



AVIS DE Mme MALLET-BRICOUT, AVOCATE GÉNÉRALE

Arrêt n° 155 du 8 mars 2023 – Première chambre civile

Pourvoi n° 22-10.679

Décision attaquée : Cour d'appel de Montpellier du 24 novembre 2021

**Mme [G] [Y]
C/
la société PVB Avocats**

Le pourvoi, qui repose sur deux moyens, est formé par une avocate collaboratrice à l'encontre de l'arrêt rendu le 24 novembre 2021 par la cour d'appel de Montpellier (n° RG 21/00157).

Cet avis se concentrera sur la question soulevée dans le premier moyen. Sur le **second moyen**, mon avis est dans le sens d'un **rejet non spécialement motivé**, pour les raisons exposées au rapport (p. 3).

Les faits sont les suivants, tels que relatés dans la décision rendue par le Bâtonnier le 30 décembre 2020 et par l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier :

La demanderesse au pourvoi, Mme [G] [Y], était avocate collaboratrice en libéral au sein de la SELAS PVB Avocats (ci-après la SELAS) depuis le 2 janvier 2020.

Le 22 octobre 2020, Mme [Y] a mis fin par courrier à son contrat de collaboration à durée indéterminée, en respectant un préavis de trois mois.

Le 29 octobre 2020, elle s'est vue signifier par la SELAS la rupture immédiate de la collaboration pour faute grave, au motif qu'elle participerait, avec deux associés qui avaient décidé de quitter le cabinet et un autre jeune collaborateur, à une stratégie de détournement des clients et à la désorganisation de la structure.

Le même jour, dans l'après-midi, Mme [Y] a signé un document dans lequel elle s'engage à arrêter dès ce jour à exercer au sein du cabinet, à restituer immédiatement le matériel mis à sa disposition et à renoncer à son préavis contractuel, en contrepartie du versement de sa rétrocession d'honoraires pour le mois de novembre 2020, soit 2500 euros, outre la renonciation « *à toute prétention au titre des rémunérations afférentes à la période de préavis contractuelle pour les mois de décembre 2020 et janvier 2021, et au titre de la rupture de [son] contrat de collaboration* ». Ce document a été signé par les deux parties, avec la mention « *bon pour accord et transaction* ». Il est identique à un courrier rédigé le même jour par un autre jeune collaborateur de la SELAS, dans le cadre de la rupture de son contrat de collaboration libérale dans les mêmes circonstances.

Quelques jours après, le 6 novembre 2020, Mme [Y] a dénoncé cette transaction par courrier adressé à la SELAS, en contestant son libre consentement, estimant avoir subi des pressions pour le rédiger et le signer. Elle a sollicité le versement de son indemnité de préavis et précisé « *qu'à défaut de suite favorable, elle se réservait toute liberté de saisir le Bâtonnier de l'ordre des avocats de [Localité 1]* »¹.

Le 12 novembre 2020, la SELAS a réaffirmé à son encontre le principe d'une faute grave pour les raisons sus-évoquées.

Le 1^{er} décembre 2020, Mme [Y] a saisi par requête le Bâtonnier de l'ordre des avocats de [Localité 1], aux fins d'obtenir la nullité de la transaction signée le 29 octobre 2020, ainsi que la condamnation de la SELAS à lui régler son indemnité de préavis, outre des dommages et intérêts au titre de son préjudice moral.

Le Bâtonnier a fixé l'audience au 22 décembre suivant.

La SELAS a dénoncé dans ses conclusions l'irrecevabilité de la demande formée par Mme [Y], faute de conciliation préalable. La demanderesse a répondu à cet argument dans ses propres conclusions.

Le 22 décembre 2020, l'audience s'est tenue en présence des deux parties et de leurs conseils respectifs. Le Bâtonnier a rejeté l'argument d'irrecevabilité, en précisant notamment : « *lors de l'audience, et préalablement à tout débat au fond, il a été demandé par le Bâtonnier aux parties s'il était possible d'engager une discussion sur les conditions d'une conciliation, et, tenant la réponse de chacune d'entre elles, nous avons constaté le défaut de toute conciliation possible* »².

La cour d'appel de Montpellier, saisie d'un recours par la SELAS, a accueilli l'argument d'irrecevabilité de la demande formée par Mme [Y], en considérant que la tentative de conciliation entre les parties « *est un préalable obligatoire à l'engagement de toute action contentieuse auprès du bâtonnier* », et qu' « *au vu de l'exposé du litige et du déroulement de la procédure tels qu'ils sont faits dans la décision critiquée, Me [Y] n'a présenté aucune demande de conciliation* ». L'arrêt précise que le courrier du 6 novembre 2020 était « *en réalité une mise en demeure* » adressée à la SELAS, non une tentative de résolution amiable du litige. Elle déduit de ces éléments « *que la saisine du bâtonnier était irrégulière et que la demande d'arbitrage adressée au bâtonnier par Me [G] [Y] le 1^{er} décembre 2020 était irrecevable* ».

¹ Voir la décision rendue par le Bâtonnier, p. 2.

² Voir la décision rendue par le Bâtonnier, p. 3.

Le pourvoi, dans son premier moyen, discute en deux branches l'irrecevabilité de la demande d'arbitrage formée le 1^{er} décembre 2020 par Me [Y] auprès du bâtonnier.

Un point paraît acquis entre les parties, le fait que « *la tentative de conciliation est un préalable à la procédure d'arbitrage du Bâtonnier* », comme le pourvoi le souligne lui-même.

Le pourvoi discute néanmoins l'analyse effectuée par la cour d'appel de Montpellier sur la base de plusieurs dispositions de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (articles 7 et 21) et du décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat (articles 142 et 179-1), qui l'a amenée à conclure en faveur de l'irrecevabilité de la demande d'arbitrage en l'espèce.

Dans une première branche, le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'avoir considéré que la saisine du bâtonnier était irrégulière, alors que les textes n'imposent aucun formalisme particulier pour la tentative de conciliation préalable à l'arbitrage, et que le bâtonnier avait en l'espèce engagé une discussion sur ce point avec les parties lors de l'audience avant tout débat au fond, puis constaté expressément « *le défaut de toute conciliation possible* ».

Dans une seconde branche, le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué le même constat d'irrégularité de la saisine du bâtonnier au motif que « *Me [Y] n'a présenté aucune demande de conciliation* », alors qu'aucun texte n'impose que cette tentative émane nécessairement d'une partie, et qu'en l'espèce une vaine tentative de conciliation avait eu lieu à l'initiative du bâtonnier lui-même lors de l'audience.

En substance, le pourvoi soulève la question de savoir à quelles conditions exactement il est possible de considérer qu'une tentative de conciliation préalable à l'arbitrage du bâtonnier a effectivement eu lieu entre les parties.

Discussion et avis

Le pourvoi invoque la violation de quatre dispositions figurant respectivement dans la loi du 31 décembre 1971 et dans le décret du 27 novembre 1991, sur lesquelles l'arrêt attaqué appuie expressément son raisonnement.

En vertu de l'article 7 de la loi de 1971, les litiges nés à l'occasion d'un contrat de collaboration libérale (notamment) sont, « ***en l'absence de conciliation, soumis à l'arbitrage du bâtonnier*** ».

L'article 21 alinéa 3 de cette même loi dispose que « tout différend entre avocats à l'occasion de l'exercice professionnel est, ***en l'absence de conciliation, soumis à l'arbitrage du bâtonnier*** ».

L'article 142 du décret de 1991 énonce quant à lui que pour tout litige né à l'occasion d'un contrat de collaboration (notamment), « ***à défaut de conciliation, le bâtonnier du barreau auprès duquel l'avocat collaborateur ou salarié est inscrit est saisi par l'une ou l'autre des parties*** », soit par requête, soit par LRAR.

Et l'article 179-1 du même décret dispose qu'en cas de différend entre avocats à l'occasion de leur exercice professionnel, « ***à défaut de conciliation, le bâtonnier du barreau auprès duquel les avocats intéressés sont inscrits est saisi par l'une ou l'autre des parties*** ».

