, tel qu'il est garanti par les articles 6 de la convention et 6 paragraphe 2 du TUE.

C'est le sens de l'arrêt ordre des barreaux francophones et germanophones du 26 juin 2007.

A noter cependant que, dans le cadre de la jurisprudence de l'Union Européenne, il n'est pas question de distinguer le secret de l'avocat conseil du secret de l'avocat défenseur.

A tout le moins, le secret n'est pas cantonné au secret de l'avocat constitué dans la procédure pénale.

C'est ce qui explique l'évolution législative du texte français, auquel se heurte une jurisprudence directement contraire de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation.

Il n'est pas ici question de détailler toute la Jurisprudence Européenne qui doit d'ailleurs être combinée avec la Jurisprudence de la CEDH mais de souligner l'évolution du droit européen.

Ce droit est appelé, pour ce qui concerne les avocats, à évoluer d'autant que le Conseil de l'Europe a désigné un rapporteur pour préparer une « *Convention Européenne pour la profession d'avocat* », en la personne de Madame LAHAYE BATTHEU (membre belge de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe et avocate belge).

Cette désignation a fait suite à la motion signée par 22 membres de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe pour inviter le Comité des Ministres à lancer des travaux en vue de la rédaction d'une « convention européenne sur la profession d'avocat ».

Les auteurs de cette motion ont en effet estimé que :

"l'avocat contribue au respect de l'Etat de droit, en défendant les libertés individuelles, et notamment en veillant à ce que le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) soit respecté. Malheureusement, souvent, lorsque l'Etat de droit est menacé, les droits liés à l'exercice de cette profession sont aussi restreints".

Il est ajouté :

« Même si le droit à la défense en matière pénale est consacré par l'article 6 § 3 c) de la CEDH, il n'existe aucune convention internationale relative à la profession d'avocat, et les règles concernant l'exercice de cette profession varient d'un État à un autre. Des textes existants, tels que la Recommandation No. R(2000)21 du Comité des Ministres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat, ainsi que les Principes de base des Nations Unies de 1990 relatifs au rôle du barreau, font référence en la matière, bien qu'ils restent néanmoins des instruments dits de « soft law » n'ayant dès lors aucune force juridique contraignante ».

Il s'en déduit un nouveau débat :

Existe-t-il un instrumentum suffisant grâce aux traditions juridiques communes ?

Ou faut-il un nouvel instrumentum qui ne serait pas, lui, interprétatif mais normatif ?

Nous laisserons le débat de côté, sachant qu'en tout état de cause, quelle que soit la réponse, il est évident que les conditions d'exercice européennes de l'avocat d'urgence seront bientôt établies, tant il est impossible de négliger cette question de libertés publiques.

Elle est d'ailleurs liée à une question tout aussi importante et qui sera d'autant plus émergente que la conception continentale de l'exercice de la profession sera consolidée en suite du Brexit.

En Europe continentale, la profession est nécessairement une profession réglementée.

Qui dit réglementation dit la possibilité d'exécuter cette réglementation de telle sorte que se pose la question de savoir comment l'exécuter pour des citoyens qui échappent à la nationalité européenne.

Il s'en déduit alors que l'avocat européen devrait nécessairement être un avocat de nationalité européenne appartenant à un barreau européen, les deux conditions étant cumulatives.

Il peut y avoir des exceptions au sein des Etats membres mais il ne peut pas y avoir d'exception au sein des juridictions européennes et c'est une question qu'il va falloir vite régler.

Il va falloir la régler parce que de cette question dépend la mise en ordre de l'application de la réglementation et notamment du rôle des institutions régulatrices.

La deuxième question émergente est celle du rôle des Ordres.

2/ La garantie collective de l'indépendance de la profession

Il est classique de rappeler que l'indépendance de la profession, pierre angulaire d'un exercice serein et efficace, est garantie par la faculté des Barreaux de s'autoréguler.

L'appartenance à un Barreau, à un Ordre chargé de veiller au respect des règles déontologiques, éthiques et de nature à instaurer un climat de confiance entre les avocats et les justiciables.

L'indépendance puise sa force dans l'existence des Ordres eux-mêmes indépendants.

L'indépendance de l'avocat est la condition absolue de la démocratie moderne et de la confiance des citoyens parce que cette indépendance justifie que la profession s'administre et se régule elle-même.

L'indépendance est plus qu'une liberté individuelle : elle nécessite un Ordre indépendant qui est le véritable dépositaire de l'indépendance collective.

La nécessité de l'appartenance à un Barreau constitue la garantie de l'indépendance des avocats à l'égard des justiciables, des magistrats et des pouvoirs publics.

Le principe général des Etats membres ou plus exactement le plus majoritaire est celui de l'autorégulation.

C'est un principe majoritaire mais ce n'est pas un principe exclusif.

Dans certains pays, il existe des régulations qui sont confiées à des tiers avec des garanties que les règles sont des règles choisies par la profession.

L'administration est souvent indépendante.

Mais la régulation normative est très souvent une autorégulation.

La nuance est en fait dans l'autorégulation d'application, c'est-à-dire, disciplinaire.

Pour être plus exact, il faudrait parler en France de co-régulation puisque la Cour d'Appel reste juge d'appel et contribue à la déontologie et donc à la défense de l'indépendance collective.

Ce serait toutefois oublier la réalité de la pratique déontologique.

La déontologie pour un Ordre comme l'Ordre de Paris représente 8.000 dossiers dans l'année et ce sont autant d'avis déontologiques tandis que la poursuite disciplinaire ne représente pas plus d'une centaine de dossiers, les avis étant suivis d'effet.

La règle est celle d'une co-régulation, la pratique est celle d'une auto-régulation.

Dès 2011, le CCBE, organisme de concertation et de représentation des Barreaux Européens, a souligné que le principe d'autorégulation était une garantie d'indépendance, fondamentale pour la profession d'avocat, et sans laquelle il leur serait impossible de remplir pleinement la mission des Ordres.

Il est essentiel que l'avocat, au travers du barreau auquel il est rattaché soit libre de toute influence, que ce soit vis-à-vis de ses propres intérêts ou vis-à-vis de toute pression extérieure, notamment gouvernementale. (Lettre du CCBE et de l'American Bar Association au FMI, 21 décembre 2011).

L'indépendance des avocats étant reconnue dans la Recommandation du Conseil de l'Europe aux Etats-Membres, la question se pose de savoir si la tradition juridique commune couvre la tradition ordinale.

Si on l'admet, l'avenir des Ordres doit nécessairement se conformer à la politique européenne qui se dessine sous l'autorité du Président de la Commission Européenne, Monsieur Jean Claude Juncker.

Il prône une articulation claire des objectifs politiques, cette articulation étant adaptée à chaque niveau d'action possible :

- une action locale,
- une action régionale,
- une action nationale,
- et une action européenne.

Les Ordres doivent être présents au plan local.

Cette présence au plan local est de nature à assurer un contrôle efficace des règles d'exercice et permet de promouvoir l'accès au droit.

Les rapports entre avocats et magistrats doivent être appréhendés au plan local.

En revanche, tout ce qui a trait à la formation tant initiale que continue, à la mutualisation des charges, au développement du numérique, doit être géré au plan régional, ne serait-ce que pour mutualiser les coûts.

L'action doit être conforme au marché qui est nécessairement un marché régional si on aborde la prestation sous cet angle économique particulier.

Sans conteste, les barreaux doivent aussi bénéficier d'une représentation nationale pour appliquer les règles déontologiques dans un souci d'harmonisation.

C'est également la possibilité de défendre une société de droit et là déjà, la question se pose d'une représentation européenne dès lors que les libertés publiques seront appréhendées au niveau européen, ce qui est le nouveau projet européen qui se dessine.

Cette question des libertés est nécessairement posée sous l'angle public, celle d'une autorité de l'Etat qui ne saurait être par trop intrusive sans compromettre la démocratie, mais elle se présente aussi sous l'angle individuel.