I. Question liminaire : le caractère obligatoire de la tentative de conciliation

Le rapport envisage, **conformément à l'article 1015 du code de procédure civile**, de relever d'office le moyen de pur droit selon lequel les quatre dispositions précitées de la loi de 1971 et du décret de 1991 « n'instaurent pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du bâtonnier, dont le non-respect serait sanctionné par une fin de non-recevoir ».

Cette question doit être envisagée à titre liminaire, dans la mesure où, s'il y est répondu positivement, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Montpellier devrait être cassé en ce qu'il a, au contraire, retenu l'irrégularité de la saisine du bâtonnier au motif de l'absence de tentative de conciliation préalable à la demande formée par Mme [Y] le 1^{er} décembre 2020.

Le rapport relève certains éléments pouvant interroger le caractère obligatoire, à peine d'irrecevabilité, d'une tentative de conciliation préalable à l'arbitrage du bâtonnier dans le cadre de la procédure prévue aux dispositions sus-citées. Notamment, l'absence de précision, par les textes applicables, de la sanction attachée au défaut de tentative de conciliation³, ainsi que l'absence de précision sur les modalités de cette tentative, ont pu faire douter le professeur Vidal⁴ sur la portée juridique d'une telle procédure de conciliation préalable, qui y voit « *une préférence pour la recherche d'un règlement amiable (...), pas une obligation* », estimant que le législateur a eu pour finalité de « *rappeler simplement les avocats à leurs devoirs de confraternité, en essayant, autant que faire se peut, de se concilier* ». Certaines cours d'appel sont aussi allées dans le sens d'une lecture a minima des textes précités, au motif que le législateur n'a pas assorti la tentative de règlement amiable de conditions particulières de mise en oeuvre, ce dont on peut déduire, selon elles, qu'aucune procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge ne serait instaurée, dont le non-respect caractériserait une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci⁵. Mais la plupart des arrêts de cours d'appel considèrent au contraire que la tentative de conciliation préalable « *conditionne la régularité de la saisine du bâtonnier et la recevabilité de la demande* »⁶.

Il me semble que plusieurs arguments convergent vers cette dernière interprétation des textes relatifs à l'arbitrage du bâtonnier en cas de différend entre avocats à l'occasion de l'exercice professionnel, et notamment les litiges relatifs à un contrat de collaboration libérale.

1. D'une part, certains éléments de nature à faire douter de la solution à apporter à cette question me semblent pouvoir être écartés :

Rappelons tout d'abord que « l'arbitrage » du bâtonnier repose en réalité sur **un véritable pouvoir juridictionnel**. Ce dernier rend une décision en première instance, susceptible de recours devant la cour d'appel compétente. Bien que le terme retenu par le législateur soit ambigu, il existe un consensus général sur cette interprétation et sur la portée juridique de « l'arbitrage » du bâtonnier⁷. Une telle analyse autorise alors d'éventuelles

³ Alors que l'article 142 alinéa 2 prend soin d'indiquer : « *L'acte de saisine [du bâtonnier] précise, à peine d'irrecevabilité, l'objet du litige, l'identité des parties et les prétentions du saisissant.* »

⁴ *La lettre juridique*, 24 mai 2018, n° 742 (cité au rapport).

⁵ V. notamment, CA. Angers, 25 novembre 2021, n° 20/01517 ; CA. Reims, 19 novembre 2019, n° 19/01082. (arrêts cités au rapport)

⁶ En ce sens, CA. Paris 19 décembre 2018, n° 16/10900 ; voir aussi, CA. Nîmes, 19 avril 2018, n° 17/03219 ; CA. Toulouse, 2 juin 2021, n° 20/02178 et 20/02826 ; CA. Montpellier, 24 novembre 2021, n° 21/00157 (notre espèce).

Une étude de la jurisprudence des cours d'appel réalisée par le SDER de la Cour de cassation en date du 15 décembre 2022 révèle que sur 27 décisions soulevant cette question, 20 estiment que la conciliation est édictée à peine d'irrecevabilité, 2 à peine de nullité, et 5 seulement considèrent qu'il ne résulte des textes aucune fin de non-recevoir.

⁷ V. notamment, S. Bortoluzzi, D. Piau, T. Wickers, *Règles de la profession d'avocat*, 17^e éd. Dalloz Action 2022-2023, n° 821.11 et 821.12, qui évoquent « *la fonction juridictionnelle* » du bâtonnier, investi de « *la mission d'un premier degré de juridiction* ».

comparaisons avec l'exigence de conciliation préalable mise en place par le législateur dans d'autres contextes que celui d'un différend entre avocats, devant d'autres juridictions, même s'il est acquis que la procédure d'arbitrage devant le bâtonnier constitue une procédure spéciale⁸.

En premier lieu, les textes applicables en l'espèce ne comportent **pas de précisions sur le déroulement de la conciliation ni sur la sanction applicable** en cas de défaut de tentative préalable à l'arbitrage. Or, on peut observer que de manière générale les textes qui imposent une conciliation préalable obligatoire comportent certaines précisions sur le déroulé de la procédure de conciliation, comme par exemple les textes relatifs aux litiges soumis au tribunal paritaire des baux ruraux (voir art. 880 et suiv. CPC), ou encore ceux relatifs à la conciliation obligatoire en matière prud'homale (voir art. L. 1454-1 et suiv. c. trav.).

Surtout, on peut observer, pour ce qui concerne la sanction du défaut de conciliation, que la question a pu soulever des difficultés dans le cadre de l'application du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015, qui a imposé au demandeur au procès, dans certaines matières, de justifier des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige, sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public. Cette obligation n'était pas contraignante, faute de sanction, le juge saisi du litige ayant alors seulement la possibilité de proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation⁹. Le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2020, est alors venu renforcer l'obligation d'effectuer une tentative préalable de conciliation, médiation ou procédure participative, par deux sanctions distinctes : l'irrecevabilité de la demande¹⁰ et la nullité pour vice de forme¹¹.

On pourrait être tenté de déduire de cette chronologie des textes en droit commun de la procédure civile la nécessité d'une intervention législative ou réglementaire pour consacrer la sanction de l'irrecevabilité de la demande, en cas d'absence de tentative de conciliation préalable. Une telle déduction serait cependant trop hâtive, car le décret de 2015 avait tout de même précisé (v. art. 127 CPC) que, dans un tel cas, il revenait au juge de proposer aux parties une conciliation ou une médiation. Le décret de 2019 est donc simplement venu *modifier* le mécanisme existant, en sanctionnant cette fois fermement le défaut de tentative. Dans l'hypothèse des textes applicables aux différends entre avocats, le législateur est resté *totalelement silencieux* sur ce point, ce qui peut a priori autoriser toutes les interprétations sur les conséquences d'un défaut de tentative de conciliation préalable.

En second lieu, l'exigence de précisions requise par la jurisprudence pour les clauses contractuelles imposant une conciliation préalable ne saurait me semble-t-il être transposée aux hypothèses légales de conciliation préalable obligatoire. Cette exigence de précision imposée

⁸ En ce sens, J-M. Braunschweig et J. Demaison, *Le Guide de l'avocat*, éd. Wolters Kluwer, 2014, n° 17.

⁹ Art. 127 CPC dans sa version en vigueur au 1^{er} avril 2015 : « S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation. »

¹⁰ Art. 750-1 al. 1^{er} CPC : « A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire. » Par exception, les parties peuvent déroger à cette obligation si elles entrent dans l'une des cinq exceptions prévues par le second alinéa de cette disposition, notamment en cas d'invocation d'un motif légitime.

L'article 750-1 est resté en vigueur du 1^{er} janvier 2020 au 22 septembre 2022, il a en effet été annulé par une décision du Conseil d'Etat n° 436939 et 437002 du 22 septembre 2022.

¹¹ V. art. 54 CPC.

par la Cour de cassation repose en effet sur des fondements propres à la clause de conciliation¹².

Pour les litiges entre avocats et s'agissant de différends au sein d'un ordre professionnel déterminé, le législateur a de toute évidence entendu mettre en place une procédure spécifique¹³, qui repose sur un référent particulier, le bâtonnier. Le principe d'une conciliation préalable à l'arbitrage du bâtonnier s'insère ainsi dans **un contexte propre : le rattachement à un barreau**. Le silence du législateur sur les modalités précises de la conciliation peut dès lors être entendu, non pas comme une atténuation à la portée juridique de celle-ci, mais comme l'expression de sa volonté de laisser aux différents barreaux la liberté d'organiser la conciliation, en fonction de leur taille et dans le respect de l'esprit qui doit dominer dans cette profession. On sait que certains barreaux ont mis en place des commissions spécifiques de conciliation¹⁴ tandis que d'autres confient cette mission à un membre ou à un ancien membre du conseil de l'ordre, ou encore à un ancien bâtonnier ou à un avocat honoraire, voire au bâtonnier lui-même, qui agit d'abord comme conciliateur puis comme arbitre du litige¹⁵.

2. D'autre part, certains arguments me paraissent conforter l'analyse de la tentative de conciliation en une véritable obligation :

En premier lieu, les travaux préparatoires des lois n° 2009-526 du 12 mai 2009 et n° 2011-331 du 28 mars 2011, qui ont entendu harmoniser la procédure applicable devant le bâtonnier en cas de différends entre avocats ou de litiges relatifs à un contrat de collaboration libérale ou à un contrat de travail, révèlent nettement la volonté du législateur d'intégrer dans ces procédures d'arbitrage (art. 7 et 21 de la loi de 1971) « *une phase préalable de conciliation* ». Le rapporteur au nom de la commission des lois du Sénat, en 2010, précise encore sa pensée : « *Le dispositif adopté prévoit, au dernier alinéa de l'article 7, que l'arbitrage du bâtonnier n'interviendra qu'à défaut de conciliation* »¹⁶. La formulation relativement neutre des articles 7 et 21 est ainsi éclairée : le bâtonnier n'est censé arbitrer un litige relevant de ces dispositions que si aucune conciliation n'a pu avoir lieu au préalable. Les travaux préparatoires laissent transparaître la volonté du législateur de considérer cette tentative comme une obligation ; à tout le moins, rien dans les travaux préparatoires ne vient contredire une telle analyse. D'ailleurs, le législateur a souhaité introduire une référence à cette phase préalable de conciliation dans la loi elle-même afin de lui conférer force légale, alors que celle-ci figurait déjà dans le *Règlement intérieur national de la profession d'avocat* (art. 14.6¹⁷). Une

¹² Il s'agit de s'assurer de la réelle intention des parties de soumettre leur litige à un conciliateur avant de se tourner vers le juge, ce qui suppose, selon une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation, de préciser dans la clause les modalités de mise en oeuvre de la conciliation (délai pour réaliser la conciliation, modalités de désignation du conciliateur ...), le risque étant, dans le cas contraire, que la partie au contrat qui s'estime lésée ne puisse ni saisir le juge (fin de non-recevoir) ni obtenir de son cocontractant l'organisation concrète d'une conciliation.

¹³ V. ci-dessus, note 8.

¹⁴ C'est le cas au Barreau de Paris notamment (voir le *Code de déontologie*, Ordre des avocats de Paris, éd. Dalloz, 2022, annoté par T. Revet, articles P.71.2 et suiv.), également au Barreau de Lyon (voir la réponse du CNB à la consultation officielle réalisée sur ce dossier, en annexe de cet avis).

¹⁵ Voir la réponse du CNB à la consultation officielle réalisée sur ce dossier, jointe en annexe de cet avis, p. 2.

¹⁶ Rapport n° 131 de M. Laurent Béteille, 24 novembre 2010 (cité au rapport). Dans le même sens, Rapport n° 1379 de M. Yves Nicolin sur l'article 1^{er} de la loi du 28 mars 2011.

¹⁷ Art. 14.6 - Règlement des litiges (Statut de l'avocat collaborateur libéral ou salarié)

« Le bâtonnier du lieu d'inscription de l'avocat collaborateur libéral ou salarié connaît des litiges nés à l'occasion de l'exécution ou de la rupture du contrat de collaboration salariée ou non. Le bâtonnier ou son délégué entend les parties, éventuellement assistées de leur conseil, dans les plus brefs délais.

telle volonté d'appuyer, par la loi, la conciliation préalable déjà prévue par le RIN, permet également de penser qu'il s'est agi de consacrer une véritable obligation¹⁸.

A cet égard, je partage le point de vue exprimé dans le mémoire complémentaire en défense, selon lequel « Le législateur ne fait pas figurer de vœux pieux dans la loi. Il impose, il n'émet pas de souhaits. A défaut, la loi, déjà suffisamment complexe, deviendrait inintelligible ». On peut considérer que le législateur aurait exprimé autrement la possibilité d'une alternative pour les parties, par exemple en posant que « Les parties *peuvent* recourir à une conciliation préalablement à la demande d'arbitrage du litige par le bâtonnier », dans la ligne de ce qu'il a fait récemment à propos des réclamations formulées par un client à l'encontre de son avocat¹⁹.

En second lieu, il apparaît important de souligner la **convergence d'interprétation des textes applicables en la matière**. En effet, si l'on excepte quelques arrêts de cours d'appel²⁰ et l'opinion d'une partie minoritaire de la doctrine²¹, aussi bien les juges du fond²², que le Conseil national des barreaux, ou encore la plupart des commentateurs des textes applicables, soutiennent l'existence d'une obligation de conciliation préalable.

Ainsi le Conseil national des Barreaux affirme-t-il, dans la réponse à la consultation qui lui a été adressée²³, qu'« *Il résulte de ces dispositions [les quatre articles sus-cités] que la tentative de conciliation est un préalable obligatoire à la saisine de la juridiction du bâtonnier* ».

Quant à la doctrine, et notamment les ouvrages de référence sur les règles de la profession d'avocat, elle n'émet généralement aucun doute sur le caractère obligatoire de la tentative de conciliation préalable : « *Cette conciliation est un préalable nécessaire avant toute phase contentieuse* »²⁴ ; « *La phase préalable de conciliation a été rendue obligatoire par la loi du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires et juridiques* »²⁵ ; « *Tout différend entre avocats à l'occasion de leur exercice professionnel déclenche une phase de conciliation devant le bâtonnier* »²⁶ ; « *Le caractère obligatoire de la conciliation ne fait aucun doute* »²⁷. Les

A défaut de conciliation, il est procédé conformément aux dispositions des articles 142 et suivants du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991. »

¹⁸ En ce sens, Me Dominique Piau lors du congrès de la FNUJA le 19 mai 2007 (cité au rapport), qui souligne que la « *force obligatoire [du préalable de conciliation] implique qu'il figure dans la loi* », plaçant son introduction dans l'article 7 de la loi de 1971, et que « *le préalable de conciliation semble pouvoir aisément être géré directement au niveau de chaque Barreau* ».

¹⁹ V. art. 21 de la loi de 1971 tel que modifié par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 : « *Lorsque la réclamation le permet (...), le bâtonnier peut organiser une conciliation entre les parties (...)* ».

²⁰ V. *supra*, notes 5 et 6.

²¹ V. le professeur Vidal, cité *supra*, note 4, s'interrogeant sur la solution de l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes rendu le 19 avril 2018, n° 17/03219, précité, en faveur de l'irrecevabilité. Comparer, *Jurisl. Travail, Fasc. 5-25 : avocats salariés*, n° 75 : l'auteur qualifie la question de « sérieuse » et évoque un possible débat, mais sans prendre position.

²² V. *supra*, note 6.

²³ V. en annexe de cet avis, la consultation réalisée auprès du CNB et la réponse apportée par cette institution le 30 novembre 2022.

²⁴ J-M. Braunschweig et J. Demaison, *Le Guide de l'avocat*, précité, n° 17.

²⁵ S. Bortoluzzi, D. Piau, T. Wickers, *Règles de la profession d'avocat*, précité, n° 821.11, et voir aussi n° 822.22.

²⁶ T. Revet, J. Laurent, B. Chaffois, C. Boërio, *Déontologie de la profession d'avocat*, 3^e éd. LGDJ, 2020, n° 917.

ouvrages consacrés à la profession d'avocat, qui constituent sans doute une référence pour les avocats eux-mêmes, ne font état d'aucun débat sur cette question.

Il peut d'ailleurs être observé que les parties elles-mêmes, en l'espèce, ne contestent aucunement l'existence d'une obligation de conciliation préalable à l'arbitrage du bâtonnier. Il a déjà été souligné que le pourvoi formé par Mme [Y] tient ce point pour acquis, en relevant que « *la tentative de conciliation est un préalable à la procédure d'arbitrage du Bâtonnier* ». Les conclusions de Mme [Y] devant la cour d'appel de Montpellier allaient déjà dans le même sens (p. 4) : « *le caractère obligatoire de la tentative de conciliation ne fait aucun doute* ». Le mémoire en défense formé par la SELAS abonde en ce sens (voir p. 8-9).

Dans cette ligne générale, l'exigence de conciliation préalable est expressément relevée dans l'arrêt attaqué, p. 5 (« *la procédure de conciliation dans le cadre des litiges nés à l'occasion d'un contrat de collaboration entre avocats est un préalable obligatoire à l'engagement de toute action contentieuse auprès du bâtonnier* »), et elle figure, en d'autres termes, dans la décision du bâtonnier de l'ordre des avocats de [Localité 1], p. 2 (l'article 142 du décret « *précise que l'acte de saisine du bâtonnier suppose le défaut de conciliation entre les parties, préalablement à la saisine* »).

En l'espèce et au surplus, le contrat de collaboration libérale signé par Mme [Y] prévoyait, en son article 14 (conformément à l'article 14.2 RIN²⁸), **une clause de conciliation préalable** précisant que celle-ci aurait lieu devant le bâtonnier ou son délégataire, que les parties pourraient être assistées d'un conseil et que la conciliation devrait avoir lieu dans les plus brefs délais. A défaut d'une telle conciliation, la clause prévoyait que serait mise en oeuvre la procédure de saisine du bâtonnier prévue aux articles 142 et suivants du décret de 1991.²⁹ Cette clause, suffisamment précise, imposait donc aux parties de procéder à une tentative de conciliation préalable à l'arbitrage du bâtonnier pour les litiges relatifs à la collaboration libérale. Le bâtonnier, ou son délégataire, était désigné par les parties à la fois comme le conciliateur et comme l'arbitre du litige en application des articles 142 et suivants du décret de 1991.

En conclusion sur ce premier point, et au vu de l'ensemble de ces éléments, il apparaît raisonnable de consacrer le caractère obligatoire de la tentative de conciliation préalable à l'arbitrage, par le bâtonnier, d'un conflit portant (notamment) sur un contrat de collaboration libérale, au sens des articles 7 et 21 de la loi de 1971, 142 et 179-1 du décret de 1991.

Une telle obligation préalable étant classiquement sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande au fond (sauf à ce que le législateur prévoit un autre effet juridique à l'absence de tentative), il semble pertinent d'appliquer cette sanction pour l'application des dispositions sus-visées, dans le silence du législateur et par comparaison avec d'autres hypothèses. On peut relever notamment que lorsqu'une clause de conciliation figurant dans un contrat de collaboration libérale est suffisamment précise pour être considérée comme obligatoire pour les parties, l'absence de tentative de conciliation préalable à la saisine du juge est sanctionnée par

²⁷ P. Touzet et M. Seretti, « Litiges entre avocats : renforcement du préalable de conciliation », www.parabellum.com, 11 février 2020, qui relèvent la fermeté de la cour d'appel de Paris lorsqu'elle exige que la tentative de conciliation porte « *sur les demandes précises qui seront soumises au bâtonnier, et non sur une question voisine voire proche* », à peine d'irrecevabilité de la saisine pour arbitrage (CA. Paris, 19 décembre 2018, n° 16/10900), ce que les auteurs critiquent en ce que cela viendrait imposer de lister toutes les questions découlant du différend, ce qui pourrait contrarier la réussite de la conciliation.

²⁸ **Art. 14.2** : « Le contrat de collaboration libérale doit obligatoirement comporter une clause de recours au bâtonnier, comme conciliateur. »

²⁹ Il est précisé qu'à défaut de production par les parties du contrat de collaboration libérale, ces éléments factuels résultent du mémoire complémentaire de la SELAS PVB Avocats, cette clause étant par ailleurs évoquée dans la décision rendue par le bâtonnier le 30 décembre 2020 (page 2).

l'irrecevabilité (fin de non-recevoir)³⁰. Il paraît logique d'aligner la sanction applicable à l'obligation légale de conciliation sur celle admise pour l'obligation contractuelle de conciliation, d'autant plus que le RIN impose que le contrat de collaboration libérale comporte « *une clause de recours au bâtonnier, comme conciliateur* » (art. 14.2 in fine), et qu'à défaut de conciliation il soit procédé conformément aux dispositions des articles 142 à 153 du décret de 1991 (art. 14.6 al. 3). précision³¹. Une telle solution imposera certes au demandeur à l'arbitrage de bien préciser les contours de la saisine juridictionnelle par rapport à la conciliation préalable (notamment, mêmes parties³², mêmes prétentions³³), mais de telles exigences sont classiques. La sanction de l'irrecevabilité est retenue par un grand nombre de cours d'appel (cf. *supra* note 6), il apparaît important que la première chambre civile clarifie ce point dans l'arrêt à venir, les praticiens étant manifestement dans l'attente d'une telle précision³⁴.

II. Modalités de la tentative de conciliation préalable et obligatoire

Le caractère obligatoire de la tentative de conciliation préalable, à peine d'irrecevabilité de la demande d'arbitrage au bâtonnier, étant me semble-t-il acquis, il reste à se demander comment, concrètement, cette tentative doit être exercée pour répondre à l'exigence posée par le législateur. C'est justement le point sur lequel le pourvoi invite à réfléchir dans son premier moyen, formé en deux branches, critiquant l'analyse effectuée par la cour d'appel de Montpellier.

La lecture des quatre dispositions sus-citées ne permet pas, à elle-seule, de préciser à quel moment et sous quelles modalités exactement doit avoir lieu cette tentative de conciliation. Les articles 7 et 21 de la loi de 1971 imposent que la tentative ait lieu avant *l'arbitrage du bâtonnier*,

³⁰ Soc. 21 septembre 2022, n° 21-14171.

³¹ Tout en insistant sur le caractère obligatoire de la conciliation préalable, ni le CNB dans sa réponse à la consultation réalisée, ni les ouvrages relatifs à la réglementation de la profession d'avocat, ne prennent clairement position sur la sanction. Des auteurs praticiens considèrent toutefois sans hésitation que « *le passage de la phase de conciliation à la phase d'arbitrage (...) conditionne la validité de la procédure d'arbitrage et l'étendue de la saisine du bâtonnier* » (T. Cigaina, « L'insécurité juridique au coeur des différends entre avocats - exemples pratiques », www.village-justice.com, 6 juin 2022), ou encore que « *le préalable de la tentative de conciliation est une condition de recevabilité* » de la saisine du bâtonnier, « *tant sur le plan chronologique que matériel* » (F. Forgues, « Conflits entre avocats : comment cela fonctionne-t-il ? », www.village-justice.com, 10 septembre 2020), et que l'irrecevabilité est « *non-susceptible de régularisation en cours de procédure contentieuse* » (P. Touzet et M. Seretti, art.cit.).

³² Sous réserve d'interventions volontaires ou forcées dans le cadre de l'arbitrage du bâtonnier, qui constitue une phase proprement juridictionnelle.

³³ Ce point suscite d'ores et déjà un contentieux devant les cours d'appel (notamment sur les demandes accessoires à une demande principale). En tout état de cause, les prétentions figurant dans la saisine d'arbitrage ne peuvent reprendre que partiellement celles présentées lors de la conciliation.

³⁴ Tout en insistant sur le caractère obligatoire de la conciliation préalable, ni le CNB dans sa réponse à la consultation réalisée, ni les ouvrages relatifs à la réglementation de la profession d'avocat, ne prennent clairement position sur la sanction. Des auteurs praticiens considèrent toutefois sans hésitation que « *le passage de la phase de conciliation à la phase d'arbitrage (...) conditionne la validité de la procédure d'arbitrage et l'étendue de la saisine du bâtonnier* » (T. Cigaina, « L'insécurité juridique au coeur des différends entre avocats - exemples pratiques », www.village-justice.com, 6 juin 2022), ou encore que « *le préalable de la tentative de conciliation est une condition de recevabilité* » de la saisine du bâtonnier, « *tant sur le plan chronologique que matériel* » (F. Forgues, « Conflits entre avocats : comment cela fonctionne-t-il ? », www.village-justice.com, 10 septembre 2020), et que l'irrecevabilité est « *non-susceptible de régularisation en cours de procédure contentieuse* » (P. Touzet et M. Seretti, art.cit.).

tandis que les articles 142 et 179-1 du décret de 1991 semblent postuler que la tentative de conciliation précède *la saisine du bâtonnier* par l'une ou l'autre partie.

Or on a vu que les pratiques des barreaux sont diversifiées quant à la mise en oeuvre de cette tentative de conciliation, qui est apparemment entendue comme ayant lieu sous l'égide du conseil de l'ordre et non en dehors des instances professionnelles. Dans sa réponse à la consultation réalisée³⁵, le CNB n'évoque en effet aucunement l'hypothèse dans laquelle l'avocat demandeur se tournerait vers un conciliateur externe au barreau, alors même que rien ne l'exclut sur le principe³⁶. Le CNB précise que soit il existe une commission de conciliation au sein du barreau, qui peut être saisie par tout avocat, soit « *le bâtonnier décide* » de se charger seul de la conciliation, avant de procéder à l'arbitrage, ou de « *désigner un délégué* » parmi les membres du conseil de l'ordre, anciens membres, anciens bâtonniers, ou avocats honoraires. La procédure entière converge donc vers le conseil de l'ordre, et plus spécialement vers le bâtonnier si aucune commission de conciliation n'a été mise en place au sein du barreau.

La difficulté soulevée en l'espèce par le pourvoi se résume à la question suivante : peut-on considérer, au sens des quatre dispositions visées, qu'une tentative de conciliation obligatoire a effectivement eu lieu lorsque celle-ci est réalisée à l'initiative du bâtonnier, lors de l'audience réunissant les parties et préalablement à tout débat au fond dans le cadre de l'arbitrage du conflit ?

Plusieurs arguments permettent de considérer que l'obligation de tenter une conciliation doit être accomplie avant toute saisine formelle du bâtonnier sur le fond du litige :

. Précision littérale par décret (décret du 27 novembre 1991) -

En premier lieu, même si la loi de 1971 n'est pas très précise sur ce point, puisqu'elle dispose seulement que les litiges visés sont, « *en l'absence de conciliation, soumis à l'arbitrage du bâtonnier* » (art. 7 et 21), le décret de 1991, dont l'objet est a priori de préciser la loi, dispose quant à lui qu'« *à défaut de conciliation, le bâtonnier (...) est saisi par l'une ou l'autre des parties* » (art. 142 et 179-1), ce qui suppose l'existence d'une saisine au fond du bâtonnier postérieure à l'échec de la conciliation. L'article 142 (auquel renvoie l'article 179-1) précise d'ailleurs les modalités formelles de cette dernière saisine : « *soit par requête déposée contre récépissé au secrétariat de l'ordre des avocats, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception* ».

. Favoriser la sécurité juridique -

En second lieu, les pratiques recensées par le CNB dans sa réponse à la consultation réalisée dans le cadre de ce dossier, démontrent une diversité des procédures mises en oeuvre en cas de différends entre avocats, notamment les litiges concernant un contrat de collaboration libérale, mais le CNB précise : « *En tout état de cause, selon nos informations, la conciliation préalable effectuée par le bâtonnier a lieu avant sa saisine pour arbitrage, et pas dans le cadre de l'audience d'arbitrage* ».

Toutefois, autant la procédure dans les grands barreaux (notamment Paris et Lyon) semble bien circonscrite, l'avocat demandeur étant dirigé dès le début de la procédure vers une commission de conciliation mise en place au sein même du barreau, qui « *intervient par délégation du bâtonnier* »³⁷, autant pour les petits barreaux, nombreux, le déroulé de la procédure semble être

³⁵ V. annexe jointe à cet avis.

³⁶ Sous réserve de ce que prévoit le RIN, article 14.2, pour le contrat de collaboration libérale (clause obligatoire de « recours au bâtonnier, comme conciliateur »), mais l'on ne retrouve pas cette obligation dans le RIN pour les différends entre avocats relatifs à leur exercice professionnel (v. article 20.2). La jurisprudence rend parfois compte de tentatives de conciliation amiable entre les parties avant toute saisine du bâtonnier (ex. CA. Montpellier, 11 décembre 2019, n° 19/01166).

³⁷ V. la réponse du CNB à la consultation, page 2 (produite en annexe de cet avis).

entre les mains du bâtonnier : c'est vers lui que se tourne l'avocat en difficulté, comme le souligne le CNB (« 1. *Un avocat saisit son bâtonnier d'une difficulté rencontrée avec un autre avocat* ») ; puis le bâtonnier (ou son délégué) « 2. *s'il l'estime opportun, convoque les deux avocats concernés pour tenter une conciliation* » ; et « 3. *En cas d'échec de cette conciliation, l'avocat demandeur saisit alors son bâtonnier d'une demande d'arbitrage* » sur le fondement des quatre articles sus-évoqués, « *en fondant et précisant ses demandes* ». On perçoit d'une part, le rôle visiblement central du bâtonnier dans cette hypothèse, et d'autre part, l'ambiguïté de la position du CNB, qui d'un côté considère que le bâtonnier peut tenter une conciliation « *s'il l'estime opportun* », et d'un autre côté précise in fine que « *la saisine initiale aux fins de conciliation ne saurait servir de fondement à une saisine de l'arbitrage qui doit être réalisée par un acte distinct postérieur à l'échec de la conciliation* ».

En réalité, le bâtonnier apparaît comme le pivot de la procédure, c'est vers lui que se tourne l'avocat en difficulté et aucune règle légale ou réglementaire n'évoque clairement deux saisines successives, l'une pour mettre en oeuvre une procédure de conciliation, l'autre pour demander un arbitrage au fond. Une telle distinction des saisines apparaît incertaine en pratique, sauf à ce que le conseil de l'ordre concerné, ou le bâtonnier lui-même, lorsqu'il est saisi de la difficulté par l'avocat concerné, clarifie la procédure en procédant en deux temps bien distincts. L'ambiguïté de la réponse du CNB sur ce point peut laisser penser qu'il existe un certain flottement dans les pratiques mises en oeuvre au sein des différents barreaux.

Une telle impression se confirme à la lecture de l'article 14.6 du *Règlement intérieur national*, pour le moins ambigu sur la chronologie des étapes devant le bâtonnier³⁸, ainsi qu'à la lecture de certaines publications réalisées par des praticiens. L'un d'eux³⁹ souligne ainsi que dans certains barreaux, « *la demande de conciliation peut déclencher immédiatement un calendrier de procédure qui va jusqu'à la plaidoirie, fixée à 4 mois. Dans ce dernier cas, donc, la phase la conciliation consomme une partie des délais de l'arbitrage. Il n'y a pas, en outre, une transition claire entre les deux phases de la procédure.* » ; l'auteur observe qu'une telle insécurité juridique peut pousser les parties elles-mêmes à commettre des erreurs de procédure.

Il en résulte d'ailleurs un contentieux assez abondant, devant de nombreuses cours d'appel (Paris, Versailles, Montpellier, Nîmes, Colmar, Grenoble, Or[G]ns, Rennes, Riom, Lyon, Poitiers, Angers, Nancy, Reims⁴⁰), ce contentieux révélant notamment la tendance du défendeur à se

Pour le barreau de Paris, le *Code de déontologie de l'ordre des avocats de Paris* (éd. Dalloz, 2022) édicte à l'article P.71.2 que « *Tout litige né à l'occasion d'un contrat de collaboration libérale conclu entre avocats inscrits au barreau de Paris dont est saisi le bâtonnier est soumis pour une tentative de conciliation à la commission règlement des difficultés d'exercice en collaboration libérale (DEC)* », puis à l'article P.71.4 in fine il est indiqué qu'« *A défaut de conciliation, il appartient à la partie la plus diligente de saisir la juridiction du bâtonnier* ». Une distinction est donc faite entre la première saisine (dont l'objet n'est cependant pas précisé à l'art. P.71.2) et la seconde, en cas d'échec de la conciliation, qui a clairement pour objet la juridiction du bâtonnier (art. P.71.4).

³⁸ Art. 14.6 RIN (version consolidée au 4 juillet 2022) :

« Le bâtonnier du lieu d'inscription de l'avocat collaborateur libéral ou salarié connaît des litiges nés à l'occasion de l'exécution ou de la rupture du contrat de collaboration salariée ou non.

Le bâtonnier ou son délégataire entend les parties, éventuellement assistées de leur conseil, dans les plus brefs délais.

A défaut de conciliation, il est procédé conformément aux dispositions des articles 142 et suivants du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991. »

³⁹ T. Cigaina, « L'insécurité juridique au coeur des différends entre avocats - exemples pratiques », www.village-justice.com, 6 juin 2022.

⁴⁰ Selon la recherche de jurisprudence effectuée par le SDER de la Cour de cassation, tous les arrêts recensés ayant été rendus entre 2016 et 2022.

saisir parfois de l'absence de précision des modalités de la conciliation préalable pour discuter l'existence même d'une véritable tentative⁴¹, comme en l'espèce.

Si l'on s'en tient à la lettre du décret de 1991, qui exige une tentative de conciliation préalable à la saisine de bâtonnier pour arbitrage, il reste que **la diversité des pratiques ne favorise pas la sécurité juridique pour l'avocat demandeur**⁴², le CNB reconnaissant que dans les barreaux où il n'existe pas de commission dédiée à la conciliation, il est dans l'ordre des choses de saisir son bâtonnier de la difficulté rencontrée et de suivre ensuite la procédure fixée par celui-ci. Le CNB semble ainsi osciller entre l'exigence de deux actes successifs de saisine et une procédure qui s'apparenterait plutôt à celle que connaissent le conseil des prud'hommes ou le tribunal paritaire des baux ruraux, dans lesquels la tentative de conciliation « *constitue la première partie de l'instance* »⁴³, la juridiction procédant elle-même à la conciliation ou déléguant cette mission à un conciliateur de justice⁴⁴.

Néanmoins, l'avocat demandeur ne saurait ignorer l'obligation de conciliation préalable, qui figure dans les textes applicables à la profession d'avocat (loi, décret), ainsi que dans le *Règlement intérieur national*, outre, pour Paris, le *Code de déontologie* de l'ordre des avocats de Paris⁴⁵.

. Eclairage de la procédure civile de droit commun -

L'espèce fournit l'occasion de réfléchir à une nécessaire clarification des règles et pratiques, qui serait respectueuse à la fois de l'intention du législateur d'imposer une tentative préalable de

⁴¹ Voir notamment : CA. Rennes 28 septembre 2021, n° 20/04382 (contestation du défendeur en dépit de plusieurs audiences successives, de conciliation puis d'arbitrage) ; CA. Versailles 11 octobre 2022, n° 21/01393 (exigence par une partie d'une tentative de conciliation préalable pour chaque demande, même accessoire, en dépit de l'indivisibilité du litige) ; CA. Grenoble 7 novembre 2020, n° 18/03965 (réunion de conciliation dans le bureau du bâtonnier, la cour d'appel relevant l'artifice de la contestation du défendeur sur ce point) ; CA. Orléans 21 septembre 2022, n° 22/00202 (contestation par le défendeur de la preuve de la tentative de conciliation préalable, rapportée par un courrier adressé au bâtonnier évoquant l'échec de la conciliation) ; CA. Paris 18 octobre 2017, n° 18/10/2017 (comparution successive de chaque partie devant le délégué du bâtonnier - insuffisant pour caractériser la tentative de conciliation selon l'arrêt) ; CA. Nancy 3 mars 2021, n° 20/00979 (acte de saisine du bâtonnier faisant état de la tentative de conciliation, d'échanges de mails et de conversations téléphoniques) ; CA. Poitiers 2 juillet 2019, n° 18/03567 (selon l'arrêt, l'article 179-1 du décret n'impose pas « de mettre en oeuvre une procédure préalable distincte de conciliation devant ce même bâtonnier ») ; CA. Montpellier 11 décembre 2019, n° 19/01166 (la cour « s'interroge sur l'absence de conciliation dont se plaint M. O., puisque, antérieurement à la saisine du bâtonnier, il a bien été saisi d'une demande amiable par son confrère, et qu'il a proposé en réponse un règlement de l'affaire lui convenant, ce qui n'a pas eu de suite »).

⁴² Soulignant le « *manque de sécurité juridique* », en raison de textes lacunaires et d'une jurisprudence parfois contradictoire ou ignorée de la pratique : T. Cigaina, art. cit., www.village-justice.com, 6 juin 2022.

⁴³ Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 10^e éd. Dalloz Action 2021-2022, n° 436.151.

⁴⁴ Les conclusions d'appel de Mme Guémené, en l'espèce, semblent s'inspirer de ce type de procédure lorsqu'elles défendent (p. 4) : « *Le bâtonnier doit procéder à une tentative de conciliation et, à défaut de conciliation, arbitrer le litige. Aucun texte ne prévoit ni n'instaure une procédure spécifique de « citation en conciliation » préalable. La tentative de conciliation fait partie de la procédure d'arbitrage* ».

⁴⁵ *Code de déontologie*, Ordre des avocats de Paris, éd. Dalloz, 2022, annoté par T. Revet, art. P.71.2.

conciliation et de la liberté qu'il a souhaité laisser aux barreaux pour la mise en oeuvre des textes applicables à un ordre professionnel.

Faut-il alors former deux requêtes/demandes successives, l'une en vue de la conciliation et l'autre aux fins d'arbitrage ? Ou bien une seule requête/demande peut-elle saisir le bâtonnier des deux demandes ? Le bâtonnier peut-il être à la fois conciliateur et arbitre pour le même litige ? Peut-il être à l'initiative de la conciliation ? ... A la lecture des textes, tout paraît possible, et en l'absence de règle spéciale précisant les modalités de la conciliation, il peut être éclairant de se référer alors aux principes et règles du droit commun de la procédure civile en ce domaine⁴⁶.

A cet égard, on peut relever tout d'abord que le cumul de la mission de conciliateur et de celle de juge d'un litige ne constitue pas un obstacle de principe dans d'autres domaines où la conciliation préalable est une obligation⁴⁷.

Par ailleurs, devant toutes les juridictions civiles, « *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* » (art. 21 CPC), et il peut à tout moment tenter une conciliation au lieu et au moment qui lui paraissent les plus favorables (voir art. 128 à 129-1 CPC ; également, Civ.1. 8 mars 2005, n° 02-17578). Les parties peuvent aussi se concilier elles-mêmes et demander au juge de constater leur accord.⁴⁸ L'initiative de la conciliation est ainsi soit le juge, soit les parties ou l'une d'elles.

De ce point de vue, l'observation du CNB selon laquelle « *S'il l'estime opportun, le bâtonnier ou son délégataire convoque les deux avocats concernés pour tenter une conciliation* », puis le cas échéant juge le litige, s'inscrit dans la ligne des principes de la procédure civile ordinaire.

Cependant, la procédure orale ordinaire devant le tribunal judiciaire éclaire la distinction entre deux situations : la tentative de conciliation dite préalable à l'action, qui se situe avant l'introduction de l'instance contentieuse, et la conciliation judiciaire ou juridictionnelle qui intervient au cours de la procédure judiciaire⁴⁹. Ainsi, rien n'empêche le juge (et il en va de même pour le bâtonnier-arbitre dans le domaine qui nous occupe) de tenter une conciliation à tout moment de l'instance, mais si le législateur instaure une obligation de conciliation préalable, celle-ci est alors préalable à l'instance, à la demande au fond. Il existe de nombreux cas de conciliation avant l'introduction de l'instance en droit privé ; la CJUE a admis que les principes d'équivalence et d'effectivité ainsi que les principes de protection juridictionnelle effective ne s'opposent pas à ce qu'une législation nationale pose comme condition de recevabilité d'un recours juridictionnel la tentative de conciliation extrajudiciaire⁵⁰.

⁴⁶ Il peut être observé que les auteurs de l'ouvrage de référence *Règles de la profession d'avocat*, éd. Dalloz-Action, 2022-2023, soulignent que « *Le bâtonnier, arbitre légal, ne peut être saisi d'une mission d'amicable composition qui le dispenserait de l'application des règles du code de procédure civile ou du code du travail qui présentent un caractère d'ordre public pour ces dernières* » (n° 821.32).

⁴⁷ C'est le cas en particulier en droit du travail, le conseil des prud'hommes réglant par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail, puis jugeant l'affaire lorsque la conciliation n'a pas abouti (v. art. L. 1411-1 c. trav.).

La question du respect des droits de la défense et de l'impartialité du juge auparavant conciliateur, a pu être soulevée (v. notamment, Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, précité, n° 436.233).

⁴⁸ Sur ces principes, voir Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 10^e éd. Dalloz Action 2021-2022, n° 436.191.

⁴⁹ Sur cette distinction, voir Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, précité, n° 436.31.

⁵⁰ CJUE, 18 mars 2010, aff. C. 317/08.

Ainsi que l'expose la doctrine⁵¹, devant le tribunal judiciaire, l'instance peut être introduite par deux types d'actes, l'assignation et la requête. La requête unilatérale peut être utilisée notamment « *lorsqu'elle est formée aux fins de tentative préalable de conciliation* » (art. 818 al. 2 CPC). Il en résulte deux types de procédure orale ordinaire : la tentative préalable de conciliation et la procédure aux fins de jugement.

La première procédure ne saisit donc pas le tribunal et est facultative. La conciliation peut être menée par le juge ou par un conciliateur de justice auquel le juge délègue ses pouvoirs. Lorsque le juge y procède lui-même, il convoque les parties à une audience de conciliation, et ce n'est qu'en cas d'échec total ou partiel de la conciliation, que « *le demandeur peut saisir la juridiction aux fins de jugement de tout ou partie de ses prétentions initiales* » (art. 826), soit par assignation soit par requête (v. art. 818). Dans cette hypothèse, deux actes bien distincts se succèdent, pour demander une conciliation puis demander un jugement.

La seconde procédure, aux fins de jugement, n'exclut pas une tentative de conciliation, l'article 827 alinéa 1^{er} CPC prévoyant que « *Le juge s'efforce de concilier les parties* ». Il peut aussi inviter les parties, à tout moment de la procédure, à recourir à un conciliateur de justice (al. 2). Dans ce cas, l'avis rédigé par le juge « *indique la date de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée afin que le juge constate la conciliation ou tranche le litige* ». Soit le juge dispose des éléments suffisants pour juger l'affaire, soit il prononce un renvoi à une audience ultérieure.

La doctrine constate que « *Tout est fait pour accélérer le jugement de l'affaire en cas d'échec de la tentative de conciliation* »⁵². L'idée de passerelle, préconisée par la commission Guinchard, entre la tentative préalable de conciliation et la procédure aux fins de jugement a été présentée dans une circulaire du 27 juillet 2006 relative aux conciliateurs de justice¹, puis consacrée dans le décret du 1^{er} octobre 2010 qui a réformé les articles 829 à 836 CPC.²

En l'espèce, on pourrait hésiter à suivre le pourvoi, qui relève dans la seconde branche du premier moyen qu'« *aucun texte n'impose que cette tentative émane nécessairement d'une partie* »³, d'autant plus au regard des pratiques décrites par le CNB, qui souligne que celles-ci « *ne sont pas unifiées* » et que « *le plus souvent* », c'est bien le bâtonnier, saisi d'une difficulté par un avocat, qui « *convoque les deux avocats concernés pour tenter une conciliation* », « *s'il l'estime opportun* ».

Dans ce dossier, nous n'avons pas connaissance des termes de la demande initiale de Mme [Y] (celle-ci n'a pas été produite par les parties) ; il semble qu'elle n'ait pas eu pour finalité de demander expressément une conciliation, alors que les textes applicables exigent l'existence d'une telle tentative préalablement à la saisine du bâtonnier pour arbitrage.

Certes, le bâtonnier a pris soin, en début d'audience, de tenter une conciliation et de rendre compte dans sa décision de l'échec de celle-ci. Mais l'arrêt attaqué considère que la procédure

⁵¹ Chainais, Ferrand, Mayer, Guinchard, *Procédure civile*, 35^e éd. Précis Dalloz, 2020, n° 1715 et suiv. Egalement, K. Sahli, « Le malheureux article 4 de la loi du 18 novembre 2016 », *Rev. Procédures* 2021/2, Etude 3.

⁵² Chainais, Ferrand, Mayer, Guinchard, *Procédure civile*, précité, n° 1717.

¹ Voir BOMJ. n° 103, Circ. JUSB0610524C : dès la saisine de la juridiction, il est renvoyé à un conciliateur de justice et une date d'audience est d'ores et déjà fixée, soit aux fins d'homologation de l'accord, soit aux fins de jugement.

² Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, précité, n° 436.141 et 436.145.

³ Sur l'initiative, voir CA. Rennes 12 décembre 2017, n° 17/02151, qui relève que la demande de conciliation émanant d'une partie ne fait aucunement obstacle à ce que la saisine pour arbitrage puisse émaner ensuite de l'autre partie. En ce sens également, F. Forgues, www.village-justice.com, 10 septembre 2020.

est irrégulière au motif que « *Me [Y] n'a présenté aucune demande de conciliation* », son courrier du 6 novembre 2020 ne caractérisant aucune tentative de conciliation préalable, mais plutôt une mise en demeure adressée à la SELAS (ce qui apparaît être le cas de toute évidence).

Il me semble que la cour d'appel focalise en réalité moins son attention sur l'initiative de la conciliation que sur l'absence de tentative préalable à la saisine du bâtonnier pour arbitrage, contrairement à ce que fait valoir le moyen dans sa seconde branche. Et sur ce point, l'arrêt attaqué ne me semble pas critiquable, le droit positif exigeant comme on l'a vu qu'une tentative de conciliation ait eu lieu, d'une manière ou d'une autre, avant la saisine du bâtonnier pour arbitrage. **La seconde branche du premier moyen pourrait donc être rejetée.**

L'espèce est en tout état de cause révélatrice des ambiguïtés du CNB lui-même sur cette question délicate. Comme le soulignait Hébraud ⁴, « *la conciliation est plus utile mais plus malaisée avant l'exercice de l'action qu'au cours de l'instance* ». Mais pour les différends entre avocats, il apparaît impossible d'admettre qu'une telle conciliation puisse être tentée pour la première fois, postérieurement à la saisine du bâtonnier, lors de l'audience d'arbitrage, pour les raisons qui ont été développées plus haut. En l'espèce, et afin de se conformer aux textes applicables tels qu'ils peuvent être raisonnablement interprétés, le bâtonnier du barreau de *[Localité 1]* ne pouvait pas valablement proposer une première conciliation aux parties au début de l'audience d'arbitrage, postérieurement à sa saisine au fond. **La première branche du premier moyen peut donc être également rejetée.**

. Nécessaire clarification des règles et pratiques -

Il reste à se demander, au-delà de cette proposition de rejet du premier moyen du pourvoi, comment, en pratique, les barreaux pourraient gérer la procédure d'arbitrage du bâtonnier de façon à se conformer aux textes applicables, tout en conservant une marge de liberté.

A l'aune de ce qui précède, il me semble possible d'établir les règles simples suivantes, qui permettraient de clarifier les pratiques dans l'hypothèse d'un litige portant sur un contrat de collaboration :

- la tentative de conciliation doit avoir lieu préalablement à la saisine du bâtonnier dans sa fonction juridictionnelle, à peine d'irrecevabilité de la demande d'arbitrage.

- à défaut de clause contractuelle suffisamment précise entre les parties, aucun texte légal ou réglementaire n'imposant les modalités précises de cette conciliation⁵, la tentative de conciliation peut avoir lieu entre les parties selon les modalités sur lesquelles elles réussissent à s'accorder, ou bien selon les modalités prévues par le conseil de l'ordre concerné, avant toute saisine du bâtonnier sur le fond du litige.

Le second cas suppose en principe une rencontre spéciale des parties⁶, soit devant une commission chargée de la conciliation, soit devant un conciliateur délégué par le bâtonnier, soit devant le bâtonnier lui-même s'il entend cumuler les fonctions de conciliateur puis d'arbitre.

- en cas d'échec de la conciliation, l'une ou l'autre partie peut alors saisir le bâtonnier de l'arbitrage du litige, donc en première instance, soit par requête soit par LRAR ainsi que cela est expressément prévu par l'article 142 du décret de 1991, en précisant, « à peine

⁴ Cité par Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, précité, n° 436.20.

⁵ V. cependant l'article 14.2 RIN, pour le contrat de collaboration libérale.

⁶ Il peut arriver, à titre exceptionnel, que les parties ne comparaissent pas en personne mais soient représentées par leur conseil (cf. *Code de déontologie*, Ordre des avocats de Paris, précité, art. P.71.4.).

d'irrecevabilité, l'objet du litige, l'identité des parties et les prétentions du saisissant » (art. 142 al. 2).

Une telle saisine distincte se justifie d'autant plus que la tentative de conciliation peut avoir partiellement échoué, ce qui impose à la partie saisissante de préciser, dans son acte formel de saisine, les prétentions restant à juger. Le bâtonnier-arbitre ne saurait en effet considérer que la demande initiale formée par l'avocat en difficulté pourrait valoir saisine de sa juridiction, sauf à ignorer l'exigence d'une conciliation préalable qui a justement pour objet d'ouvrir une libre discussion entre les parties pouvant aboutir à la résolution d'au moins une partie de la difficulté, ou pouvant au contraire faire émerger d'autres difficultés corrélatives. L'acte de saisine au fond est indispensable pour préciser l'étendue exacte de la saisine juridictionnelle.

- lors de l'audience d'arbitrage, le bâtonnier pourrait toujours, me semble-t-il au regard des principes généraux de la procédure civile⁷, tenter une nouvelle conciliation, mais celle-ci ne saurait se substituer à l'exigence d'une tentative de conciliation préalable à sa saisine formelle.

En tout état de cause, il apparaît très souhaitable que chaque barreau clarifie le déroulé de la procédure applicable aux différends entre avocats dans leur exercice professionnel et en informe ses membres, afin notamment de lever toute ambiguïté sur l'existence d'une procédure qui devrait se dérouler nécessairement en deux étapes : tentative de conciliation, puis arbitrage au fond sur le fondement d'une saisine distincte du bâtonnier, à peine d'irrecevabilité, si la première chambre civile décide de consacrer les règles suggérées.

En conclusion,

On l'aura compris à la lecture des précédents développements, ce dossier peut susciter de légitimes hésitations, principalement en raison de l'absence de précisions du législateur (au sens large) sur les modalités de la conciliation préalable, cumulée à l'absence de procédure unifiée de conciliation au sein des différents barreaux, même sur ses aspects essentiels.

Une telle incertitude est source d'un contentieux récurrent ; il pourrait être judicieux de sécuriser les règles et d'harmoniser a minima les pratiques pour ce qui concerne la chronologie des étapes à suivre en cas de litige entre avocats et le rôle exact du bâtonnier dans cette procédure qui peut lui faire endosser successivement les missions de conciliateur et d'arbitre.

En l'état du droit positif, le décret du 27 novembre 1991 me paraît être le texte de référence pour résoudre la question soulevée par le pourvoi, dans la mesure où il vient préciser la loi de 1971, posant clairement le principe d'une conciliation préalable à la saisine du bâtonnier pour arbitrage. L'article 142 du décret, en particulier, semble pouvoir être raisonnablement interprété dans le sens d'une nécessaire tentative de conciliation entre les parties en amont de la saisine formelle du bâtonnier, soit par requête soit par LRAR, à peine d'irrecevabilité.

Une telle interprétation correspond à l'objectif général des modes alternatifs de règlement des différends qui est de soulager le juge (ici « l'arbitre ») d'une partie du contentieux qui sinon lui serait soumis. Le CNB souligne à cet égard qu'au Barreau de Lyon, pour les litiges entre un collaborateur et un cabinet, le taux de réussite des conciliations était de 75% en 2017, 50% en 2018, ce qui n'est pas négligeable. La conciliation préalable à l'instance ne se déroule pas dans le même esprit que l'audience juridictionnelle, elle est susceptible de favoriser un accord des parties (par une prise de recul et une analyse des causes du différend, par sa confidentialité et la liberté de parole des parties) et doit, pour cette raison, être tentée lorsque le législateur

⁷ V. *supra*, p. 18.

l'exige. Une telle conciliation préalable obligatoire pour les litiges entre avocats s'inscrit totalement dans le mouvement législatif actuel en faveur du développement des modes alternatifs de règlement des différends en droit français.

Dans le cadre des litiges entre avocats concernant leur exercice professionnel, une tentative de conciliation peut être réalisée à l'initiative des parties ou de l'une d'elles, avant toute prise de contact avec le bâtonnier ou le conseil de l'ordre. Tel n'a pas été le cas en l'espèce, aucune des parties, et notamment Mme [Y], demanderesse, n'ayant envisagé une telle possibilité de conciliation amiable. L'unique tentative de conciliation effectuée dans ce litige l'a été, à l'initiative du bâtonnier, lors de l'unique audience consacrée à ce différend. Or à ce stade, le bâtonnier était saisi, non pas d'une tentative de conciliation, mais bien d'un arbitrage du litige. Aucun élément du dossier ne révèle l'existence d'une demande, à l'égard du bâtonnier, d'une conciliation préalable à sa saisine au fond⁸. L'arrêt attaqué énonce justement dans ses motifs que « *la procédure de conciliation est un préalable obligatoire à l'engagement de toute action contentieuse auprès du bâtonnier* », pour en déduire, « *au vu de l'exposé du litige et du déroulement de la procédure tels qu'ils sont faits dans la décision critiquée* » que la saisine du bâtonnier était irrégulière. La circonstance que « *Mme [Y] n'a présenté aucune demande de conciliation* », soulignée dans la seconde branche du pourvoi, n'est relevée par l'arrêt qu'en tant qu'élément factuel permettant de caractériser l'absence de toute tentative de conciliation préalable en l'espèce.

Avis de rejet

⁸ Alors même que le contrat de collaboration libérale, en l'espèce, comportait une clause conforme à l'article 14.2 RIN, imposant le recours au bâtonnier comme conciliateur.