L'homme doit être servi par une technologie qui ne saurait l'asservir.

La technologie doit libérer de contraintes matérielles mais ne peut pas devenir liberticide.

La réflexion éthique et déontologique doit être menée par les Barreaux pour que les nouvelles technologies qui nous offrent de formidables moyens, soit une chance sans devenir une contrainte.

La limite à l'émergence de l'ère numérique sera celle de notre obligation d'humanité et ce travail reviendra là encore aux Ordres, seuls à même de mener la réflexion prospective déontologique suffisante pour définir les conditions d'exercice idoine permettant de maintenir un cadre humain de l'accès au droit et à la justice.

Cette émergence du rôle des Ordres se retrouve à la recommandation R(2000)21 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative à la liberté d'exercice de la profession d'avocat, telle qu'adoptée le 25 octobre 2000.

Le principe 6 traitant des mesures disciplinaires, il est dit que « *les Barreaux ou autres Associations professionnelles d'avocat devraient être responsables de l'application des mesures disciplinaires à l'égard des avocats ou, le cas échéant, avoir le droit d'y être associé.* »

Les conseils de discipline instaurés par la loi ont été reconnus comme des juridictions impartiales et indépendantes, conformément à une décision du Conseil Constitutionnel du 29 septembre 2011, ce qui aussi été établi par la jurisprudence de la CEDH dans un arrêt du 30 novembre 1987.

C'est de cette construction qu'est née l'idée prétorienne que la violation de la liberté d'expression en justice devait d'abord être constatée aux termes d'une procédure disciplinaire qui constituait la constatation du manquement.

C'est ainsi que s'explique la jurisprudence de la CEDH qui, à plusieurs reprises, s'est exprimée en tenant compte de l'existence de la poursuite disciplinaire, pour savoir s'il y avait ou non un juste équilibre entre l'expression du droit d'expression d'une protestation, débordant ou non la critique raisonnable au regard de la finalité de la défense.

Ce qui est reconnu pour la censure d'une expression excessive devrait naturellement valoir également pour le silence de l'avocat.

C'est bien ce qui se dessine lorsqu'à plusieurs reprises, il est question du filtre du Bâtonnier comme juge, par exemple en terme de blanchiment, des informations devant ou non être transmises à l'Administration.

Se dégage alors le sentiment, nouveau, que les exigences de transparence et de respect des libertés construisent un nouveau rôle des Ordres, un rôle disciplinaire et régulateur de la déontologie pour les Ordres, mais aussi un rôle singulier du Bâtonnier ou du représentant de l'Ordre qui, tel un syndic, a des intérêts moraux collectifs de la profession, trouverait une fonction particulière à apprécier à la fois de l'expression mais aussi du silence de l'avocat.

Là encore, il faut nuancer car l'existence de bâtonniers est majoritaire comme peut l'être l'existence de présidents de l'institution.

Mais le rôle émergent du bâtonnier n'est pas unique en Europe. Certains pays ne connaissent pas d'équivalent.

Même s'ils sont minoritaires, il faut en tenir compte pour s'apercevoir qu'alors, émerge une autorité indépendante, distincte de l'autorité normative et distincte également de l'autorité régulatrice générale, judiciaire ou administrative.

Il s'agit bien, à ce stade, de l'émergence d'un concept qui est loin encore d'être général mais il va bien falloir trouver une solution pour garantir l'indépendance collective de la profession et donc le contrôle de l'information relevée dans le cadre, notamment, des exigences nouvelles de transparence.

Gageons que l'émergence d'un statut de l'avocat en Europe, avec des traditions juridiques communes particulièrement fortes sur le Continent, devrait amener à dessiner les contours d'un avocat européen avec une déontologie stricte, protectrice, des clients et une indépendance collective garantie à la fois par les Ordres mais aussi par les Bâtonniers.

Tels sont les trois niveaux d'analyse qui attendent une construction commune.

Frédéric SICARD

Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris