ORDRE DES AVOCATS
BARREAU DE BORDEAUX

REVUE DES

LIBERTES

FONDAMENTALES

ISSN 2E23-2739

JANVIER 2023



RETOUR SUR 2022

Editorial

Petit mot d'accueil pour les jeunes Avocats venant de prêter serment et pour les Elèves-Avocats venant de rejoindre les onze Ecoles d'Avocat françaises.

Mes Chères Consœurs, Mes Chers Confrères,

Ne vous cherchez pas, vous êtes déjà compris dans cette belle formule qui donne toute sa place à la tradition familiale, communautaire de notre profession : vous entrez aujourd'hui dans une corporation, dans un corps au sens noble du terme.
Car oui, nous sommes tous des Confrères aujourd'hui : des Confrères car ce matin, nous sommes réunis pour célébrer votre réussite. Et nous voulons vous en féliciter.
Vous en féliciter car votre réussite est la preuve de vos efforts, de vos progrès, de votre accomplissement. Vous en féliciter car votre réussite nous rend fier.
Cette réussite qui est la vôtre, est aussi celle de vos parents, de vos professeurs, de l'Université. Oui, aujourd'hui, nous sommes fiers de vous.
Il vous reste encore beaucoup à apprendre. Beaucoup que vous découvrirez en stage ou durant votre carrière mais également beaucoup que cette formation, toute formelle et incomplète qu'on puisse la trouver, vous apportera. Elle recèle des richesses auxquelles vous gagnerez à vous intéresser. Profitez-en !
Il vous faudra apprendre à devenir un avocat difficile : à ne pas accepter toutes les causes ; à écarter celles qui auront à vos yeux quelque chose de suspect ou de choquant ; que la fin ne justifie les moyens et que tous les procédés ne sont pas bons pour arriver au but.Il vous faudra apprendre quelles sont vos qualités. Ne cherchez pas à tout prix à entrer dans un profil donné, cultiver votre originalité. Cultivez aussi votre courage, votre rigueur et votre honnêteté.
Il vous faudra apprendre aussi l'humilité pour reconnaître vos erreurs et toujours chercher à vous améliorer et l'humanité, pour toujours garder en vous l'amour des autres afin de conserver votre foi en la profession.
C'est ce qui vous assurera un crédit inestimable auprès des Tribunaux et l'estime des Juges et de vos Confrères.
Vous entrez effectivement dans une profession bien étrange et exigeante.
Elle exigera de vous une intelligence vive, souple, rapide, habile à saisir la portée d'un argument, le défaut d'une thèse, le parti à tirer d'une erreur ou d'une maladresse. Mais sachez surtout que l'agilité de l'esprit n'est rien si elle n'est pas nourrie par la chaleur du cœur. C'est du cœur que procède la véritable éloquence.
Alors soyez ardent et généreux. Ayez au plus haut degré le sens de l'humain. Gardez votre âme ouverte à l'indulgence, à la compassion, à la pitié.
Sachez, surtout, avancer sans complaisance, sans tricherie, ni avec vous-même, ni avec vos proches. Sachez faire face et qu'il n'y ait pas une injustice qui ne vous révolte. Sachez enfin qu'il ne doit pas y avoir chez vous, de petite ou de grande défense : il n'y a qu'une défense qui doit être toujours absolue.
Etre ouvert sur le monde, c'est aussi participer à le changer. Alors engagez-vous !

A l'UJA, au SAF, à l'ACE, à la CGT même si vous préférez !
Engagez-vous dans la vie du Barreau. Participez à la Conférence, à l'Incubateur, à l'Association sportive, au fonctionnement des Instituts, au Comité de Défense des Droits fondamentaux !
Engagez-vous ! Faîtes vivre le Barreau où vous choisirez d'exercer.
Je ne vous dirai pas grand-chose de plus encore. Vivez votre vie et votre carrière : soyez en l'acteur ! Tentez des choses et le Diable quand vous le pourrez !
Ayez vos réussites, vos exploits, vos victoires ! Ayez aussi vos erreurs, vos pertes, vos échecs. C'est ainsi que vous vous forgerez. C'est ainsi que vous deviendrez vous-même !
Et si vous chutez, ayez le courage, la ténacité de vous relever et de repartir de l'avant pour remonter plus haut !
Et si, un jour, vous ne savez pas, vous ne savez plus comment sortir la tête de l'eau : alors jetez un coup d'œil en arrière, par-dessus votre épaule. Et votre Ordre sera là. Nous serons là. Pour vous écouter, pour vous guider, pour vous aider. Pour vous. Parce que c'est cela, la Confraternité. Parce que c'est le lien qui nous unit. Parce que cet Ordre est désormais le vôtre.
Ce sera votre Bâtonnier, le Pôle Confraternel, les membres du Conseil de l'Ordre.
Ce seront les membres de l'UJA, du SAF, de l'ACE.
Ce sera peut-être le Représentant du Jeune Barreau ou la Commission du Jeune Barreau.
Cette Commission, ce Représentant, ce sont ceux des Avocats de moins de cinq années d'exercice. Ce sont également les vôtres. Comme le Bâtonnier est le vôtre !
Lorsque nous vérifions les locaux d'exercice, nous le faisons aussi pour vous permettre d'effectuer votre stage dans de bonne condition. Lorsque nous rédigeons des rapports pour le Conseil de l'Ordre, nous le faisons également si nous sommes interpellés par des Avocats ou des élèves-Avocats. Et lorsque vous aurez une question, une demande ou simplement besoin de discuter avec quelqu'un, sachez que notre porte sera toujours ouverte et rien ne sera divulgué.
N'hésitez pas à faire appel à nous ! N'ayez pas peur !
Car, oui, ce sera difficile, parfois, vous vous sentirez dépassés, à bout de force. Il faut une santé physique et morale extrêmement solide car on prend des coups de partout.
Oui, il faudra se battre, jour et nuit, suer sang et eau, remettre cent fois l'ouvrage sur le métier. Il faut savoir être un énorme travailleur et savoir être patient pour réussir.
Oui, vous affronterez des tempêtes et des coups de tabac, vous tanguerez parfois comme sur le point de sombrer.
Mais vous réussirez. Vous le mériterez. Car on ne nait pas Avocat, on le devient.

Et vous le deviendrez.

Par Maître Louis TANDONNET, Avocat
Ancien Représentant Jeune Barreau

Sommaire



06

La France face à la médiocrité démocratique.

Par Laëtitia Gaubert

10

L'opération "retrait" de l'article L.4112-4 du code de la santé publique, un K.O. en 9 rounds pour les professionnels de santé

Par Monsieur le Professeur Benjamin Clemenceau

14

La liberté sexuelle existe-t-elle ?

Par Monsieur le Procureur Général Erick Maurel

18

Indivisibilité du litige, l'évidente inévidence

Par Maître Romain Laffly

25

La secrétaire, le secret professionnel et les chambres de la Cour de cassation ...

Par Maître Dominique Piau

30

Debout pour les Assises !

Par Monsieur le Professeur Benjamin Fiorini

38

Revirement de jurisprudence sur l'indemnisation des victimes de l'amiante

Par Maître Anne Vincent-Ibarrondo

40

Trois fois trop peu

Par Maître Rémy Dandan

44

Le contrôle de la Collaboration libérale

Par Maître Louis Tandonnet



MASTER 2 DROIT PÉNAL ET SCIENCES CRIMINELLES

GUERRE EN UKRAINE :

QUELLE RESPONSABILITÉ PÉNALE POUR LES PERSONNES MORALES ?

LE 10 MARS

SOUS LA DIRECTION SCIENTIFIQUE DU PROFESSEUR FARAH SAFI

UNIVERSITÉ CLERMONT AUVERGNE

La France face à la médiocrité démocratique.

Retour et analyse politique de l'année 2022.



2022 aura emporté avec elle l'élection présidentielle et la réélection d'Emmanuel Macron. S'il est vrai qu'on pourrait souligner l'exploit que cela représente, en ce sens qu'il est le premier président réélu hors situation de cohabitation, le premier à briser la malédiction dit des « sortants » à l'image de Giscard, Sarkozy ou Hollande, il n'en reste pas moins que cette élection aura illustré la fatigue démocratique qui frappe nos sociétés occidentales.

Oui elle aura été le symbole de la démocratie contre elle-même. La désertion des isoloirs en est l'une des conséquences. Sa cause ? La crise de confiance. Les votes nuls et blancs augmentent à chaque scrutin davantage, l'abstention est devenue l'étendard de la colère citoyenne, une arme politique même. La dame noire que les éditorialistes politiques s'astreignent à appréhender, à commenter, à coup de sondages dont on abreuve les téléspectateurs ou les lecteurs de presse. La société française se morcelle. La campagne vote différemment des villes. Les territoires ultramarins différemment de la métropole. Le service public se meurt à l'image de l'Hôpital qui agonise. On parle désormais de déserts médicaux et de fracture numérique pour qualifier ces endroits de France ou la République bat en retraite.

Les recherches universitaires, qui apportent pourtant nombre de réponses et de solutions aux problèmes sociaux et sociétaux, sont rangées dans le tiroir des oubliettes au profit des éditorialistes, spécialistes du tout et du rien.

La recherche de la vérité n'est plus la priorité. Chacun essayant de trouver parmi les différents points de vue exposés celle qui lui sciera le mieux, de vérité. Celle qui répon-

-dra à l'état de détresse du moment. Qu'importe la mauvaise foi, qu'importe la fiabilité des sources et le raisonnement scientifique derrière. Moi j'appelle cela la démocratie de confort.
L'extrême-droite grignote les villages et a gagné 3 millions de voix supplémentaires en 5 ans. On l'a laissé se notabiliser collectivement. Et la jeunesse, qui vote davantage à gauche que le reste du corps électoral, a du mal à donner un sens à ce rendez-vous républicain.
Oui cette élection s'analyse à la lumière du clivage sociologique. Le capital social et le capital culturel chers à Bourdieu, sont des outils de compréhension du vote. Assurément. Le revenu, le diplôme et aussi le ressenti, intrinsèque à chacun, ont influencé le choix des Français. Il y a ceux qui se sentent à leur place et puis ceux qui se sentent laissés pour compte.
L'élection présidentielle est devenue le métronome de l'expression de la colère, colère que les partis politiques n'arrivent plus à canaliser et donc à retranscrire dans sa version pacifiée. Ils n'ont plus le monopole de la socialisation politique, les médias et les réseaux sociaux les ayant supplantés dans l'exercice.
La faiblesse structurelle de ces formations en France s'explique en partie par l'héritage que l'Histoire a laissé. La culture politique du pays a été marquée au fer rouge par les lois Le Chapelier de 1791 et Waldeck-Rousseau de 1884 qui viennent encadrer les organisations syndicales et leurs domaines de compétence afin d'éviter le risque de sédition. Les partis politiques ont du mal à recruter. Cela n'a pas toujours été le cas. Les individus trouvant plus de satisfaction à s'investir dans des activités plus valorisées et valorisantes comme les associations, la culture ou encore les loisirs.
On peut aussi mettre en exergue la place centrale de l'État dans l'organisation de la société française. Cette construction jacobine a cela de caractéristique qu'elle propose un modèle civique dans lequel le citoyen s'en remet à l'État pour tout et n'importe quoi mais se revendique le droit d'en discuter l'action et les décisions qu'il prendra.
La personnification de notre système républicain, qui renvoie en réalité à l'individualisation du champ politique a accéléré cet état d'entre-deux. Celui qui vaque entre l'acceptation et la contestation du politique.
Le passage du septennat au quinquennat, faisant alors coïncider les calendriers présidentiel et législatif a largement contribué à cette personnification du pouvoir. À l'heure où la communication politique est devenue centrale dans la stratégie électorale, Emmanuel Macron a promis qu'il rectifierait son image de « Président Jupitérien » et « qu'il changerait de méthode ». Sa majorité relative l'y oblige. Il faut dire que la situation est inédite. Jamais un Président de la République n'avait eu à gouverner sachant qu'il ne pourrait se représenter. La Constitution l'interdit. Jamais un Président de la République n'avait eu à appréhender le temps de cette façon. Aurons-nous le droit à plus de « Avec vous », son slogan de campagne ? Aurons-nous le droit à moins de verticalité ? À plus de référendums et de conventions citoyennes ? Cela semble mal partis.

parti.
Ce deuxième mandat s'annonce difficile, les nombreux 49-3 dégainés par la Première ministre depuis le début du second quinquennat le reflètent. 2023 sera l'année de la réforme des retraites, le gouvernement l'a promis. C'est d'ailleurs l'une des seules propositions à peu près claires présentées aux Français lors d'une campagne électorale largement raccourcie voire confisquée par le contexte de guerre en Ukraine.
Le reste est relativement flou. Les Français semblent ne plus rien attendre. Le chef de l'État étant relégué à un rôle de gestionnaire de crises plutôt qu'à celui d'un pourvoyeur de destin capable de dire aux Français que demain sera meilleur qu'aujourd'hui. Comment dans ce contexte morose et peu enclin à l'État central, le politique peut-il faire pour mener à bien des politiques publiques efficientes, qui puisse être évaluées sereinement, là où les mécanismes d´évaluation justement, restent un outil indispensable au contrôle du pouvoir ?
Face à l'urgence climatique, face à la révolte de la jeunesse iranienne, face à la montée inéluctable de l'extrême-droite en Europe et la guerre en Ukraine, faut-il se résigner à une lecture pessimiste de la crise démocratique ? Sommes-nous si médiocres ?
Pierre de Rosanvallon semble plus optimiste dans son ouvrage « La Contre-démocratie ». Il nous rappelle précieusement qu'elle n'a jamais été quelque chose d'achevé mais une réalité en éternelle mutation. Il se refuse donc à embrasser les thèses relatives à la désaffection citoyenne. La grève, les pétitions, le militantisme de terrain, les actions individuelles illustrent d'ailleurs à merveille le fait que la démocratie ne se limite pas à son expression électorale. La défiance peut être par essence démocratique puisque les citoyens manifestent et nourrissent des exigences vis-à-vis du politique et des institutions. C'est parce qu'elle se cogne que la démocratie vit. Il faut donc recréer du lien avec le citoyen, notamment en encourageant les référendums locaux et en rebâtissant une véritable politique de la ville, grande oubliée des programmes présidentiels et pourtant essentielle à la réduction les inégalités sociales et l'insécurité. Insécurité face à l'emploi, la maladie ou encore le décrochage scolaire.
Il me faudrait bien plus que ces quelques lignes pour faire l'exégèse des mutations de notre démocratie à la française. Aucun intellectuel aujourd'hui ne peut se faire l'apôtre de son analyse.
René Char, poète dont le verbe m'est cher, disait dans son recueil « Recherche de la base et du sommet » que l'essentiel est sans cesse menacé par l'insignifiant. J'ai pour espoir que les politiques aient lu ce vers au moins une fois dans leur vie. On me répondra certainement qu'ils ne peuvent pas tout.



Par Laëtitia GAUBERT, ancienne collaboratrice parlementaire
Diplômée du Master Science politique parcours politique et sécurité de l'Université Toulouse Capitole

Cyber sécurité des cabinets d'avocats

Mardi 31 janvier 2023

9h00 - 17h00

Amphitéâtre / Web
EDA Alienor

120€ les 6 heures de formation
90€ jeune bareau



Inscription email ou QRcode :
pdavret@eda-alienor.com

EDA ALIÉNOR École des avocats
ORDRE DES AVOCATS BARREAU DE BORDEAUX

L'opération « retrait » de l'article L.4112-4 du code de la santé publique, un K.O. en 9 rounds pour les professionnels de santé

À propos et à partir de l'ordonnance du Conseil d'État du 2 novembre 2022



L'appel est forclos, vive le retrait ! Plus de treize ans après l'entrée en vigueur de la loi Hôpital Patient Santé Territoire, dite loi HPST (1), une ordonnance n° 468312 du 2 novembre 2022 est enfin venue préciser la portée (que l'on savait dévastatrice) du retrait prévu à l'article L.4112-4 du code de la santé publique. Entre déjuridictionnalisation de l'échelon régional et retrait de la décision départementale d'inscription sur le fil – soit pile quatre mois après son édiction –, le juge des référés avait de quoi sérieusement douter, douter, mais que nenni. L'article L.4112-4 posait bel et bien un « privilège » nouveau que la Justice accélérée valide complètement, même tardivement. (2)

En l'espèce, il était question d'une banale décision d'inscription que le Conseil national de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes avait entendu contester devant le conseil régional, conformément à l'alinéa 3 de l'article L.4112-4 du code de la santé publique. Jusque-là rien de très nouveau, à ceci près que l'appel ainsi formé fut rejeté pour tardiveté par le conseil régional (3). C'est précisément la raison pour laquelle le conseil national a alors souhaité activer l'alinéa 4 de l'article L.4112-4 du code de la santé publique relatif au retrait, alors même que la décision rendue par le conseil régional ne mentionnait l'existence d'aucune voie de recours. S'était alors posée au Conseil d'État la question de savoir si le conseil national pouvait, de son propre recours et sans jurisprudence topique, se relever de la forclusion.

En jurisprudence et d'assez longue date, l'on sait que l'activation de l'alinéa 4 suppose l'absence de tout recours formé par le conseil national devant le conseil régional (4). Or ici, l'appel existe, mais il est tardif. Donc est-ce qu'un appel tardif équivaut à un défaut

d'appel – seul à même d'autoriser l'activation, on l'a vu, de l'alinéa 4 –, ou celui-ci ne constituerait-il pas une faute de la part du conseil national de nature à l'empêcher d'y recourir, d'autant que la décision départementale d'inscription faisant grief fut portée à sa connaissance sans délai, conformément à la règle posée à l'alinéa 5 de l'article L.4112-3 du code de la santé publique ?



Plusieurs thèses peuvent à ce stade être défendues : ou bien la forclusion est de nature à rendre l'appel « irrégulier » (pour reprendre la formule de l'alinéa 4 de l'article L.4112-4 du code de la santé publique), ce qui permet au conseil national de passer outre la fin de non-recevoir qui lui est opposée par le conseil régional et d'ainsi s'auto-saisir de la décision départementale d'inscription pour in fine la retirer – à la condition toutefois que l'assemblée restreinte ou plénière réunie à cet effet y consente par un vote à la majorité simple des suffrages exprimés. Sachant qu'ici, l'appel tardif est assimilé à un défaut d'appel. Ou bien, seconde théorie, l'appel ainsi formé par le conseil national ne peut qu'être régulier étant donné que la procédure départementale d'inscription a scrupuleusement respecté les textes applicables, en termes notamment de notification. Dans pareille occurrence, l'irrégularité de l'appel ne saurait découler de la faute (la tardiveté) commise par le conseil national.

Quelle que soit la solution retenue – sachant qu'en l'espèce, le juge de l'urgence optera pour la première –, aucune ne nous semble satisfaisante. Puisqu'en effet, conditionner l'activation de l'alinéa 4 à l'absence d'appel ne peut qu'inciter, dans les faits, les conseils nationaux à s'en passer. Y compris lorsqu'ils se sont fait éconduire par l'échelon régional pour tardiveté. Cette solution aboutit ni plus ni moins à une forme de déjurictionnalisation des conseils régionaux à l'aune du contentieux de l'inscription. Ce qu'il faut à tout prix éviter ! Pour le dire plus clairement, cette solution permet aux

conseils nationaux d'attendre patiemment que le délai de 30 jours expire, pour ensuite s'auto-saisir dans le cadre d'une procédure de retrait planifiée savamment à l'avance. Cette auto-saisine dépendra néanmoins de la volonté politique du couple exécutif (Président et Secrétaire général) placé à la tête de n'importe quel ordre professionnel.
La seconde option paraît quant à elle contrevenir à la stabilisation des situations juridiques, puisqu'elle fait découler la régularité de l'appel formé par le conseil national de la régularité de la notification de la décision départementale d'inscription (qui doit théoriquement intervenir sans délai). Autant dire qu'ici, l'appel ne devient irrégulier, et ce indépendamment de la forclusion, qu'à la condition que la notification soit intervenue tardivement. Avec cette voie, un conseil national peut donc retirer bien au-delà du délai de 4 mois une décision dans l'hypothèse où sa notification lui serait parvenue avec 6 mois de retard, par exemple. Ici, le conseil n'a qu'à faire le mort durant le 7e mois qui suit l'inscription, puis se servir des 8e, 9e ou 10e mois pour retirer. Cette question des délais de notification était pourtant pertinente, d'autant que tout semble tourner autour à la lecture de l'article 4112-4 du code de la santé publique – que ce soit dans sa partie législative (5) ou réglementaire. (6)
En l'état, il semble alors indispensable de revenir à l'état du droit antérieur à l'adoption de la loi HPST, ou plus exactement encore à l'ordonnance n° 304974 du 16 avril 2008 (7) en vertu de laquelle l'appel tardif (celui décrié) n'ouvre droit à aucun recours, pas même au retrait, pour le conseil national. Il en irait à la fois de la sauvegarde du droit à l'emploi des professionnels de santé concernés (8), qui peuvent dorénavant se faire désinscrire du Tableau sur le gong, jusqu'à 4 mois après s'être inscrits, mais aussi du maintien des conseils régionaux dans le paysage ordinal du contentieux de l'inscription de façon certaine. Cette solution trouverait d'autant plus à s'appliquer que les ordres sont des organismes de droit privé, et que la défense de l'ordre public qu'ils assurent s'opère le plus souvent sur fond de moralité, notion pour ainsi dire étrangère à la fonction publique (9). L'autre solution envisageable serait de conditionner l'activation de l'alinéa 4 au rejet, sur le terrain de la forme, des appels formés devant les conseils régionaux (ce qui leur permettrait ici encore d'exister et de ne pas être sollicités, selon leur gré, par les conseils nationaux). Il s'agirait, pour finir et surtout, de ne pas les reléguer au rang de simple conseil administratif en charge des relations avec les agences régionales de santé.

Par Benjamin CLEMENCEAU, Docteur en Droit Public
Maître de conférences en Alimentation et droit de l'alimentation à AgroParisTech

Notes :

1) La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires est disponible dans son intégralité sur le site legifrance.gouv.fr.
2) Doté de quatre alinéas, l'article L.4112-4 du code de la santé publique est ainsi rédigé : « 1) Les décisions du conseil départemental rendues sur les demandes d'inscription au tableau peuvent être frappées d'appel devant le conseil régional, par le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme demandeur, s'il s'agit d'un refus d'inscription, par le conseil national s'il s'agit d'une décision d'inscription. A l'expiration du délai imparti pour statuer au conseil départemental, le silence gardé par celui-ci constitue une décision implicite de rejet susceptible de recours ; 2) Les décisions du conseil régional en matière d'inscription au tableau sont notifiées sans délai par le conseil régional au médecin, chirurgien-dentiste ou sage-femme qui en est l'objet, au conseil départemental et au conseil national de l'ordre ; 3) Le délai d'appel, tant devant le conseil régional que devant le conseil national, est de trente jours à compter, soit de la notification de la décision expresse frappée d'appel, soit du jour où est acquise la décision implicite de rejet du conseil départemental ; 4) Faute pour les personnes intéressées d'avoir régulièrement frappé d'appel une décision d'inscription, le conseil national peut, dans un délai de trois mois à compter de l'expiration du délai d'appel, retirer cette décision lorsque celle-ci repose sur une inexactitude matérielle ou une erreur manifeste d'appréciation des conditions auxquelles est subordonnée l'inscription ».
3) Si le délai d'appel est de 30 jours – conformément aux dispositions de l'alinéa 3 de l'article L.4112-4 du code de la santé publique –, celui-ci ne fut porté à la connaissance du conseil régional que peu de temps après l'expiration dudit délai de 30 jours, soit à compter du 35e jour.
4) C'est notamment ce qui ressort du point 4 de la décision du CE n° 438163 rendue par les 5e et 6e sections réunies.
5) Dans son volet législatif, l'article 4112-4 du code de la santé publique mentionne 5 fois le terme « délai ». Les mots « notification » et « notifiées » apparaissent pour leur part 1 fois chacun.
6) Dans son volet réglementaire, l'article 4112-4 du code de la santé publique mentionne 2 fois le terme « délai ». Le mot « notification » apparaît à 2 reprises également, tandis que le mot « notifiée(s) » apparaît à 3 reprises.
7) Pour consulter cette ordonnance dans son intégralité, voir le sitelegifrance.gouv.fr
8) Sur ce point, voir B. CLEMENCEAU, « La place du droit à l'emploi dans la jurisprudence ordinale, une vexation de plus pour les droits de l'homme ? Éléments de réponse auprès des ordres français des professions médicales », Horizons du droit, bull. n° 34, mars 2022, p. 29-43.
9) Voir B. CLEMENCEAU, « La psychologie en droit français de la fonction publique », Horizons du droit, bull. n° 36, mai 2022, p. 54-70.

La liberté sexuelle existe-t-elle ?

À propos et à partir de l'ordonnance du Conseil d'État du 2 novembre 2022



Sans norme de droit international ou nationale qui en donne une définition, la liberté sexuelle peut être difficile à appréhender. D'ailleurs, tant au niveau international que dans le droit interne positif, aucun texte ne garantit le droit à des relations sexuelles et encore moins le droit à des relations sexuelles libres de tout contrôle et de toutes limites. Car, comme toute liberté, la liberté sexuelle ne parait pouvoir exister que dans un cadre qui garantit autrui et la société de son abus.
Le concept juridique de liberté sexuelle s'est développé dans les années « 60-70 », à la suite des évolutions sociétales relatives à la libération sexuelle. Dans une première approche, la tentation est grande pour le juriste de rattacher la liberté sexuelle au principe de la libre disposition de soi, donc de son corps. N'était-ce pas au nom de ce même principe que les femmes avaient lutté pour obtenir, ce qui aujourd'hui semble devoir leur être contesté, l'accès à la contraception et à l'avortement ? Mais ce principe, nous le verrons, est complémentaire de celui du droit à la vie privée.

Quoi qu'il en soit, en France, le droit civil n'évoque guère la question des relations sexuelles. L'article 9 du code civil dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée », tandis qu'aux termes de l'article 16-1 du même code « chacun a droit au respect de son corps ». Si la sexualité n'est pas une finalité exclusive du mariage, l'article 143 prévoit que « le mariage est contracté par deux personnes de même sexe ou de sexes différents ». C'est donc par l'affirmation de la prohibition des relations sexuelles incestueuses que le code civil pose des limites à la liberté sexuelle, comme cela résulte des articles 161 à 163.
C'est encore le code pénal qui vient poser des limites à la liberté sexuelle par la répression des faits qui portent atteinte à l'intégrité physique, psychique, morale de personnes qui n'ont pas voulu donner ou pas pu donner leur consentement - libre et

éclairé - à un acte de nature sexuel qui leur a donc été imposé : viol, atteinte et agression sexuelle, mais aussi exhibition et harcèlement sexuel. La loi vient alors protéger plus particulièrement certaines victimes dont le législateur considère qu'elles n'ont pas valablement pu consentir à l'acte sexuel à raison du contexte (conjugal, inceste, exercice d'une autorité), de l'âge (minorité et différence d'âge) (1), de l'état de santé physique ou psychique (personnes vulnérables) ... Par ailleurs, si la notion de « bonnes mœurs » a disparu de notre droit, c'est



pourtant la défense d'un ordre public touchant à la morale sociale qui fonde toujours diverses dispositions encadrant, voire censurant, l'expression ou la mise en scène de la sexualité en matière de création artistique cinématographique, littéraire, dont les films pornographiques ou les publications destinées à la jeunesse, ou encore la répression de la nécrophilie (art. 225-17 CP). C'est une même conception qui peut expliquer des poursuites et des condamnations pour sévices à animaux lors de relations sexuelles pratiquées sur des animaux. Sous l'influence de l'opinion publique et de l'évolution du regard que pose la société sur les comportements sexuels, ceux qui sont définis comme des infractions pénales sont de plus en plus sévèrement punis : aggravation des peines, ajout de circonstances aggravantes, fichiers dédiés.

Jusque-là, c'est donc de manière négative que le contenu et l'étendue de la liberté sexuelle peuvent être appréhendés. Tout ce que la loi civile et la loi pénale n'interdisent pas, serait donc autorisé (2) sous la condition du recueil du consentement d'autrui. Car la liberté sexuelle ne saurait nuire à autrui. (3)

Or, les aspects de sexualité sont divers : hétérosexualité, homosexualité, autosexualité, bisexualité, triolisme... Ces comportements sexuels sont différemment appréciés selon

les époques ou selon les sociétés : la passivité sexuelle peut être un crime, le refus de vie sexuelle au sein du couple peut être civilement et pénalement sanctionné ou au contraire le viol entre époux être criminalisé, des actes sexuels ne participant pas à la reproduction peuvent être condamnées, la sodomie a été et reste encore un acte répréhensible, parfois puni de mort, dans certaines sociétés. La reconnaissance des « minorités » sexuelles et de genre est encore balbutiante, y compris au sein de l'Union européenne. Elle y essentiellement traitée sur le plan des discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre.

Faute de corpus normatif, c'est donc dans la jurisprudence qu'il faut rechercher la reconnaissance de la liberté sexuelle. Force est de constater que c'est d'abord dans le droit à la vie privée, et ensuite dans celui de disposer de son corps, que les juges trouvent la possibilité de reconnaître l'existence d'une liberté sexuelle.

En effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a déterminé strictement les raisons d'ordre public pour lesquelles l'État peut intervenir dans la sphère privée afin de limiter la liberté sexuelle. Dans un premier temps, en 1981, la CEDH, avec l'arrêt Dudgeon c. Royaume-Uni (4), a jugé que la liberté sexuelle dépend du respect du droit à mener une vie privée. Cette décision a ainsi suscité une vague de dépénalisation de l'homosexualité dans les pays d'Europe de l'Ouest. Pourtant, par la suite, dans l'arrêt K.A./A.D. c. Belgique la CEDH a précisé : « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle ». Cette approche a influencé la jurisprudence des juridictions administratives et judiciaires françaises.

Mais, désormais, d'autres questions sont désormais soulevées et souvent n'ont toujours pas trouvé de réponse. Qu'en est-il du droit à une sexualité pour les personnes incarcérées, alors que les unités de visite familiale sont restées au stade expérimental ? Qu'en est-il des relations même consenties entre détenu(e)s qui peuvent être sanctionnées ? Qu'en est-il du droit des personnes présentant un handicap ne leur permettant pas d'avoir une activité sexuelle autonome de recourir à des assistant(e)s sexuel(le)s sans être pénalement poursuivies (5 - 6). Qu'en est-il du droit des personnes hospitalisées dans les établissements spécialisés dans les soins psychiatriques, et placées sous un régime de protection judiciaire, à avoir des relations sexuelles (7) ? Un règlement interne peut-il interdire, par principe et systématiquement, ces relations ? La cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé un tel règlement (8) ? Qu'en est-il de la prostitution, si l'on peut être certain (?) qu'elle ne dissimule pas du proxénétisme, alors que cette activité est fiscalement imposée ? Qu'en est-il du recours à la prostitution ? (9)

Ces interrogations tendant à élargir le champ de la liberté sexuelle autour de la notion de consentement et par la mise en œuvre du droit à la vie privée se confrontent à une évolution idéologique qui tendrait à limiter la liberté sexuelle par le recours au principe de dignité. Dans cette vision, le consentement serait perçu comme ne pouvant pas être parfaitement libre et éclairé, voire serait vicié dans son essence et son expression. Dès lors, la seule protection de la dignité de la personne, en dépit de l'expression de son consentement, justifierait la prohibition, et le cas échéant la répression, de relations et de comportements sexuels. La dignité d'une personne se saurait être bradée.

Par Eric MAUREL, Magistrat
Procureur Général près la Cour d'Appel de Basse-Terre

Notes de bas de pages :

1) Décision n° 2014-448 QPC du 6 février 2015
2) Article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
3) Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
4) Cour européenne des droits de l'homme, Dudgeon c. RU, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76 : l'arrêt Dudgeon, affirme clairement le droit de chacun de mener la vie sexuelle de son choix en conformité avec son identité, et l'impossibilité corrélative de réprimer pénalement l'accomplissement d'actes homosexuels en privé entre adultes consentants
5) Activité autorisée au Danemark, aux Pays-Bas, en Suisse, voire remboursée par les organismes sociaux
6) Article 25 de la Convention des nations unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées : « Les États Parties reconnaissent que les personnes handicapées ont le droit de jouir du meilleur état de santé possible sans discrimination. Ils prennent toutes les mesures pour leur assurer l'accès à des services de santé qui prennent en compte les sexospécifités. » (...) et doivent leur fournir « des services de santé gratuits ou d'un coût abordable couvrant la même gamme et de la même qualité que ceux offerts aux autres personnes, y compris des services de santé sexuelle (...). »
7) Valentin Gazagne-Jammes, « Les spécificités de la liberté sexuelle des personnes en situation de handicap psychique » RDLF 2020 chron. n°34 (www.revuedlf.com)
8) Cour administrative d'appel de Bordeaux, 6 novembre 2012, n° 11BX01790, inédit au recueil Lebon.
9) Décision n° 2018-761 QPC du 1er février 2019

Indivisibilité du litige, l'évidente inévidence

En l'absence d'impossibilité de poursuivre simultanément l'exécution du jugement ayant condamné un assureur et l'arrêt mettant hors de cause son assuré, l'appel de celui-ci ne pouvait produire effet à l'égard de son assureur qui n'avait pas constitué devant la Cour.
Commentaire de l'Arrêt de la Deuxième Chambre Civile de la Cour de Cassation, du 17 novembre 2022, FS+B, n° 20-19.782.



La société Mecajet confie à la société RGY la réalisation de plans d'appareils de chauffage-climatisation devant équiper des navettes ferroviaires dont la fabrication lui a été commandée. Arguant d'un préjudice en raison d'une erreur de cotation des plans, la société Mecajet assigne la société RGY et son assureur Axa France IARD devant le tribunal de commerce. Ces derniers sont condamnés solidairement à l'indemniser et la société RGY relève appel à l'encontre des sociétés Mecajet et Axa France IARD, cette dernière ne constituant pas avocat. Le jugement ayant été infirmé par la cour d'appel de Douai le 2 juillet 2020, la société Mecajet, demanderesse au pourvoi, reprocha à la cour cette réformation totale avançant que la société Axa France IARD n'avait ni relevé appel ni constitué comme intimée tandis que les condamnations solidaires de l'assureur et de l'assuré à indemniser la société Mecajet n'étaient pas indivisibles. La deuxième chambre civile répond au visa de l'article 553 du code de procédure civile :

> « 6. Aux termes de ce texte, en cas d'indivisibilité à l'égard de plusieurs parties, l'appel de l'une produit effet à l'égard des autres même si celles-ci ne se sont pas jointes à l'instance ; l'appel formé contre l'une n'est recevable que si toutes sont appelées à l'instance.
> 7. Il en résulte qu'en l'absence d'impossibilité d'exécuter simultanément deux décisions concernant les parties au litige, l'indivisibilité, au sens de l'article 553 du code de procédure civile, n'étant pas caractérisée, l'appel de l'une des parties ne peut pas produire effet à l'égard d'une partie défaillante.

DALLOZ.actualité
Le quotidien du droit

8. Pour débouter la société Mecajet de sa demande de condamnation solidaire de la société RGY et de la société Axa, l'arrêt retient que la société RGY ne peut être tenue de réparer les conséquences financières subies par la société Mecajet pour assurer la reprise des désordres des châssis mis en production.
9. En statuant ainsi, alors qu'en l'absence d'impossibilité de poursuivre simultanément l'exécution du jugement ayant condamné la société Axa et de l'arrêt déboutant la société Mecajet de sa demande de condamnation de la société RGY, l'appel de cette dernière ne pouvait produire effet à l'égard de la société Axa, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Relations textuelles



Il faut comprendre que la société appelante, la société RGY, avait un intérêt commun avec l'un des intimés, sa compagnie d'assurances, Axa France IARD, avec laquelle elle avait été condamnée solidairement par le tribunal de commerce. Infirmant le jugement, la cour d'appel avait donc débouté la société Mecajet, demanderesse devant le tribunal et co-intimée devant la cour, de sa demande de condamnation solidaire à l'égard de l'appelant et de son assureur. La cour de Douai avait estimé que la société RGY ne pouvait être tenue de réparer les conséquences financières subies par la société Mecajet pour assurer la reprise des désordres des châssis mis en production et, si l'on ne sait que cela de cet arrêt d'appel non disponible, on comprend que la société Axa France IARD, régulièrement intimée mais non constituée, a pu bénéficier de l'infirmation au profit de son assurée, appelante. Rien de scandaleux à vrai dire. Rien non plus d'extravagant à la lecture de l'arrêt de cassation : en l'absence d'impossibilité de poursuivre simultanément l'exécution du jugement ayant condamné la société Axa et de l'arrêt déboutant la société Mecajet de sa demande de condamnation de la société RGY, l'appel de cette dernière ne pouvait produire effet à l'égard de la société Axa. L'explication : le litige n'était pas indivisible. La société Mecajet pouvait être déboutée de sa demande à l'égard de la société appelante mais pas de son assureur, sans autre forme de procès dirait-on, qui n'avait pas constitué avocat.

DALLOZ actualité
Le quotidien du droit

La solidarité n'est en effet pas l'indivisibilité, c'est même tout l'inverse ! C'est sans doute la proximité d'une intimité textuelle qui engendre la confusion. L'article 552, alinéa 1er, du code de procédure civile précise qu'« en cas de solidarité ou d'indivisibilité à l'égard de plusieurs parties, l'appel formé par l'une conserve le droit d'appel des autres, sauf à ces dernières à se joindre à l'instance. Dans les mêmes cas, l'appel dirigé contre l'une des parties réserve à l'appelant la faculté d'appeler les autres à l'instance », l'article 553, certes en lien avec le précédent, poursuivant : « En cas d'indivisibilité à l'égard de plusieurs parties, l'appel de l'une produit effet à l'égard des autres même si celles-ci ne se sont pas jointes à l'instance ; l'appel formé contre l'une n'est recevable que si toutes sont appelées à l'instance ». L'article 553 ne vaut que pour l'indivisibilité, pas la solidarité, et c'est pour cette raison qu'en cas d'indivisibilité l'appelant peut relever appel, même hors délai, à l'égard de parties non intimées sur son premier acte d'appel dès lors que son premier appel a été formé dans le délai légal. Une exception : si la première déclaration d'appel a déjà été jugée caduque avant qu'intervienne le second appel, l'indivisibilité ne profite pas à l'appelant puisqu'alors le second appel est irrecevable par application de l'article 911-1 du code de procédure civile (1). À l'inverse, en cas de solidarité seule, l'appel à l'égard de l'une des parties pourra prospérer en l'absence des autres. Elles peuvent se joindre à l'instance, mais ce n'est pas une obligation de les intimer. Et, dans l'hypothèse dans laquelle, bien qu'intimée comme en l'espèce la partie présente sur l'acte d'appel ne constitue pas, l'appel reste recevable mais la condamnation, ou l'infirmation sur la condamnation, solidaire donc, n'est pas automatique.

Mieux encore, l'indivisibilité et la solidarité s'excluent l'une de l'autre. Dans un récent arrêt de section là encore, la troisième chambre civile, cette fois, rappela le critère de distinction : une décision qui rejette une demande de paiement in solidum contre plusieurs défendeurs ne crée entre eux aucune indivisibilité, la cour d'appel ne pouvant déclarer irrecevable la demande en réparation faute d'intimation de toutes les parties contre lesquelles la demande a été formée (2). Chaque coobligé demeure l'obligé de l'autre pour la totalité de la dette à l'égard du créancier qui poursuit le recouvrement de la condamnation sans que cela fasse naître une indivisibilité entre tous. Précisément, c'est parce que l'obligation in solidum peut se diviser entre les codébiteurs... qu'elle n'est pas indivisible.

C'est finalement le lien avec le code civil qui se fait jour : l'article 1309 dispose que « l'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. La division a lieu également entre leurs successeurs, l'obligation fût-elle solidaire. Si elle n'est pas réglée autrement par la loi ou par le contrat, la division a lieu par parts égales. Chacun des créanciers n'a droit qu'à sa part de la créance commune ; chacun des débiteurs n'est tenu que de sa part de la dette commune. Il n'en va autrement, dans les rapports entre les créanciers et les débiteurs, que si l'obligation est solidaire ou si la prestation due est indivisible » ; l'article 1320 du code civil précise que « chacun des

DALLOZ.actualité
Le quotidien du droit

créanciers d'une obligation à prestation indivisible, par nature ou par contrat, peut en exiger et en recevoir le paiement intégral, sauf à rendre compte aux autres ; mais il ne peut seul disposer de la créance ni recevoir le prix au lieu de la chose. Chacun des débiteurs d'une telle obligation en est tenu pour le tout ; mais il a ses recours en contribution contre les autres. Il en va de même pour chacun des successeurs de ces créanciers et débiteurs ».

De l'obligation plus ou moins divisible en première instance à la voie de recours, reste un pas à franchir, celui de l'exécution finale ; c'est là que la solution prend tout son sens. Historiquement comme procéduralement, la troisième chambre civile vise la règle avec cet arrêt du 11 mai 2022 : il n'y a pas d'indivisibilité lorsque l'exécution d'une décision n'est pas incompatible avec l'exécution de l'autre (3), seule l'impossibilité d'exécuter à la fois deux décisions contraires caractérisant l'indivisibilité au sens de ce texte (4) et il en est ainsi en matière de condamnation à paiement d'une somme d'argent prononcée à l'encontre de plusieurs parties (5) ou d'obligation in solidum (6).

C'est donc cette fois un arrêt de section de la deuxième chambre civile qui l'affirme : « En statuant ainsi, alors qu'en l'absence d'impossibilité de poursuivre simultanément l'exécution du jugement ayant condamné la société Axa et de l'arrêt déboutant la société Mecajet de sa demande de condamnation de la société RGY, l'appel de cette dernière ne pouvait produire effet à l'égard de la société Axa, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Le critère d'un risque de contrariété de décisions promu pour caractériser l'indivisibilité du litige ne surprend pas et la deuxième chambre civile toujours l'avait déjà affirmé au regard de condamnations in solidum de l'assuré et de son assureur, qui ne sont donc pas indivisibles (7). Rien de scandaleux ni d'extravagant, on le disait en préambule.

Liaisons dangereuses

Mais si le lien entre ces textes permet de dégager la règle et que celle-ci sonne comme une évidence, elle interroge toutefois l'avenir. Et cela tient précisément à la situation des parties, et à celle d'un assureur tenu à garantie d'un assuré jugé non responsable d'un préjudice... qu'il conviendra d'indemniser !

Était-ce finalement une problématique de solidarité et d'indivisibilité qui se posait au cas présent ? En se plaçant sur le terrain des effets de la solidarité qui ne sont pas ceux, donc, de l'indivisibilité, le moyen était habile en tous cas. Il reprochait à la cour de Douai d'avoir jugé que « les préjudices dont la société Mecajet réclame réparation constituent des dommages que la société RGY ne pouvait pas prévoir ; qu'il n'est pas soulevé que la faute de la société RGY présente le caractère d'une faute lourde ou dolosive ; qu'en conséquence, la société RGY ne peut être tenue de réparer les conséquences financières subies par la société Mecajet pour assurer la reprise des désordres sur les vingt châssis mis en production ; que le jugement sera infirmé et les demandes de la société Mecajet visant à voir condamner solidairement la société RGY

avec sa compagnie d'assurance AXA à l'indemniser de son entier préjudice, qui ne sont pas fondées, seront rejetées ; alors que l'appel d'une partie ne produit effet à l'égard des autres parties condamnées ne s'étant pas jointes à l'instance qu'en cas d'indivisibilité ».

Certes le litige n'était pas indivisible tandis que l'article 553 précise que c'est en cas d'indivisibilité à l'égard de plusieurs parties que l'appel de l'une produit effet à l'égard des autres même si celles-ci ne se sont pas jointes à l'instance, mais était-ce suffisant ?

En effet, il ne s'agissait pas ici de n'importe quelle condamnation, c'était celle d'une compagnie d'assurances, tenue contractuellement par la garantie d'un risque objet du contrat et qui repose, par définition, sur la responsabilité de son assuré. Si l'on peut comprendre le raisonnement dans l'hypothèse où seraient parties en appel deux sociétés prestataires de service dont l'une ne constituerait pas, il est plus difficile à admettre s'agissant d'une compagnie d'assurances dont l'obligation est de garantir la dette. Expliquons-nous. Dans le premier cas, le critère de l'exécution de l'arrêt, en l'absence d'indivisibilité, se comprend : l'appelant ne sera pas condamné du fait de l'infirmation mais l'intimé, demandeur victorieux en première instance, pourra poursuivre l'exécution vis-à-vis de la société qui resterait condamnée. Les obligations des deux prestataires de service sont divisibles et la responsabilité de l'une s'imagine aisément sans celle de l'autre. La solution est connue : deux sociétés sont reconnues responsables d'un préjudice en première instance puis une seule en appel. Les obligations divisibles fondent l'exécution du jugement à l'égard de l'une seule, qui reste condamnée. Et l'on pourrait imaginer la même solution si c'était la responsabilité de l'assureur qui était recherchée, mais beaucoup plus difficilement si c'est son obligation à paiement née d'une garantie. Car il y a, dans cette hypothèse, une faille : alors que l'appelant est exonéré de toute responsabilité, son assureur intimé non constitué reste tenu de garantir un préjudice... qui n'est donc pas imputable à son assuré. L'autorité de la chose jugée de l'arrêt l'exonérant de toute responsabilité ne sera d'aucun secours sur la garantie de l'assureur alors qu'en pareille situation, sur renvoi après cassation, l'article 625 du code de procédure civile permet de remettre en cause une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée sur les préjudices si celle relative à la responsabilité des auteurs fait l'objet d'une cassation ultérieure.

On pourrait croire qu'une véritable motivation de la cour d'appel, à l'endroit de l'assureur, autoriserait un sort différent. Faut-il lire alors une invite à motivation de la haute juridiction à destination des cours ? Car rien ne lui interdit d'infirmer un jugement à l'égard d'une partie intimée non constituée en appel. Celle-ci est juge de la recevabilité de l'appel comme de son bien-fondé et la thèse victorieuse de l'appelant peut profiter à l'intimé, non constitué, qui partage pourtant le même intérêt à voir triompher la sienne. On rappellera l'article 954 in fine du code de procédure civile : « La partie qui ne conclut pas ou qui, sans énoncer de nouveaux moyens, demande la confirmation du jugement est réputée s'en approprier les motifs. » Alors n'était-ce pas

DALLOZ.actualité
Le quotidien du droit

plutôt un défaut de motivation plutôt qu'un effet de l'absence d'indivisibilité du litige ? Alors que l'on imaginait volontiers que la question de la garantie suivît celle de la responsabilité, l'attaque par le biais, forcé, de l'opposition solidarité-indivisibilité fait émerger une logique qui questionne.

On en revient au critère dégagé par la Cour de cassation : le risque de contrariété de décisions signe l'indivisibilité du litige. Et il est excellent car l'examen sous l'angle de l'exécution de deux décisions différentes, l'une en première instance, l'autre en appel par exemple, permet aisément d'appréhender la difficulté. C'est la situation, connue, des litiges de procédures collectives, de saisies immobilières ou de successions par exemple. C'est cette impossible exécution différenciée, critère de référence, qui émergera en cas d'indivisibilité du litige si toutes les parties ne sont pas attraites à l'instance. Alors bien sûr, on comprendra la lecture proposée par la Cour de cassation. Il n'y a pas, en l'absence d'impossibilité de poursuivre simultanément l'exécution du jugement ayant condamné la société Axa et de l'arrêt déboutant la société Mecajet de sa demande de condamnation de la société RGY, d'indivisibilité du litige. L'assureur reste condamné, mais était-il un solvens comme les autres ? Son obligation à paiement repose, sauf l'hypothèse d'une responsabilité directe, sur la responsabilité d'un assuré... jugé non responsable.

Dans l'absolu, on dira que la société Mecajet pourra poursuivre l'exécution du jugement de première instance à l'égard de l'assureur indépendamment de l'arrêt d'appel. Mais pour autant, avec ce critère-ci et cette situation-là, on se retrouve avec un assuré exonéré de toute responsabilité et un assureur condamné à payer pour des condamnations totalement infirmées en appel. Sous l'angle de l'indivisibilité, la solution s'explique juridiquement, pratiquement elle questionne ; sous l'angle de l'exécution, la solution pratique est valide, juridiquement elle interroge. Et de tout cela on dira que la logique pratique n'est certainement pas la logique juridique, mais qu'il est toujours rassurant lorsque l'une l'autre se rejoignent, puis se confondent.

À moins que les choses ne se règlent à nouveau devant la cour de renvoi. Car il y avait aussi un second moyen de pourvoi, plus classique et lui aussi accueilli, tenant cette fois au relevé d'office d'un moyen par la cour d'appel qui n'avait pas invité les parties à présenter leurs observations en violation de l'article 16 du code de procédure civile. Double raison de cassation. Et raison supplémentaire pour discuter sur renvoi après cassation. L'arrêt est cassé et annulé en toutes ses dispositions et les parties sont renvoyées devant la cour de Douai autrement composée. Celles-ci seront bien inspirées de toutes comparaître.

Par Maître Romain LAFFLY, Avocat,
Avocat associé du Cabinet Lexavoué
Article publié avec l'autorisation de Lefebvre Dalloz

DALLOZ.actualité
Le quotidien du droit

Notes de bas de pages :

1) Civ. 2e, 30 sept. 2021, n° 19-24.580, Dalloz actualité, 14 oct. 2021, obs. R. Laffly ; D. 2021. 1818
2) Civ. 3e, 11 mai 2022, n° 21-15.217, Dalloz actualité, 30 mai 2022, obs. C. Lhermitte ; RDI 2022. 415, obs. C. Charbonneau; Procédures 2022. Comm. 163, obs. R. Laffly
3) Soc. 4 juin 1984, n° 82-16.499 P
4) Civ. 2e, 5 janv. 2017, n° 15-28.356
5) Civ. 2e, 7 janv. 2016, pourvoi n° 14-13.721 P, Dalloz actualité, 19 janv. 2016, obs. M. Kebir
6) Civ. 2e, 8 nov. 2001, n° 00-14.559
7) Civ. 2e, 7 janv. 2016, n° 14-13.721, Dalloz actualité, 19 janv. 2016, obs. M. Kebir

SAVE THE DATE

COLLOQUE UNIVERSITAIRE

UN SIÈCLE D'ADOPTION DES ENFANTS EN FRANCE 1923-2023

*Il y a **100** ans, en France, l'adoption des mineurs devenait possible par une loi du 19 juin 1923 autorisant la création d'un lien de filiation juridique entre l'enfant adopté et l'adulte adoptant.*

20-21 JUIN 2023

LES GRENIERS ST JEAN
ANGERS

EnJeux
PÔLE UNIVERSITAIRE LIGÉRIEN D'ÉTUDES SUR L'ENFANCE-JEUNESSE

temos cnrs
temps · mondes · sociétés · UMR 9016

La secrétaire, le secret professionnel et les chambres de la Cour de cassation ...

Deux arrêts rendus, l'un par la chambre commerciale le 16 novembre 2022 (1), l'autre par la chambre criminelle le 13 décembre 2022 (2) viennent, à moins d'un mois d'intervalle, résoudre, en des solutions ... contraires, une problématique récurrente liée à la protection du secret professionnel et de la confidentialité des échanges entre avocat ...



La problématique est celle qui consiste à savoir quel sens et portée donner au mot « avocat » dans les textes, et notamment dans l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 protégeant le secret professionnel de l'avocat.

Faut-il en avoir une analyse restrictive, et n'y voir que les seuls titulaires du titre d'avocat, ou faut-il en faire une analyse entrepreneuriale et y entendre le cabinet d'avocat dans son ensemble incluant, notamment, ses salariés (juristes, secrétaires, etc...).

Si l'on analyse la jurisprudence dans son ensemble, au-delà de la seule question du secret professionnel, force est de constater qu'il n'y a aucune unité en la matière et que le terme « avocat » est tantôt analysé dans un sens, tantôt dans l'autre, en fonction de la finalité des textes et de la portée que l'on souhaite leur donner.

Et, le sujet, qui pourrait donner lieu à une thèse, est loin d'être épuisé avec la seule question des salariés, dès lors qu'elle inclut aussi les prestataires extérieurs auquel l'avocat peut avoir recours (externalisation, outsourcing), tel que les secrétariats externes. (3)

Les textes ont, à cet égard, prévu que l'avocat doit faire respecter le secret par les membres du personnel de son cabinet ainsi que par toute personne qui coopère avec lui dans son activité professionnelle. (4)

Le personnel salarié des cabinets d'avocat est d'ailleurs expressément tenu de respecter ce même secret professionnel, aux termes de l'article 11 de la convention collective des avocats et de leur personnel, dont le deuxième alinéa prévoit qu'il : « doit observer la discrétion la plus absolue quant aux affaires et aux frais dont il a pu avoir connaissance en raison de ses fonctions ou même de sa simple présence à l'étude ou cabinet ; il est tenu au secret professionnel et la violation de celui-ci constitue une faute grave ». (5)
Mais cette obligation de respecter les termes du secret professionnel n'en fait pas pour autant des dépositaires de ce même secret.

- Dans l'affaire intéressant la chambre commerciale, dans le cadre d'une discussion relative à la prescription d'une action en justice, l'une des parties avait communiqué dans la procédure un protocole d'accord transactionnel reçu par son avocat de l'avocat d'une autre partie à la procédure.
La transmission ne mentionnait pas que l'échange était « Officiel ». (6)
Mais, et surtout, le courriel de transmission n'avait pas été émis par l'avocat en personne mais par sa secrétaire.
La cour d'appel avait considéré que le courriel et ses annexes étaient couverts par la confidentialité des échanges entre avocats dès lors qu'il portait clairement comme objet le nom des parties et du dossier concerné et précisait la nature des pièces jointes, et ne portait pas la mention « Officiel ».
L'auteur du pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir ainsi intégré dans le champ de protection du secret professionnel une correspondance adressée par la secrétaire d'un avocat et non par l'avocat lui-même.
La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi en considérant que :

> « 10. Après avoir énoncé qu'il résulte de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et de l'article 3-1 du règlement intérieur national de la profession d'avocat que les correspondances entre avocats et/ou entre un avocat et son client ne peuvent être produites en justice, sans aucune exception, et que leur production ne peut être légitimée par l'exercice des droits de la défense, sauf pour la propre défense de l'avocat, l'arrêt retient que, quand bien même seraient-elles échangées par courriel entre la secrétaire d'un avocat et un avocat, les correspondances entre avocats portant clairement comme objet le nom des parties et du dossier concerné et précisant la nature des pièces jointes, ces correspondances sont couvertes par le même secret, dès lors qu'elles ne portent pas la mention « officielle ». Il relève qu'en l'espèce, la société Conforama a produit en pièce n° 50 un document dont il résulte qu'elle l'a obtenu par courriel de son avocat, qui lui-même l'avait reçu du cabinet de son confrère le 30 juin 2017, mentionnant expressément qu'il s'agissait d'une transmission concernant un dossier « Industria Conciaria V / Mab Lt + HPRE » et qu'un « protocole d'accord transactionnel » était joint, sans toutefois mentionner le caractère « officiel » de cette transmission.

> 11. De ces constatations et appréciations, c'est à bon droit que, peu important les conditions de leur transmission et l'auteur de leur production, la cour d'appel a déduit que les pièces en cause étaient couvertes par le secret professionnel de l'avocat et ne pouvaient être produites en justice. » (7)

- Dans l'affaire intéressant la chambre criminelle, dans le cadre de l'information judiciaire, un juge d'instruction avait prescrit l'interception des communications téléphoniques sur la ligne attribuée à la compagne d'un suspect alors en fuite.
Comme souvent en la matière ces écoutes, bien que ne visant pas directement un avocat, avaient conduit à l'interception de communications entre la cible de l'écoute et des cabinets d'avocats. C'est ce que l'on appelle des « écoutes incidentes » en tant qu'elles conduisent « incidemment » à intercepter la communication d'un avocat (8).
Elles constituent le principal point de difficulté en la matière, les écoutes téléphoniques visant directement un avocat étant, dans les faits, extrêmement rares (une dizaine au plus par an) et réservées à des comportements d'une gravité notable (9).
Interpellé, puis mis en examen, l'ex-suspect en cavale avait formé une demande d'annulation des procès-verbaux portant retranscription des conversations entre sa compagne et différents cabinets d'avocats.
Parmi ces conversations se trouvait des conversations avec les secrétaires de ces mêmes cabinets et non les avocats eux-mêmes.
La chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi en considérant que :

> « Sur les conversations transcrites entre les secrétaires des avocats et Mme [S] (cotes D 395 et D 396)
> 7. Pour rejeter le moyen d'annulation pris de l'irrégularité de la transcription de deux conversations interceptées sur la ligne téléphonique de Mme [S], l'arrêt attaqué retient qu'elles ne concernent pas des échanges avec des avocats mais avec leur secrétariat et qu'elles n'entrent pas dans le champ de l'interdiction de la loi.
> 8. En statuant ainsi, la chambre de l'instruction a fait l'exacte application des dispositions de l'article 100-5, alinéa 3, du code de procédure pénale. » (10).

Le bilan ?
L'on se retrouve ainsi avec deux arrêts qui :
1/ Pour l'un, considère, pour la première fois (11), qu'un courriel adressé non pas directement par un avocat mais par un salarié de celui-ci, en l'occurrence sa secrétaire, bénéfice de la confidentialité des échanges entre avocats, et donc de la protection du secret professionnel, dès lors qu'il ressort clairement de celui-ci qu'il matérialise bien,

dans son intention, l'existence d'un échange entre avocats ;
2/ Pour l'autre, estime que des échanges avec non pas des avocats mais avec leur secrétariat n'entrent pas dans le champ du secret professionnel.
Certes la position de la chambre commerciale peut être qualifiée de novatrice en ce sens qu'elle ne relevait pas de l'évidence et ne connaissait point de précédent.
Elle se rattache, à cet égard, à une évolution jurisprudentielle récente qui tend de plus en plus, à analyser de manière subjective, et non plus objective, le champ de protection du secret professionnel (12).
On avait même pu croire que la chambre criminelle avait, au détour d'un arrêt non publié, détail qui a son importance, adopté la même démarche concernant des correspondances échangées en interne dans une entreprise et pour lesquelles elle notait que : « bien que ces pièces n'émanent pas ou ne sont pas adressées à un avocat, elles reprennent une stratégie de défense mise en place (l'avocat ayant étudié la possibilité de recourir au statut de demandeur à la clémence pour l'exclure ensuite) par le cabinet [H] [Z], » (13).
Il devait s'agir d'un moment d'égarement de sa part, et force est de constater que la chambre criminelle est rapidement revenue à l'extrême rigueur hivernale de sa doctrine sur le sujet.
Ces désaccords sur la question du secret professionnel entre une chambre commerciale, attachée à la protection de l'ordre public économique, et ainsi plus respectueuse du secret professionnel de l'avocat, et une chambre criminelle, attachée, quant à elle, à la protection de l'ordre public pénal, ne sont pas nouveaux et ont même un caractère « historique ».
On les retrouve, de manière très nette, sur la question des perquisitions ainsi que des opérations de visites et saisies, domaine dans lequel les deux chambres ont, selon les opérations concernées, compétence (14).
Pour les avocats cette situation est un facteur notable d'insécurité juridique.
A une question simple : ma secrétaire est-elle considérée comme un dépositaire du secret professionnel ?
Une réponse toute aussi simple : on n'en sait rien !
On en arrive à ce paradoxe où la secrétaire se doit d'appliquer scrupuleusement les règles en la matière, notamment de préciser, si cela s'avère nécessaire, le caractère « Officiel » d'une correspondance (arrêt de la chambre commerciale) ... sans que, pour autant, dans l'hypothèse où cette correspondance ne mentionnerait pas qu'elle a un caractère « Officiel », ou qu'elle n'en remplirait pas les conditions, sa protection au regard du secret professionnel soit garantie (arrêt de la chambre criminelle).
La plus extrême prudence doit donc être de mise en la matière. Et il convient de privilégier les doubles signatures ainsi que les envois « transparents » (ne faisant apparaitre que l'avocat comme expéditeur) afin d'éviter toute difficulté.

Par Maître Dominique PIAU, Avocat au Barreau de Paris,
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre, Ancien Président de la Commission des Règles et Usages du CNB, Président d'Honneur de l'UJA de Paris

Notes de bas de pages :

1) Cass. Com., 16 nov. 2022, n°21-17.338, P
2) Crim. 13 déc. 2022, n° 21-87.435, P
3) D. Piau, S. Bortoluzzi et T. Wickers, Règles de la profession d'avocats, 17e éd., 2022, Dalloz Action, n°412.307
4) Article 2.3 du Règlement intérieur national, voir D. Piau, S. Bortoluzzi et T. Wickers, Règles de la profession d'avocats, 17e éd., 2022, Dalloz Action, n°422.81 et s.
5) Conv. coll. nat. du personnel des cabinets d'avocats, 20 févr. 1979 (IDCC :1000), art. 11
6) D. Piau, S. Bortoluzzi et T. Wickers, Règles de la profession d'avocats, 17e éd., 2022, Dalloz Action, n°484.281 et s
7) Cass. Com., 16 nov. 2022, n°21-17.338, P
8) D. Piau, S. Bortoluzzi et T. Wickers, Règles de la profession d'avocats, 17e éd., 2022, Dalloz Action, n°414.190 et s
9) Voir aussi, D. Piau, « Le bâtonnier, protecteur et confident nécessaire de ses confrères, là est la victoire, et elle est belle ! »,D. actualité, 6 avr. 2016
10) Crim. 13 déc. 2022, n° 21-87.435, P
11) Voir D. Piau, S. Bortoluzzi et T. Wickers, Règles de la profession d'avocats, 17e éd., 2022, Dalloz Action, n°422.41 et s.
12) Sur cette évolution, v. D. Piau, S. Bortoluzzi et T. Wickers, Règles de la profession d'avocats, 17e éd., 2022, Dalloz Action, n°412.54 et s. ; n°412.137 ; et n°422.62 et s.
13) Crim. 26 janv. 2022, n° 17-87.359, F-D
14) Voir D. Piau, S. Bortoluzzi et T. Wickers, Règles de la profession d'avocats, 17e éd., 2022, Dalloz Action, n°414.152

DEBOUT POUR LES ASSISES !

À propos de l'extension du système des Cours Criminelles départementales



CCD : voici l'acronyme qui restera dans l'histoire de la justice française comme celui des "cours criminelles départementales", mais aussi comme celui d'un "crime contre la démocratie". En effet, si rien n'est fait pour empêcher l'émergence de ces nouvelles juridictions, c'est le jury populaire de cour d'assises, héritage de la Révolution française de 1789, flambeau de la démocratie participative en matière judiciaire, qui risque de s'éteindre. Pour le comprendre, quelques rappels s'imposent.

<u>L'effacement du jury populaire</u>

Aujourd'hui, presque tous les crimes – c'est-à-dire les infractions les plus graves, pour lesquels le Code pénal prévoit une peine supérieure à dix ans d'emprisonnement – sont jugés en première instance par une cour d'assises. Cette juridiction se compose de trois juges professionnels et de six citoyens tirés au sort sur les listes électorales, ces derniers formant ce que l'on appelle traditionnellement le jury populaire ou jury citoyen.
Or, le champ d'intervention des cours d'assises - et donc, du jury populaire - vient de connaître un recul historique. En effet, la loi du 22 décembre 2021 dite "pour la confiance dans l'institution judiciaire", adoptée sous l'impulsion de l'ancienne garde des Sceaux Nicole Belloubet, prévoit qu'à partir du 1er janvier 2023, tous les crimes commis par des majeurs hors récidive punis de quinze ans ou vingt ans de réclusion criminelle – ce qui concerne essentiellement les viols (90% des affaires), mais aussi les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, les vols à main armée ou encore les tortures et actes de barbaries – sont jugés en première instance par de nouvelles juridictions appelées cours criminelles départementales (CCD), dont la principale caractéristique est d'être uniquement composées de cinq juges professionnels. Exit la démocratie participative, exit les jurés citoyens !

Un recul démocratique, humain et citoyen

Les crimes relevant de la compétence des CCD représentant environ 57% des affaires criminelles, il s'ensuit que la participation citoyenne à la justice pénale deviendra minoritaire dans notre pays. Le jury populaire n'interviendra plus qu'en appel (dans cette hypothèse, il est composé de trois magistrats professionnels et de neuf citoyens tirés au sort) et pour juger en première instance les crimes punis de plus de vingt ans de réclusion criminelle - tels que le meurtre, l'assassinat ou l'empoisonnement. Jusqu'alors, environ 20.000 citoyens par an étaient appelés à siéger aux assises ; demain, ils seront moins de 10.000 à rendre la justice au nom du peuple français. Triste déclin !

Pourquoi un tel sacrifice démocratique, à une heure les Etats généraux de la justice, tout comme l'actuel garde des Sceaux Eric Dupond-Moretti, ont souligné la nécessité de rapprocher la justice et le peuple ? Comment expliquer cet effacement du jury populaire alors que, de l'avis des praticiens et des justiciables, la procédure suivie devant la cour d'assises est d'excellente tenue, notamment parce qu'elle prend le temps de l'écoute et de la pédagogie, lesquels sont nécessaires à l'établissement de la vérité judiciaire et à la reconstruction du lien social ? A une époque où les mérites de la parti-



-cipation citoyenne aux décisions politiques sont sans cesse vantées, comment justifier l'effacement de ce dernier espace démocratique permettant à des citoyens de rencontrer des juges, de délibérer avec eux et de rendre la justice "au nom du peuple Français" ?

En réalité, les CCD, qui ont été expérimentées pendant trois ans dans une quinzaine de départements sur le fondement de la loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice, poursuivent trois objectifs. D'abord, il s'agit d'accélérer le rythme de traitement des affaires criminelles, l'engorgement actuel des cours d'assises conduisant à des délais d'audiencement

déraisonnables. Ensuite, il s'agit de réaliser des économies, l'indemnisation des jurés citoyens représentant une charge financière que certains dépeignent comme un « luxe » (indemnité journalière d'environ 80 €, à laquelle il faut ajouter les frais de repas et d'hébergement). Enfin, il s'agit de limiter le phénomène de correctionnalisation, notamment pour éviter que certains viols soient sous-qualifiés en agressions sexuelles pour être jugés plus rapidement devant un tribunal correctionnel composé de trois juges professionnels.

Une aberration pratique

Problème : le dernier rapport d'évaluation des cours criminelles, rendu en octobre 2022 par un comité créé à cet effet, montre qu'aucun de ces trois objectifs n'a réellement été atteint. Plus précisément, le rapport met en exergue les points suivants :

1°) Aucune dé-correctionnalisation associée aux CCD n'a été constatée, alors qu'il s'agissait de l'une des principales ambitions de la réforme. Les récents propos du garde des Sceaux indiquant que les CCD auraient "mis fin à la correctionnalisation" sont tout bonnement fallacieux.
Plus précisément, dans sa synthèse du 20 juillet 2022, la Conférence nationale des premiers présidents de cour d'appel (CNPP) constate que le point d'étape de mars 2021 de la CCD des Ardennes « fait le constat qu'après vingt-deux mois d'application, les statistiques disponibles ne laissent pas apparaître de réelle évolution sur le niveau de correctionnalisation des affaires », ce constat étant partagé par la cour d'appel de Cayenne et la cour d'appel de Rouen. Deux freins à la dé-correctionnalisation sont relevés : « la force du précédent né d'une pratique existante de forte correctionnalisation », et « le risque de voir un recul de la correctionnalisation accroître le contentieux et aggraver l'engorgement des cours d'assises d'appel, seules compétentes pour connaître de tous les appels criminels »Le discours est sensiblement le même du côté de la Conférence nationale des procureurs généraux (CNPG), qui relève quant à elle « l'absence d'impact significatif des CCD sur la correctionnalisation des procédures ».
Le directeur des services judiciaires, invité à établir une projection en termes de dé-correctionnalisation, a indiqué « ne pas être en mesure d'établir le nombre de dossiers concernés ». De son côté, l'Union syndicale des magistrats (USM) observe qu'à ce jour, « aucune baisse de la charge des audiences correctionnelles, qui aurait pu être imputée à une moindre correctionnalisation, n'a été constatée », et que quand bien même elle devait advenir, cette baisse ne pourrait être autre chose que « résiduelle ».

2°) Le taux d'appel des arrêts des CCD (21%) est plus important que celui des arrêts d'assises pour les mêmes affaires (15%), ce qui est coûteux en termes financiers et provoque un allongement des délais préjudiciable aussi bien aux accusés qu'aux parties civiles ;

3°) Le délai d'audiencement de 6 mois fixé par la loi devant les CCD est intenable – même au prix d'un surinvestissement supplémentaire des magistrats et des greffiers, dont la surcharge actuelle de travail est déjà dramatique –, ce qui amène le comité à suggérer le rehaussement de ce délai à 9 mois. Cela le rapprocherait du délai d'audiencement prévu aux assises (12 mois), questionnant consécutivement l'utilité des CCD ;

4°) Le comité n'a pas été en mesure de vérifier les éventuelles économies engendrées par les CCD, celles-ci produisant de nombreuses externalités négatives sur le plan financier (augmentation du taux d'appel ; mobilisation de juges assesseurs supplémentaires qui perdront du temps sur leurs fonctions principales civiles ou pénales ; nécessité impérieuse de renforcer les effectifs de magistrats et de greffiers, tout en réalisant des investissements immobiliers pour que le fonctionnement pratique des CCD soit viable, etc.).

5°) Le rapport indique que le renforcement des moyens humains dans les juridictions est un préalable « indispensable » à la généralisation des CCD. Si le garde des Sceaux a récemment annoncé une augmentation du nombre de magistrats et de greffiers à l'horizon 2027, rien n'a été précisé quant à la part de ces nouveaux effectifs qui sera affectés aux CCD. Quoiqu'il en soit, en attendant l'arrivée de ces renforts, les CCD devront fonctionner en composant avec l'existant, c'est à dire en situation de pénurie...
Ainsi, même en mettant de côté l'argument - pourtant essentiel - du recul démocratique, humain et citoyen engendré par la disparition du jury populaire, les CCD apparaissent comme une aberration en termes pratiques. Une aberration politique également, puisque à une heure où l'on cherche à sensibiliser nos concitoyens au fléau que représente les violences sexuelles, la mise à l'écart des jurés citoyens pour juger les viols contribuera à invisibiliser le phénomène.

Le combat pour sauver le jury populaire

Alors, comment lutter pour empêcher la généralisation des CCD et l'effacement du jury populaire ? Trois lignes de front ont été ouvertes sur le terrain politique, qui se soutiennent mutuellement.
Premièrement, la députée Francesca Pasquini (EELV) a déposé le 11 octobre 2022 une proposition de loi visant à préserver le jury populaire de cour d'assises,soutenue par des député.e.s appartenant aux différents groupes de la NUPES, laquelle pourrait être votée en avril prochain dans le cadre de la niche parlementaire du groupe EELV.
Deuxièmement, j'ai déposé le 6 janvier 2023 sur le site du Sénat une pétition citoyenne visant à sauver le jury populaire de cour d'assises. Si cette pétition récolte 100.000 signatures, elle pourra être discutée au Sénat. Il est possible de la soutenir via le site suivant : https://sauvonslesassises.fr/
L'idée gouvernant cette pétition est de créer un élan citoyen autour de la préservation du jury populaire, pour un inciter les parlementaires à nouer un consensus transparti-

-san sur cette question. Il est important que les citoyens se réapproprient ce formidable outil démocratique dont le Gouvernement entend les priver.
Troisièmement, à l'heure où nous écrivons ces lignes, 45 barreaux ont d'ores et déjà adopté des motions contre la généralisation des cours criminelles et pour la préservation du jury populaire : Bordeaux, Toulouse, Paris, Lyon, Nantes, Bayonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis Poitiers, Saint-Etienne, Senlis, Bergerac-Sarlat... Cette vague, espérons-le, n'en est qu'à ses débuts.
Levons-nous contre réforme anti-démocratique et contreproductive ! Mobilisons-nous pour sauver le jury populaire !Bref, debout pour les assises !

Par Benjamin FIORINI, Docteur en droit pénal et sciences criminelles
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université Paris 8



Revue des Libertés Fondamentales

MOTION D'OPPOSITION À LA GÉNÉRALISATION DES COURS CRIMINELLES DÉPARTEMENTALES

CONNAISSANCE PRISE du rapport daté d'octobre 2022 rendu par le comité d'évaluation et de suivi de la cour criminelle ;

RAPPELLE, que le jury populaire de cour d'assises est un héritage démocratique issu de la Révolution de 1789 ;

ESTIME que le jury populaire de cour d'assises est un instrument favorisant une justice humaine, où est pris le temps de l'écoute et de la pédagogie, nécessaires à la reconstruction du lien social mais également un outil de citoyenneté, permettant à des Françaises et des Français tirés au sort de prendre une part active à la résolution d'un problème posé à la collectivité ;

CONSIDERE que le jury populaire de cour d'assises favorise la confiance des citoyens en la justice, puisqu'il constitue le dernier espace démocratique où ils peuvent rencontrer directement des juges, délibérer avec eux, et rendre la justice « au nom du peuple Français » ;

RAPPELLE que les cours criminelles départementales (CCD), juridictions criminelles sans jurés expérimentées depuis 2019 dans une quinzaine de départements et dont la généralisation a été fixée au 1er janvier 2023 par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, poursuivent trois objectifs : lutter contre le phénomène de correctionnalisation, gagner du temps et faire des économies ;

DEPLORE que les CCD n'aient atteint aucun de ces objectifs ;

OBSERVE que le comité d'évaluation et de suivi de la cour criminelle ne constate aucun phénomène de dé-correctionnalisation engendré par l'expérimentation des CCD ;

S'INQUIETE que le taux d'appel des arrêts des CCD (21%) soit plus important que celui des arrêts d'assises pour les mêmes affaires (15%), ce qui est coûteux en termes financiers et provoque un allongement des délais préjudiciable aux justiciables ;

CRAINT que le délai d'audiencement de six mois fixé par la loi devant les CCD soit intenable – même au prix d'un surinvestissement supplémentaire des magistrats et des greffiers, dont la surcharge actuelle de travail est déjà connue ;

REGRETTE que le comité d'évaluation et de suivi de la cour criminelle n'ait pas été en mesure de vérifier les éventuelles économies engendrées par les CCD, celles-ci produisant de nombreuses externalités négatives sur le plan financier (augmentation du taux d'appel ; mobilisation magistrats assesseurs supplémentaires qui perdront du temps sur leurs fonctions principales civiles ou pénales ; nécessité impérieuse de renforcer les effectifs de magistrats et de greffiers, tout en réalisant des investissements immobiliers pour que le fonctionnement pratique des CCD soit viable, etc.) ;

CONSTATE que selon le comité d'évaluation et de suivi de la cour criminelle, le renforcement des moyens humains dans les juridictions est « indispensable » à la généralisation des CCD ;

DENONCE la généralisation des cours criminelles départementales dans la mesure où il est impossible que ce renfort puisse intervenir d'ici le 1er janvier 2023 ;

S'ASSOCIE à la proposition de loi n° 309 visant à préserver le jury populaire de cour d'assises, présentée par Madame la députée Francesca Pasquini et enregistré le 11 octobre 2022 à la présidence de l'Assemblée nationale ;

EXIGE qu'il soit renoncé à la généralisation des cours criminelles départementales.

Revirement de jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d'indemnisation des victimes de l'amiante

Commentaire des Arrêts de l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation
du 20 janvier 2023 n°20-23.673 & n° 21-23.947



La Cour de Cassation s'est prononcée ce 20 janvier 2023 sur l'indemnisation de deux salariés morts d'un cancer des poumons après avoir inhalé des poussières d'amiante dans le cadre de leur activité professionnelle.
Ces salariés s'étaient vus reconnaitre une maladie professionnelle et avaient attraient leur employeur en faute inexcusable, faute inexcusable qui avait été jugée établie.
Jusqu'alors, la Cour de cassation jugeait que la rente prévue par le code de la sécurité sociale, versée aux victimes de maladie professionnelle ou d'accident du travail en cas de faute inexcusable de l'employeur, indemnisait tout à la fois la perte de gain professionnel, l'incapacité professionnelle et le déficit fonctionnel permanent (le handicap dont vont souffrir les victimes dans le déroulement de leur vie quotidienne).
Pour obtenir, de façon distincte, une réparation de leurs souffrances physiques et morales, ces victimes devaient rapporter la preuve que leur préjudice n'était pas déjà indemnisé au titre de ce déficit fonctionnel permanent.
Cette preuve pouvait être difficile à apporter.
Dans la première affaire (pourvoi n° 21-23.947), la cour d'appel a considéré qu'une

rente devait être versée à la victime d'une maladie professionnelle, comme le prévoit le code de la sécurité sociale ; mais qu'en revanche, les souffrances physiques et morales endurées par le malade après la « consolidation » constituaient un préjudice personnel qui devait être réparé de façon spécifique.
L'État avait formé un pourvoi.
Dans la seconde affaire (pourvoi n°20-23.673), la cour d'appel avait considéré au contraire que la rente prévue par le code de la sécurité sociale devait être versée mais qu'il n'y avait pas lieu d'y adjoindre le versement d'indemnités liées aux souffrances physiques et morales de la victime après la « consolidation ». Les ayants droit de ce salarié avaient donc formé un pourvoi.
Eu égard à ces divergences de position, la Cour de cassation a examiné ces deux affaires en assemblée plénière.
Par arrêts du 20 janvier 2023 (pourvois n° 21-23.947 et n°20-23.673), la Cour de Cassation a procédé à un revirement de jurisprudence, aux termes d'un attendu de principe indiquant :« L'ensemble de ces considérations conduit la Cour à juger désormais que la rente ne répare pas déficit fonctionnel permanent ».
Dans la première affaire, le pourvoi formé par l'agent judiciaire de l'Etat a, par conséquent, été rejeté, la Cour de cassation ayant considéré : « Après avoir énoncé à bon droit que la rente versée à la victime, eu égard à son mode de calcul appliquant au salaire de référence de cette dernière le taux d'incapacité permanente défini à l'article L. 4342 du code de la sécurité sociale, n'avait ni pour objet ni pour finalité l'indemnisation des souffrances physiques et morales prévue à l'article L. 4523 du même code et qu'une telle indemnisation n'était pas subordonnée à une condition tirée de l'absence de souffrances réparées par le déficit fonctionnel permanent, la cour d'appel a exactement décidé que les souffrances physiques et morales de la victime pouvaient être indemnisées ».
S'agissant de la seconde affaire, la Cour casse et annule l'arrêt de Cour d'appel en indiquant :« pour rejeter la demande des ayants droit en réparation du préjudice causé par les souffrances physiques et morales endurées par la victime, l'arrêt retient que celle-ci était retraitée lors de la première constatation de la maladie prise en charge au titre du risque professionnel, de sorte qu'elle n'avait subi aucune perte de gains professionnels ni d'incidence professionnelle. Il en déduit que la rente indemnise le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent » « En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».
Ce faisant, la Cour de cassation élargit le périmètre d'indemnisation d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, en cas de faute inexcusable de l'employeur.
Les victimes, comme leurs ayants droit, seront mieux indemnisées, notamment celles qui ont été exposées à l'amiante.

Maître Anne VINCENT-IBARRONDO, Avocate
Avocate Associée du Cabinet Voltaire Avocats

Trois fois trop peu

Au nom des libertés et des droits fondamentaux, nous devons rapatrier les familles de djihadistes.



Trois, c'est le nombre de fois où la violation par la France de ses engagements internationaux a été constatée par le Comité des droits de l'enfant, la Cour européenne des droits de l'Homme et le Comité contre la torture des Nations Unies.
Trois, c'est donc le nombre de conventions internationales ratifiées qui ont été violées par la France : la Convention relative aux droits de l'enfant, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.
Trois, c'est aussi le nombre de fondements à ces condamnations : violation du droit d'entrer sur le territoire national, droit à la vie et interdiction des traitements inhumains et dégradants.
Ironie du sort, trois c'est aussi le numéro de l'article de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme interdisant la torture ainsi que les traitements inhumains et dégradants.
Ainsi, « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. » (1)
Nul ... Même les familles de djihadistes ?

<u>Le contexte.</u>

Cette question occupe le débat politique de manière si régulière et inerte qu'avant que l'action n'apparaisse à l'horizon trois instances internationales avaient déjà eu le temps d'analyser et de trancher cette question. (2)
C'est dire si pour une fois, le temps de la judiciarisation a été bien plus rapide que le temps politique et médiatique.

Et pourtant, cette triple constatation de la violation par la France de ses engagements internationaux, et plus particulièrement de l'obligation positive de protéger le droit à la vie ainsi que l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, n'a pas suffi à convaincre l'unanimité de l'opinion publique et des parlementaires, obligeant le Garde des Sceaux à défendre le rapatriement d'une poignée de familles lors d'une récente session de questions au Gouvernement.
Interrogé pour ne pas dire accusé d'un changement de doctrine par une sénatrice, reprochant le prétendu abandon de la doctrine du rapatriement au « cas par cas » à la faveur d'un rapatriement systémique et au détriment de la sécurité des français, Éric Dupond-Moretti a répondu dans ses termes :

« Nous n'avons pas changé. La position du gouvernement est extrêmement claire (...) Ceux qui ont choisi Daesch doivent être jugés au plus près des lieux où ils ont commis leurs crimes. Mais, il y a des enfants, Madame la sénatrice, qui n'ont rien choisi et qui doivent être traités avec humanité et vigilance [...] Ce sont des enfants français. Ne vous en déplaise (...) Nous n'avons pas changé. Nous rapatrions à la demande à chaque fois que c'est possible en ayant à l'esprit la sécurité de nos forces de l'ordre. Les femmes ont toutes fait l'objet d'une judiciarisation. Et les enfants, ils sont placés parfois auprès de leurs grands-parents, parfaitement intégrés, parfaitement honnêtes et parfaitement Français. »



L'intervention du Garde des sceaux a pour mérite de rappeler que le djihadiste est à distinguer de sa famille, mais surtout de l'enfant à qui rien d'autre que sa filiation suffit à le maintenir éloigné du territoire, dans des conditions sanitaires désastreuses (3), et dans un environnement où l'inertie de la France a été qualifié de traitements inhumains et dégradants et de méconnaissance de l'obligation positive de protection du droit à la vie, par les instances internationales protectrices des libertés et des droits

fondamentaux.
Son intervention a également pour mérite de rappeler que le rapatriement sur le territoire français n'est en rien une grâce présidentielle, il n'interdit aucunement la judiciarisation de celles et ceux qui ont été contre la loi.
A ce jour, des centaines de femmes et d'enfants restent bloqués en Syrie, en dépit des violations évidentes constatées et rendues publiques par le comité des droits de l'enfant, le comité contre la torture des Nations Unies et la Cour européenne des droits de l'Homme.

Trois violations.

Les trois instances internationales précitées ont constaté trois violations des engagements internationaux de la France : le droit d'entrer sur le territoire national, l'obligation positive de protection du droit à la vie et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants.
Après avoir été condamnée le 24 février 2022 par le comité des droits de l'enfant, et après avoir été condamnée le 14 septembre 2022 par la Cour européenne des droits de l'Homme (4), c'est récemment le comité contre la torture des Nations Unies qui a constaté, le 19 janvier 2023, la violation par la France de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, dont elle est signataires depuis 1986.
Ces trois instances internationales constatent que le refus de la France de rapatrier des enfants français détenus dans des camps syriens dans des conditions mettant leur vie en danger depuis des années viole leur droit d'entrer sur le territoire national, leur droit à la vie, ainsi que leur droit à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants.
Dans sa récente décision, le Comité contre la torture des Nations Unies a estimé que la France a la responsabilité et le pouvoir de protéger les enfants français dans les camps syriens contre un risque imminent pour leur vie en prenant des mesures pour les rapatrier.
De plus, le Comité a considéré que la détention prolongée des enfants victimes dans des conditions mettant leur vie en danger équivaut également à des peines ou traitements inhumains et dégradants.
Le Comité a conclu que la France ne démontre pas qu'elle avait dûment pris en compte l'intérêt supérieur des enfants victimes lors de l'évaluation des demandes de rapatriement de leurs proches.
Dans ces conditions, le Comité contre la torture des Nations Unies a exhorté la France à prendre des mesures urgentes pour rapatrier les 38 enfants victimes restants.
Dans l'intervalle, la Comité a demandé à la France de prendre des mesures supplémentaires pour atténuer les risques pour la vie, la survie et le développement des enfants victimes pendant leur séjour dans le nord-est de la Syrie.

Concernant la méconnaissance du droit d'entrer sur le territoire national, il faut cette fois se pencher sur la Cour européenne des droits de l'Homme et sa décision de Grande Chambre du 14 septembre 2022.
Plus précisément, les faits portés devant la Cour européenne des droits de l'Homme étaient les suivants.
Les autorités françaises ont refusé la demande de rapatriement des filles et petits enfants des requérants retenus dans les camps du nord-est de la Syrie administrés par les Forces démocratiques syriennes (FDS).
Les requérants arguaient que ce refus méconnaissait deux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme :

- L'interdiction des traitements inhumains et dégradants
- Droit d'entrer sur le territoire national

D'abord, c'est la question de la compétence de la Cour qui est à retenir. En effet, La Cour européenne des droits de l'Homme a d'abord relevé que les proches des requérants ne relevaient pas, en principe, de la juridiction de la France en ce que les traitements inhumains et dégradants reprochés ne sont pas directement imputables à la France (mais à Daesch, sur le territoire syrien). Toutefois, la Cour a considéré qu'il existe en l'espèce des circonstances exceptionnelles propres à établir un lien juridictionnel entre l'État français et les personnes dont les requérants demandent le rapatriement.
Sur le fond, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que les ressortissantes françaises et leurs enfants ne bénéficiaient pas d'un droit général au rapatriement au titre du droit d'entrée sur le territoire national garanti par l'article 3 § 2 du Protocole n°4 additionnel à la Convention.
Il convient toutefois de préciser que la protection offerte par le droit d'entrée sur le territoire national « peut faire naître des obligations positives à la charge de l'État en cas de circonstances exceptionnelles tenant à l'existence d'éléments extraterritoriaux tels que, par exemple, ceux qui mettent en péril l'intégrité physique et la vie des nationaux retenus dans les camps, en particulier celles des enfants. »
Dans de telles conditions, l'État doit mettre en place des garanties contre le risque d'arbitraire dans la manière de respecter cette obligation positive de protection.
La Cour préconise alors d'apporter les garanties suivantes :

- Un organe indépendant chargé de contrôler la légalité des demandes de retour sur le territoire national doit pouvoir être saisi d'un éventuel refus ou manque de résultat
- Ce contrôle doit permettre d'éliminer le risque d'arbitraire, en permettant de prendre connaissance, même sommairement, des motifs de la décision et de vérifier qu'ils reposent sur une base factuelle suffisante et raisonnable et que les justifications tirées de considérations impérieuses d'intérêt public ou de difficultés d'ordre juridique, diplomatique et matériel.

Il convient de préciser que lorsqu'une telle demande est formulée pour un mineur, il faut qu'une vérification de la prise en compte de l'intérêt supérieur des enfants par les autorités compétentes puisse être faite.
A ce jour, aucune de ces garanties n'a été mise en place, au défi de l'effectivité des conventions protectrices des libertés et des droits fondamentaux.
Il est enfin le temps de répondre à la problématique posée : faut-il rapatrier les familles de djihadistes ?
Si la fondamentalité des libertés et des droits est toujours le cœur de notre État de droit, alors oui il faut rapatrier les familles de djihadistes, sans préjudice aucun de la nécessaire judiciarisation des faits répréhensibles commis par elles.
Il en va du respect de nos valeurs.
A défaut d'acceptation de ce nécessaire rapatriement, c'est l'effectivité de tout notre système de protection des libertés et des droits fondamentaux qui est trahit, au risque de faire primer le populisme sur la fondamentalité de l'État de droit.

Rémy DANDAN, Avocat au Barreau de LYON
Enseignant en droit de l'urbanisme
Enseignant en protection des libertés et des droits fondamentaux

Notes de bas de pages :

1) Article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
2) Dont la Cour européenne des droits de l'Homme dont on sait que la saisine implique d'avoir déjà épuisé tous les recours internes
3) Le 5 décembre 2019 déjà, dans une question écrite au Gouvernement, le Sénateur Eric Gold rappelait que « L'organisation mondiale de la santé dénonce des conditions sanitaires effroyables : les enfants manquent d'eau, de nourriture et de soins, certains sont malades et tous, profondément marqués par ce qu'ils ont vu et subi, portent les stigmates des traumatismes de guerre. »
4) CEDH, Grande Chambre, 14 septembre 2022, (affaires n°24384/19 et n°44234/20)



Autour de l'arrêt *Blanco*

1873-2023

Conseil d'Etat

Salle de l'Assemblée générale

Mercredi 8 février 2023

Université d'ORLÉANS · CRJ POTHIER · Centre Michel de l'Hospital · CONSEIL D'ÉTAT · UPEC UNIVERSITÉ PARIS-EST CRÉTEIL · MIL MARCHÉS, INSTITUTIONS, LIBERTÉS · IUF · DALLOZ

Le Contrôle de la Collaboration libérale

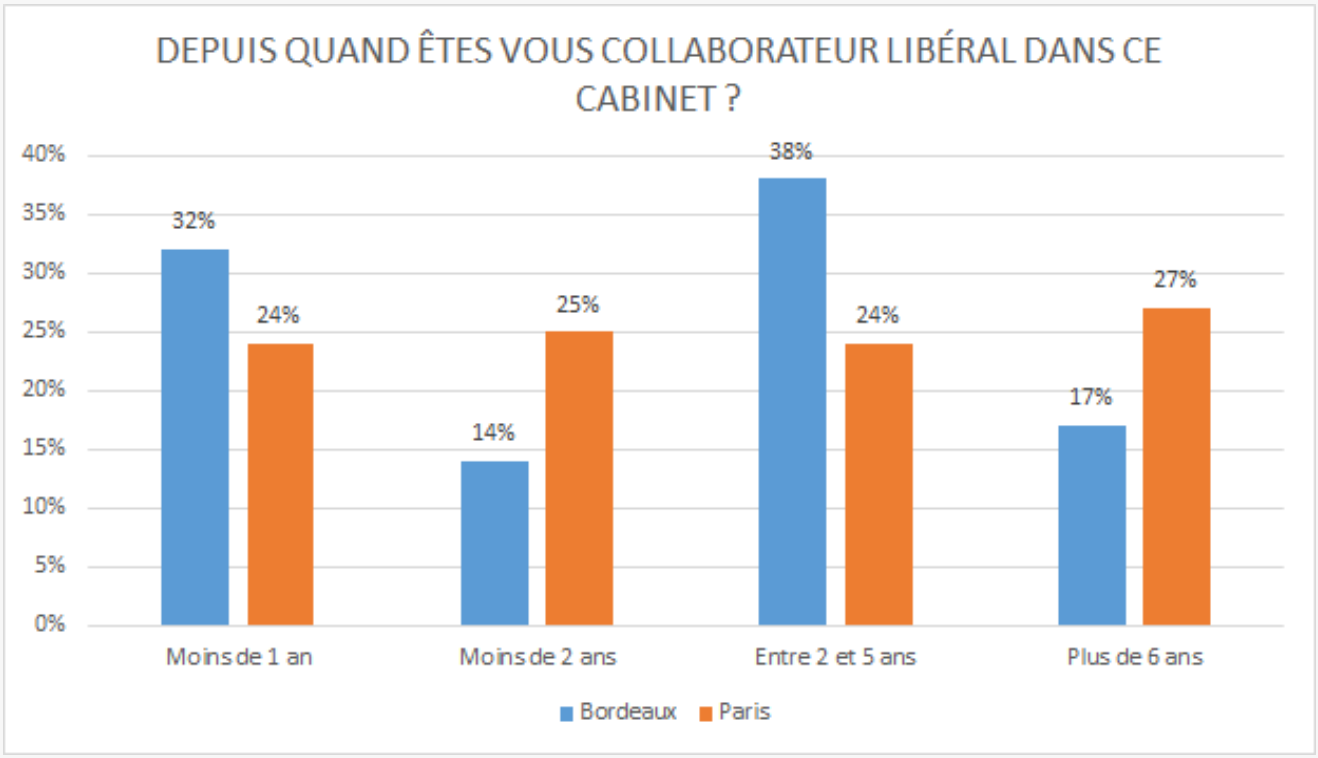
Rapport et commentaire sur l'analyse comparée des cas des Barreaux de Paris et de Bordeaux suite aux sondages de 2020 et de 2022.

Dans le cadre de la Réforme de l'article 14-2 du Règlement Intérieur Nationale de la Profession d'Avocat, le Conseil National des Barreaux, à l'initiative de la Fédérations Nationale des Unions de Jeunes Avocats (1), a inséré une disposition précisant que le Conseil de l'Ordre « procèdera régulièrement à un contrôle des conditions d'exécution du contrat, selon des modalités qu'il fixe. » (2)
Suite à cette modification, le Conseil de l'Ordre du Barreau de Bordeaux établissait un questionnaire permettant d'effectuer ce contrôle et, par sa répétition annuelle, de constater l'évolution de la situation en la matière.
Au terme de la résolution votée par le Conseil de l'Ordre, il était décidé que le Représentant du Jeune Barreau au sein du Conseil de l'Ordre aurait la tâche de présenter les résultats du questionnaire aux membres du Conseil et d'établir un rapport sur la question.

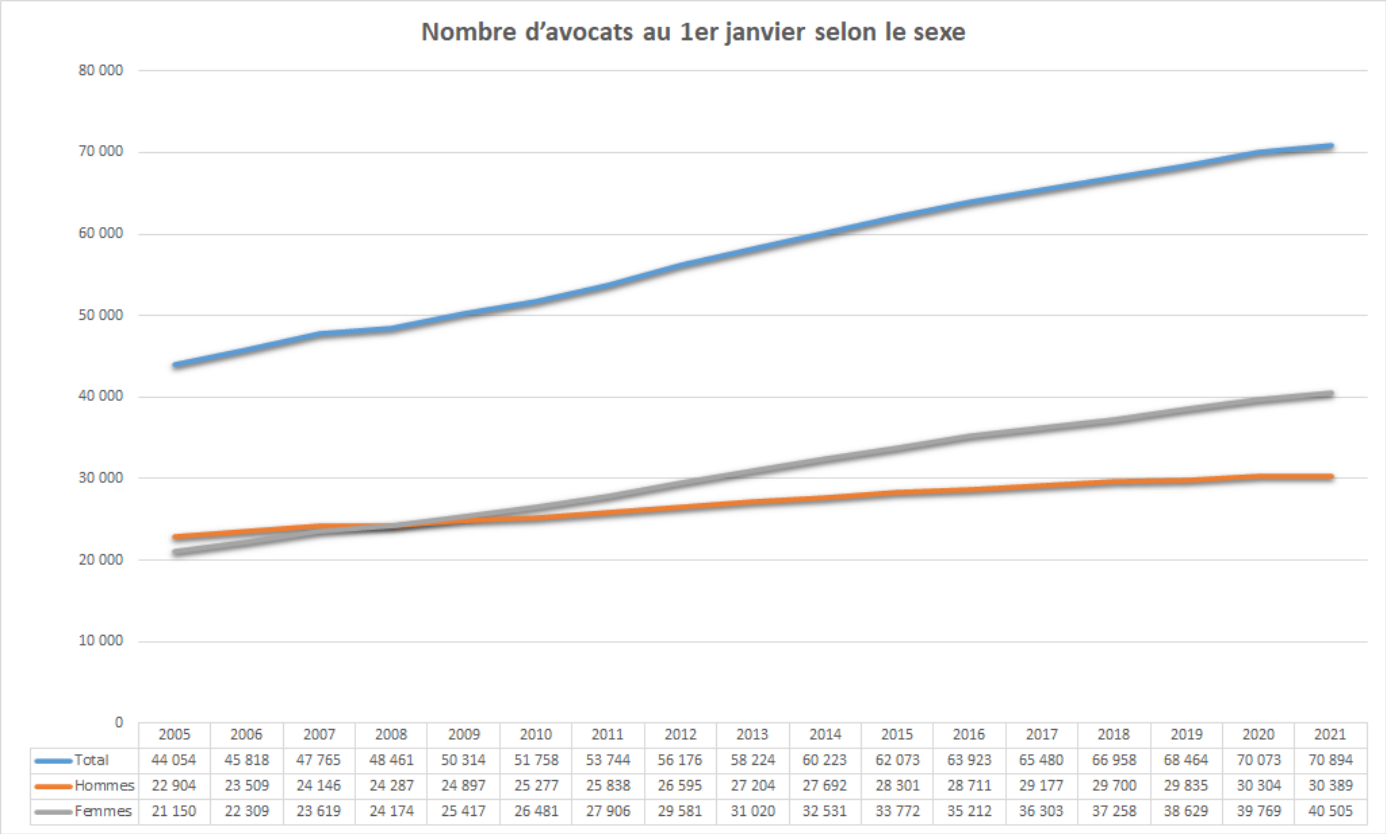
I. CONTEXTUALISATION ET HISTORIQUE.

A) Sur l'évolution récente de la question de la collaboration libérale.

Comme l'écrit Maître Dominique PIAU en 2010, « la collaboration libérale n'est pas uniforme mais protéiforme. Le prétendu « statut de la collaboration libérale » n'est qu'un vaste tonneau des Danaïdes dont on peut parler sans fin sans que rien de concret ne sorte. » (3)



Pour comprendre l'importance de la question de la collaboration, il convient en premier lieu de reprendre quelques chiffres nationaux : en premier lieu, le nombre d'avocats en France a connu une augmentation de 92,27% passant de 36.445 membres en 2000 (4) à 70.073 en 2020 (5). Prise sur une période plus importante, la tendance donne le vertige. Ainsi, la population de la profession a-t-elle été multipliée par 8,8 entre 1973 (8.035) et 2021 (70.894). Rappelons que dans le même temps, la population française dans son ensemble passait de 53,21 millions à 67,75 en 2021, soit un rapport de 15 avocats pour 100.000 français en 1973 à 105 avocats pour 100.000 habitants.
Dans le même temps, la profession s'est très largement féminisée. En effet, si elle était encore majoritairement masculine jusqu'en 2007, les chiffres montrent dès 2009 et en 2021 de façon frappante, que les femmes sont devenus majoritaires au Barreau.

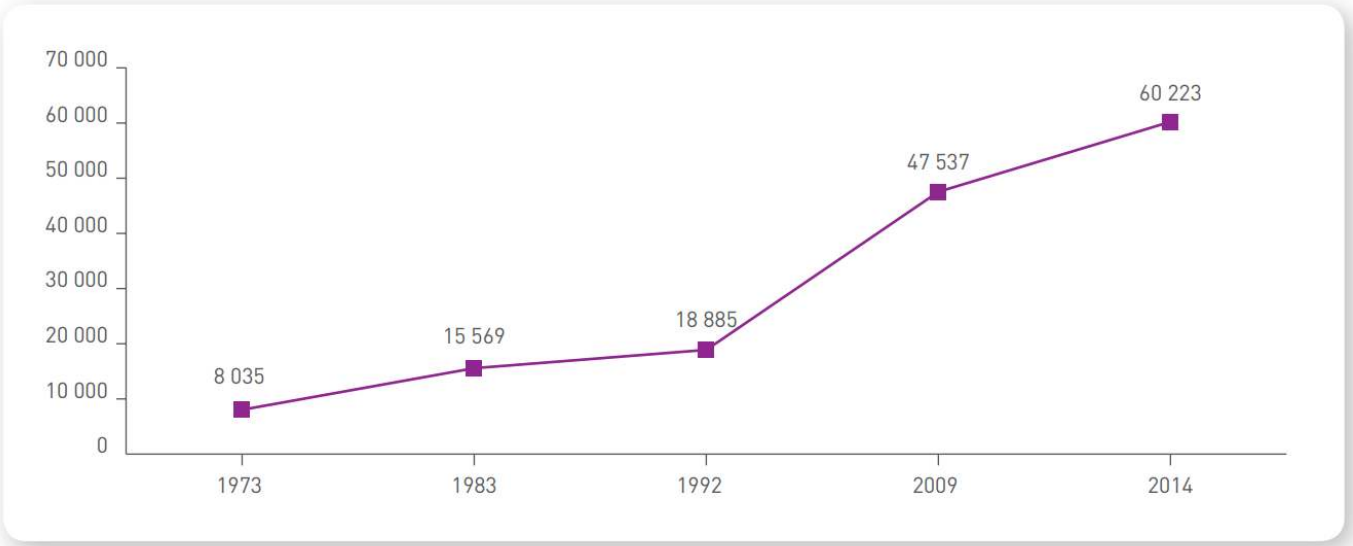


	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Total	44 054	45 818	47 765	48 461	50 314	51 758	53 744	56 176	58 224	60 223	62 073	63 923	65 480	66 958	68 464	70 073	70 894
Hommes	22 904	23 509	24 146	24 287	24 897	25 277	25 838	26 595	27 204	27 692	28 301	28 711	29 177	29 700	29 835	30 304	30 389
Femmes	21 150	22 309	23 619	24 174	25 417	26 481	27 906	29 581	31 020	32 531	33 772	35 212	36 303	37 258	38 629	39 769	40 505

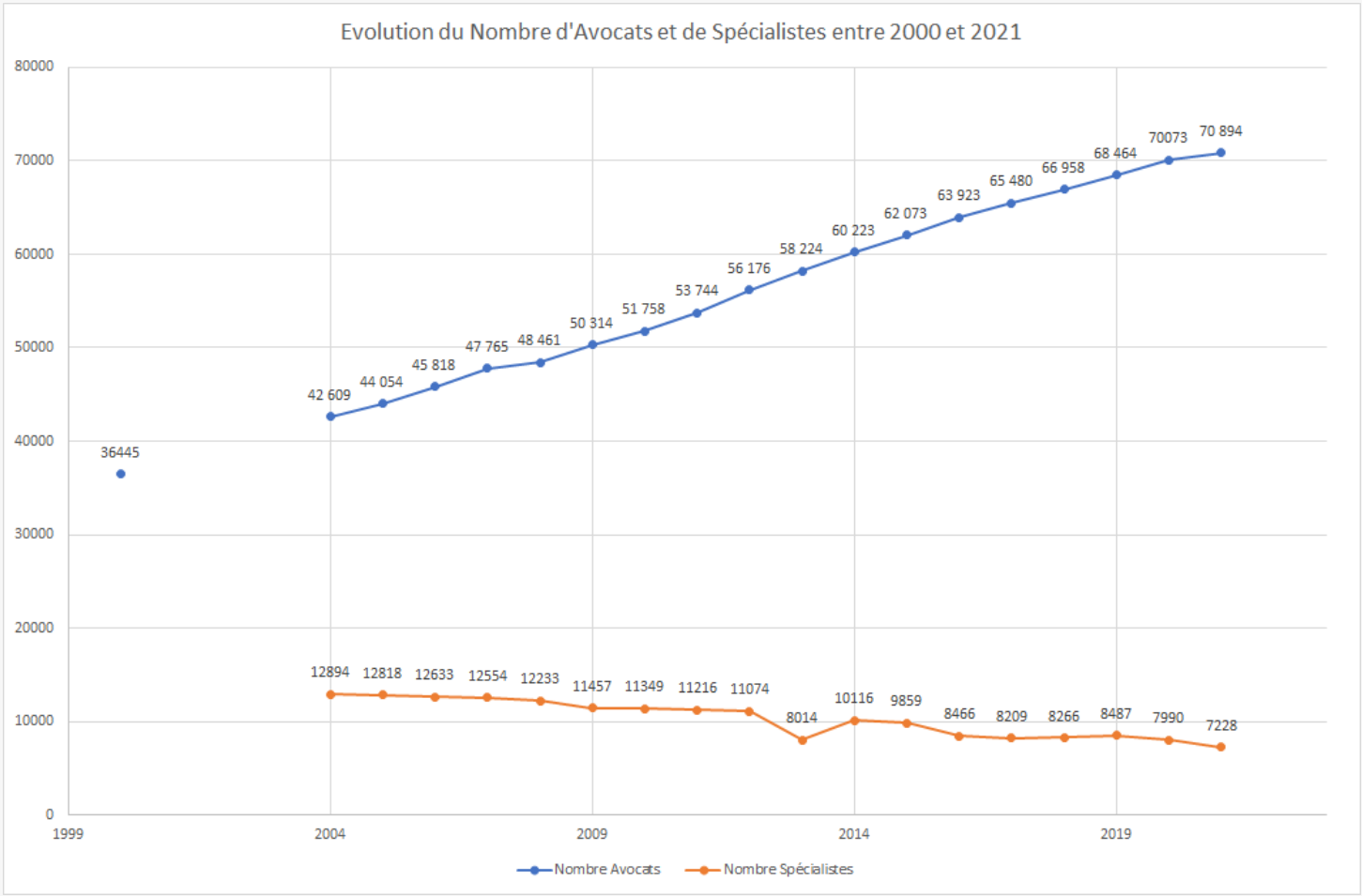
De plus, comme le rappelle Delphine IWEINS, « les collaborateurs représentent 29 % du Barreau, 86 % d'entre eux sont libéraux dont 90 % depuis moins de dix ans. » (6)
Ces chiffres sont conformes à ceux du Barreau de Bordeaux aujourd'hui qui présente un pourcentage de collaborateurs libéraux d'environ 30% (7) dont 86,89%, selon le sondage, depuis moins de dix ans de barre (8). Le sondage permet d'ailleurs de constater que le point de bascule dans la collaboration libérale est la fin de la cinquième année : 64,63% des collaborateurs ont moins de cinq ans de barre, contre, seulement, 35,37% au-delà (9). Le même cycle se retrouve lorsqu'on aborde la durée de la collaboration au sein d'un même cabinet : seul 16,82% des collaborateurs demeurent au sein d'un même cabinet au-delà de 5 ans. (10)

Ce constat est relativement logique puisque la collaboration libérale est le moyen de trouver un premier emploi tout en développant une clientèle propre avec la possibilité à terme soit d'intégrer une structure d'exercice en groupe ou de succéder à un patron (11). La Direction Générale des Entreprises, au terme de son enquête de juin 2016, indiquait d'ailleurs que 94% des avocats interrogés avaient signé, un jour, un contrat de collaboration libérale, soit comme collaborateur, soit comme patron.

▶ Évolution de l'effectif entre le 1er janvier 1973 et le 1er janvier 2014

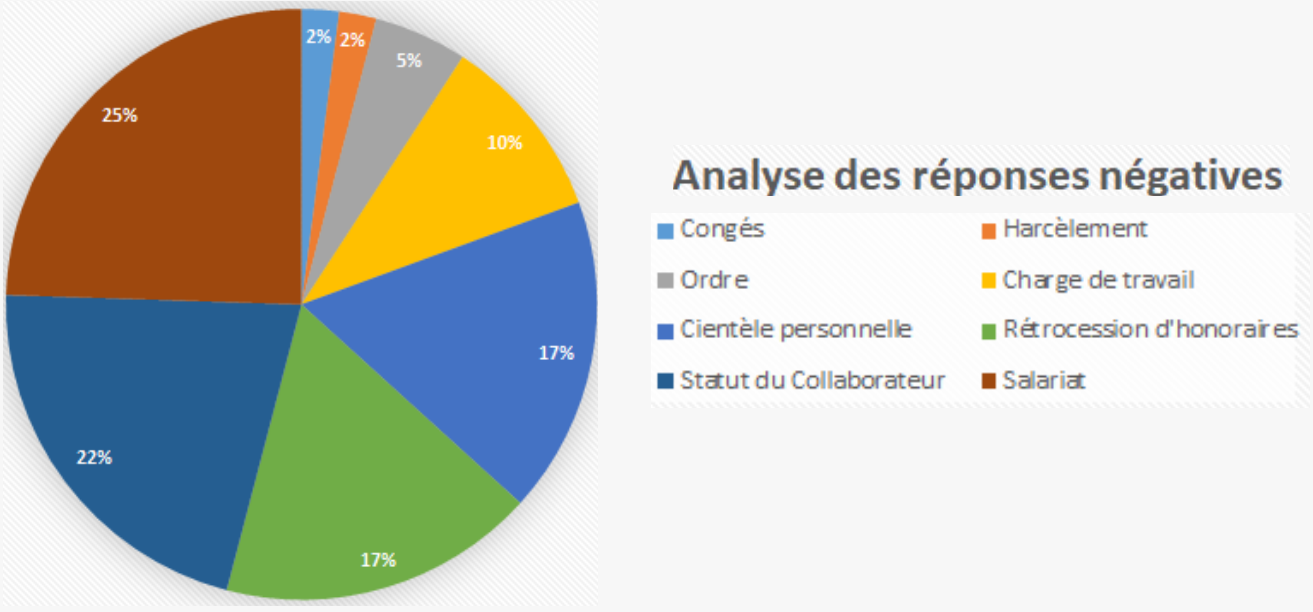


Cité par : CNB Observatoire, Regards sur la démographie des avocats, octobre 2010, mise à jour Pollen Conseil



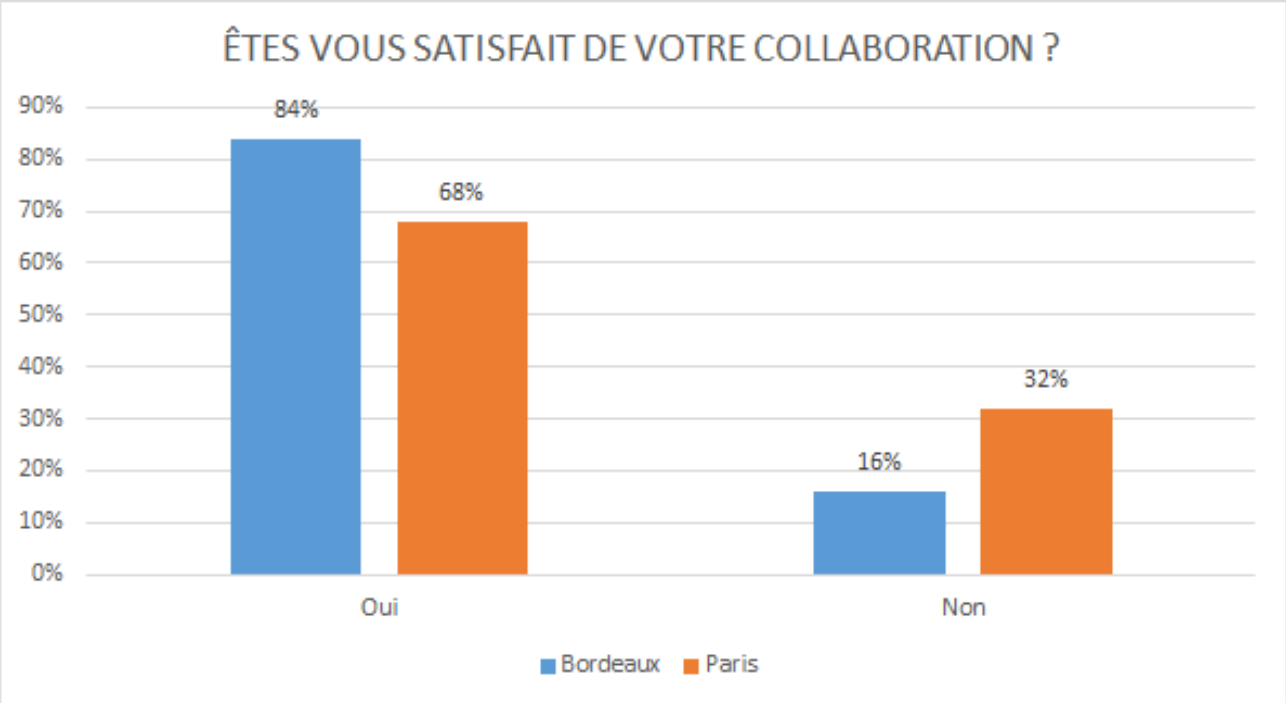
B) La mise en place de cette obligation de contrôle.

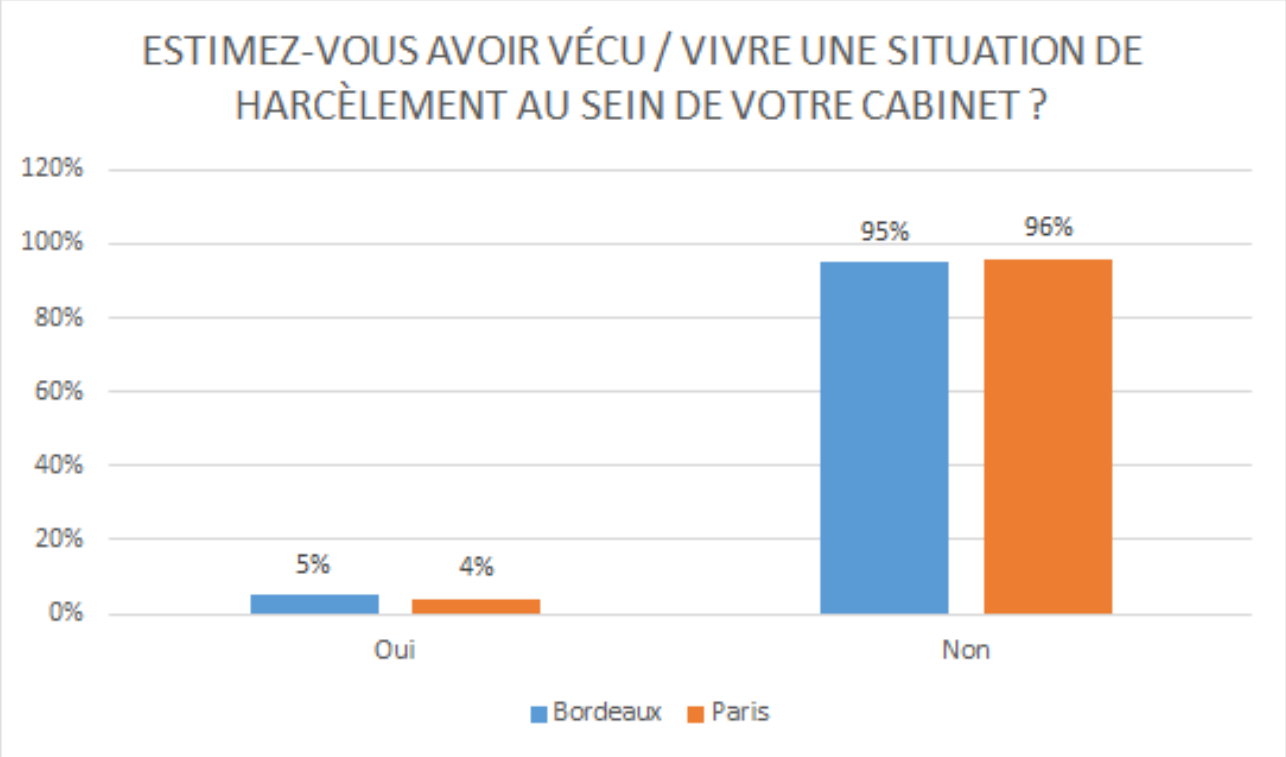
L'objectif avoué de cette obligation est de « libérer la parole et identifier les cabinets qui sont coutumiers de certaines pratiques qui ne sont pas correctes, dans lesquels les conditions de travail des collaborateurs sont vraiment déplorables. » (12)
En effet, confronté à un important turn-over des avocats collaborateurs entre les cabinets mais également à une fuite de ceux-ci vers d'autres secteurs d'activité et professions, le Président de la Commission Collaboration précise qu'il est nécessaire « qu'il y ait un regard sur les conditions d'exécution des contrats de collaboration dans tous les barreaux. Le mieux, c'est un contrôle in situ, et, a minima, l'envoi d'un questionnaire aux collaborateurs. Et si les questionnaires ne reviennent pas, ce doit être un signal d'alarme pour l'ordre. » (13)
Force est d'ailleurs de constater que ces deux éléments se vérifient à l'analyse des réponses du questionnaire transmis aux collaborateurs du Barreau de Bordeaux : en effet le cap de la première année est à l'évidence le premier écueil à franchir dans la relation de collaboration libérale puisque si 31,5% des collaborateurs indiquent être en collaboration au sein de leur cabinet actuel depuis moins d'un an, ils ne sont que 14,07% a donné la même réponse pour moins de deux. Le chiffre remonte pour la période entre deux et cinq ans pour atteindre 37,61%, avant de retomber à nouveau, la barre des cinq ans étant le second point de passage important que nous pouvons analyser en l'espèce.
Le second point ressort pour sa part des remarques que les collaborateurs pouvaient laisser en fin de questionnaire. Les raisons invoquées pour quitter la profession sont identiques : salariat déguisé sans les avantages du véritable salariat (25%) à rapprocher des critiques émises quant au statut du collaborateur (22%) et plus largement des raisons économiques tenant au développement de la clientèle personnelle (17%) et à la rétrocession d'honoraires (17%). (14)
Ces éléments étant établis, il convient maintenant d'entrer dans l'analyse à proprement parlé des réponses données au questionnaire.

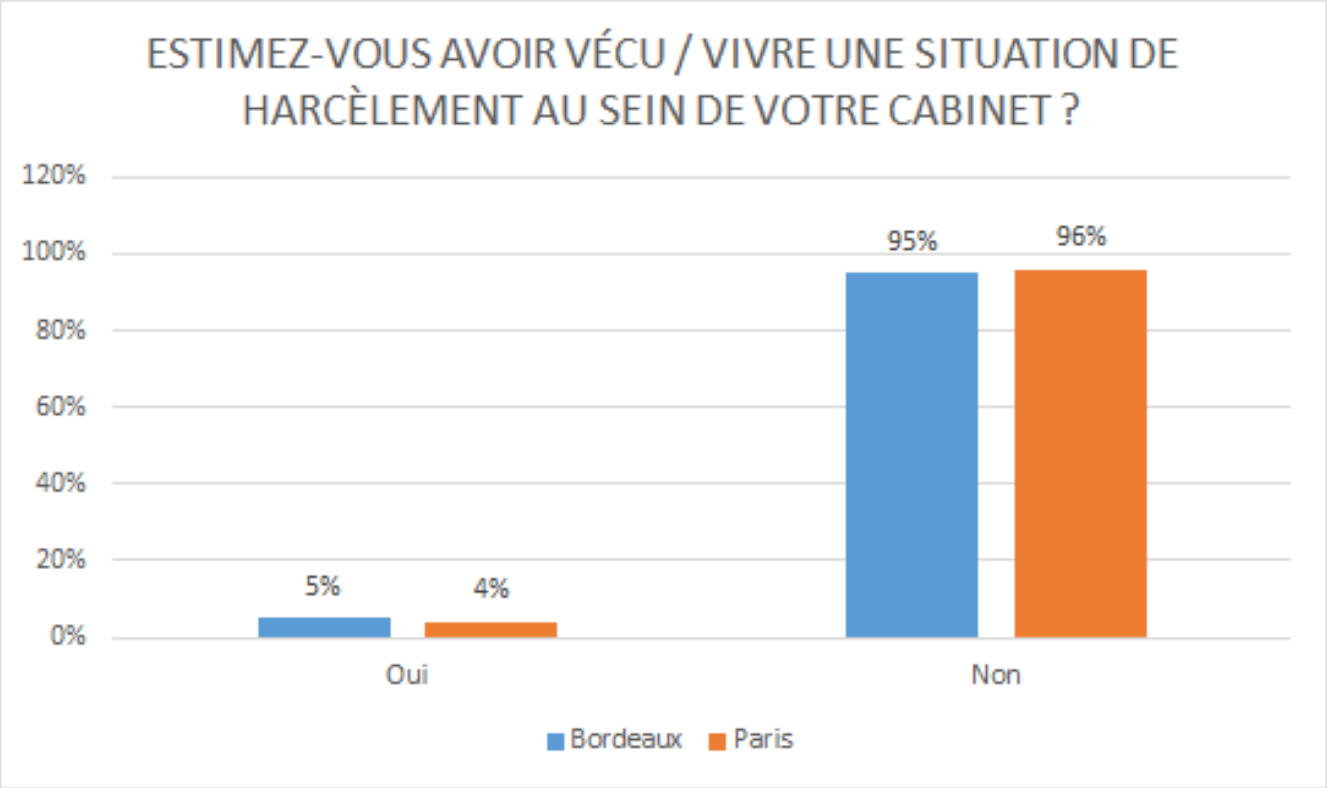


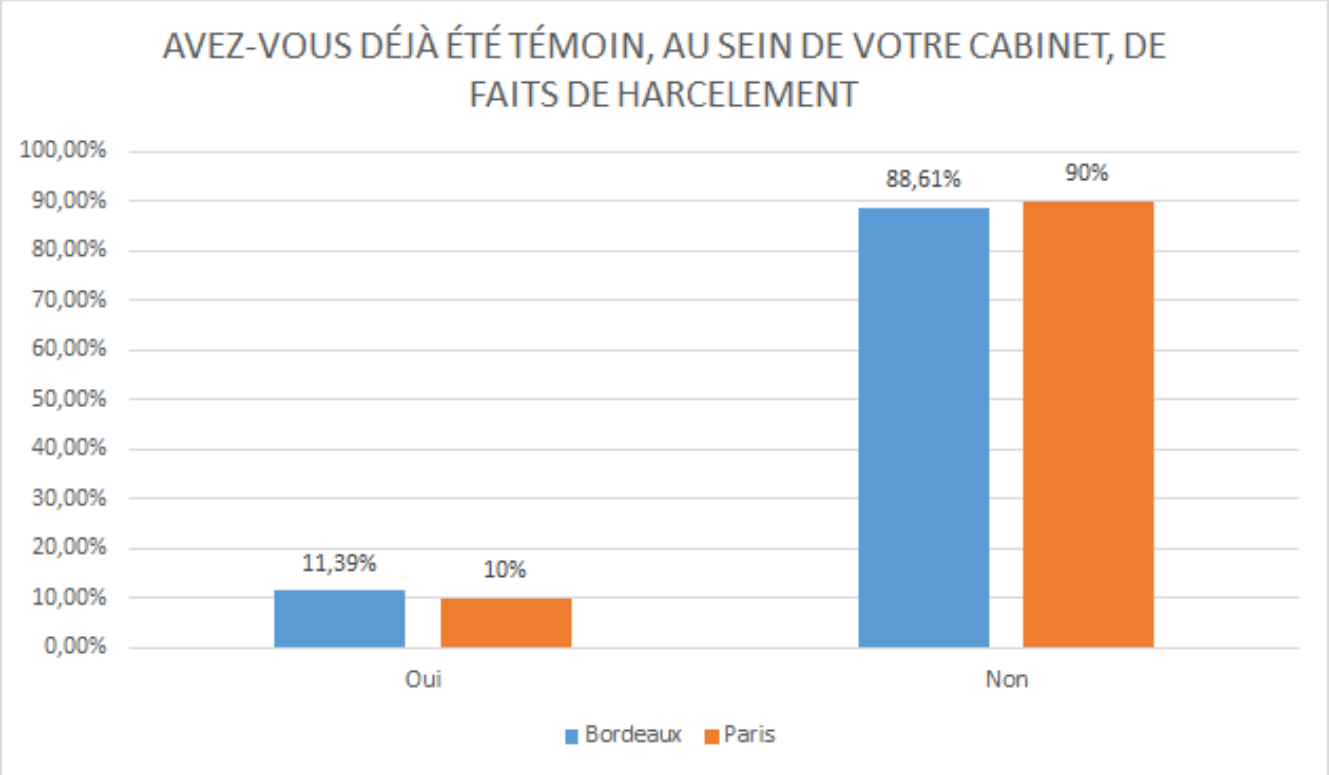
II. ANALYSE.

En premier lieu, il faut signaler la forte mobilisation pour répondre à ce questionnaire. (15)
En second lieu, et fort heureusement, il ressort de ces résultats que l'écrasante majorité des avocats collaborateurs vivent bien leur collaboration : 84,08% de satisfaction.
Pour ce qui est des aspects les plus graves (16), les résultats sont également plus que satisfaisants. Si 11,39% indiquent avoir été témoins de fait de harcèlement, seuls 4,73% estiment avoir été victimes directes de fait de harcèlement. De même, les sondés estiment (parmi ceux concernés) à 96,49% que leurs droits de parentalité ont été respectés.






ESTIMEZ-VOUS AVOIR VÉCU / VIVRE UNE SITUATION DE HARCÈLEMENT AU SEIN DE VOTRE CABINET ?
120%
100%
80%
60%
40%
20%
0%
5%
4%
95%
96%
Oui
Non
Bordeaux
Paris

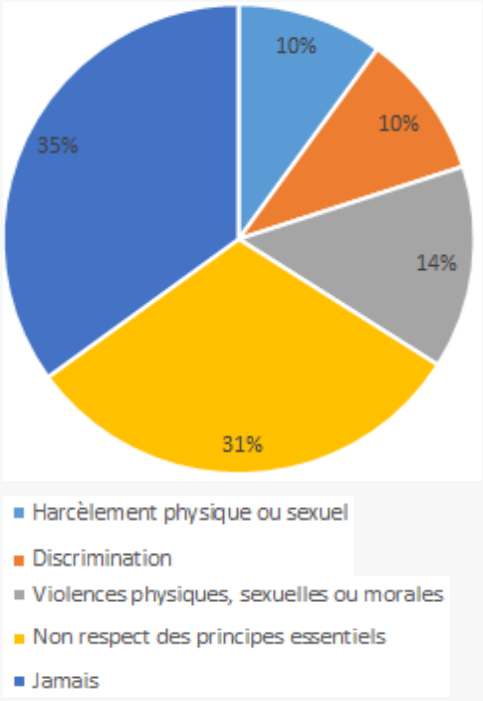

AVEZ-VOUS DÉJÀ ÉTÉ TÉMOIN, AU SEIN DE VOTRE CABINET, DE FAITS DE HARCELEMENT
100,00%
90,00%
80,00%
70,00%
60,00%
50,00%
40,00%
30,00%
20,00%
10,00%
0,00%
11,39%
10%
88,61%
90%
Oui
Non
Bordeaux
Paris

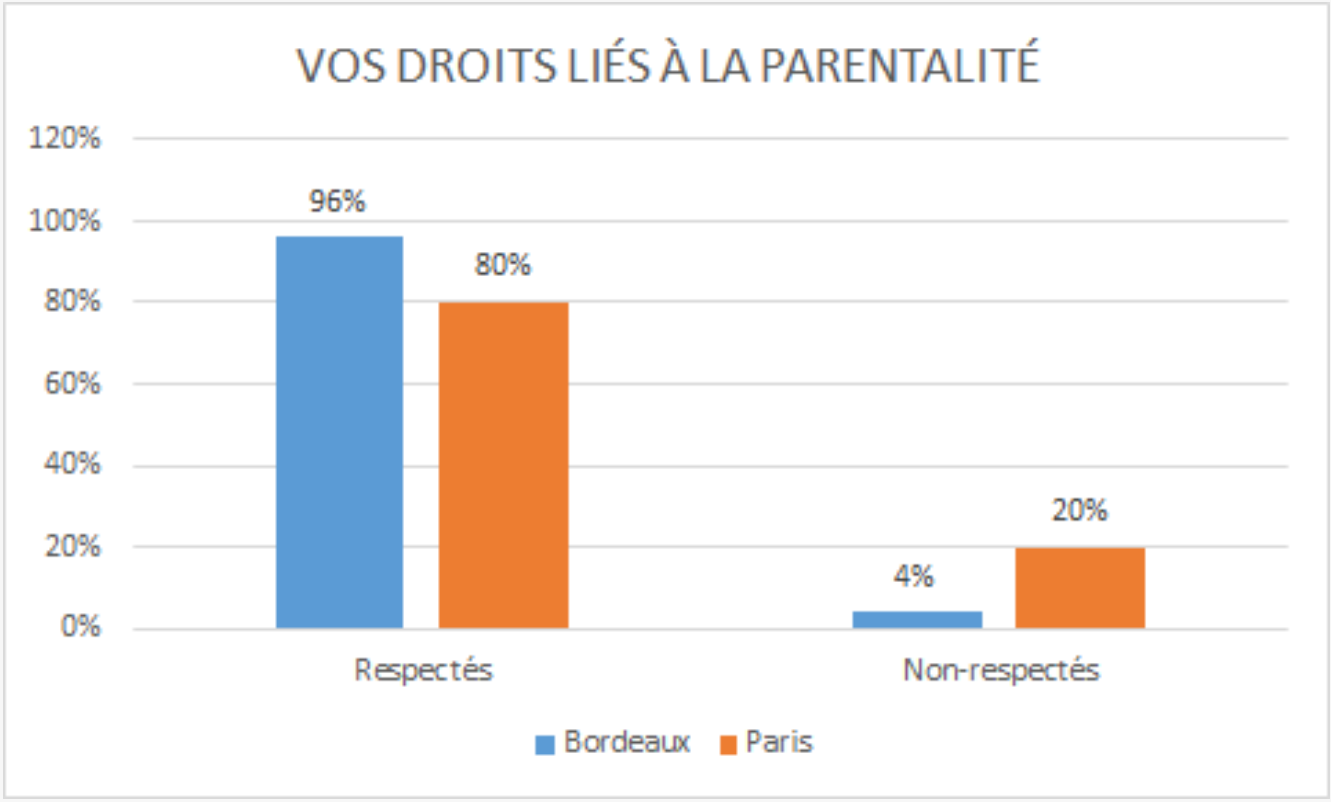
Les abus sont bien sûrs toujours trop nombreux mais il convient de remettre en perspective ces chiffres avec les chiffres nationaux et notamment les chiffres de satisfaction au sein de la collaboration qui n'atteignait que 47% lors d'une étude gouvernementale (17). Celle-ci est néanmoins à relativiser. En effet, après une large enquête réalisée en septembre/octobre 2020, la Commission Protection Collaboration du Barreau de Paris atteignait un score de 68% de satisfaction. (18)

De même, lors d'une enquête en 2008, le Barreau de Paris avait constaté que 71% d'avocates étaient confrontées à des difficultés lors de leur retour de grossesse et que 7% étaient directement remerciées en fin de grossesse. (19)

De plus, il faut reconnaître que si notre questionnaire se penche sur deux aspects important de la vie du collaborateur, il ne fait pas mention des « violences physiques, sexuelles ou morales » et des faits de « non-respect des principes essentiels ». Or ces faits sont mentionnés par, respectivement, 11% et 29% des sondés lors l'enquête menée en 2020 par le Barreau de Paris (20). Les faits de discriminations et de harcèlement sexuel ou moral représentant, respectivement, 6% et 4%.

PARIS - AVEZ-VOUS DEJA ETE TEMOIN, AU SEIN DE VOTRE CABINET, DES FAITS SUIVANTS ?





Le point central des difficultés rencontrées par les collaborateurs est cependant économique et financier.

Financier, d'abord, puisque 17% des commentaires négatifs laissés au terme du questionnaires men-le caractère insuffisant des minima ordinaux étant de surcroît entendu que 7,77% des collaborateurs connaissent de réguliers retards de paiement.

Concernant la question des minima ordinaux, il convient de faire le parallèle avec l'avocat salarié et le revenu minimal octroyé par la Convention collective nationale des avocats et de leur personnel du 20 février 1979. Si on reprend les définitions de poste le collaborateur débutant (1ère et 2ème année) serait a priori recruté Niveau 2 (Cadres) - 1er échelon (débutant) avant de pas-ser au 2ème échelon (expérimen-té) en 3ème ou 4ème année.

L'avocat salarié peut donc légitimement solliciter un salaire minimal de 2.906,90 € en première année et de 3.095,66 € en troisième année.

Or en tenant compte d'une provision minimale de 35% de charges, l'avocat collaborateur libéral devrait avoir a minima une rétrocession d'honoraires de 4.472,15 € pour obtenir un traitement similaire et de 4.762,55 € en troisième année. Compte-tenu des minima ordinaux actuelle, il faudrait qu'un collaborateur facture 2.072,15 € mensuellement pour obtenir un revenu équivalent. Or nous savons que la facturation personnelle moyenne mensuelle des collaborateurs du Barreau de

Grille des salaires minima hiérarchiques			
Branche des personnels salariés des cabinets d'avocats (IDCC 1000)			
Niveau	Coefficient	Valeur du point	Salaire minima au 1er janvier 2023
4	207	8,1224	1 681,34
	215	8,0392	1 728,43
	225	7,8312	1 762,02
	240	7,5504	1 812,10
3	240	7,5504	1 812,10
	250	7,5504	1 887,60
	265	7,5504	2 000,86
	270	7,5504	2 038,61
	285	7,5504	2 151,86
	300	7,5504	2 265,12
	350	7,5504	2 642,64
2	385	7,5504	2 906,90
	410	7,5504	3 095,66
	450	7,5504	3 397,68
	480	7,5504	3 624,19
1	510	7,5504	3 850,70
	560	7,5504	4 228,22

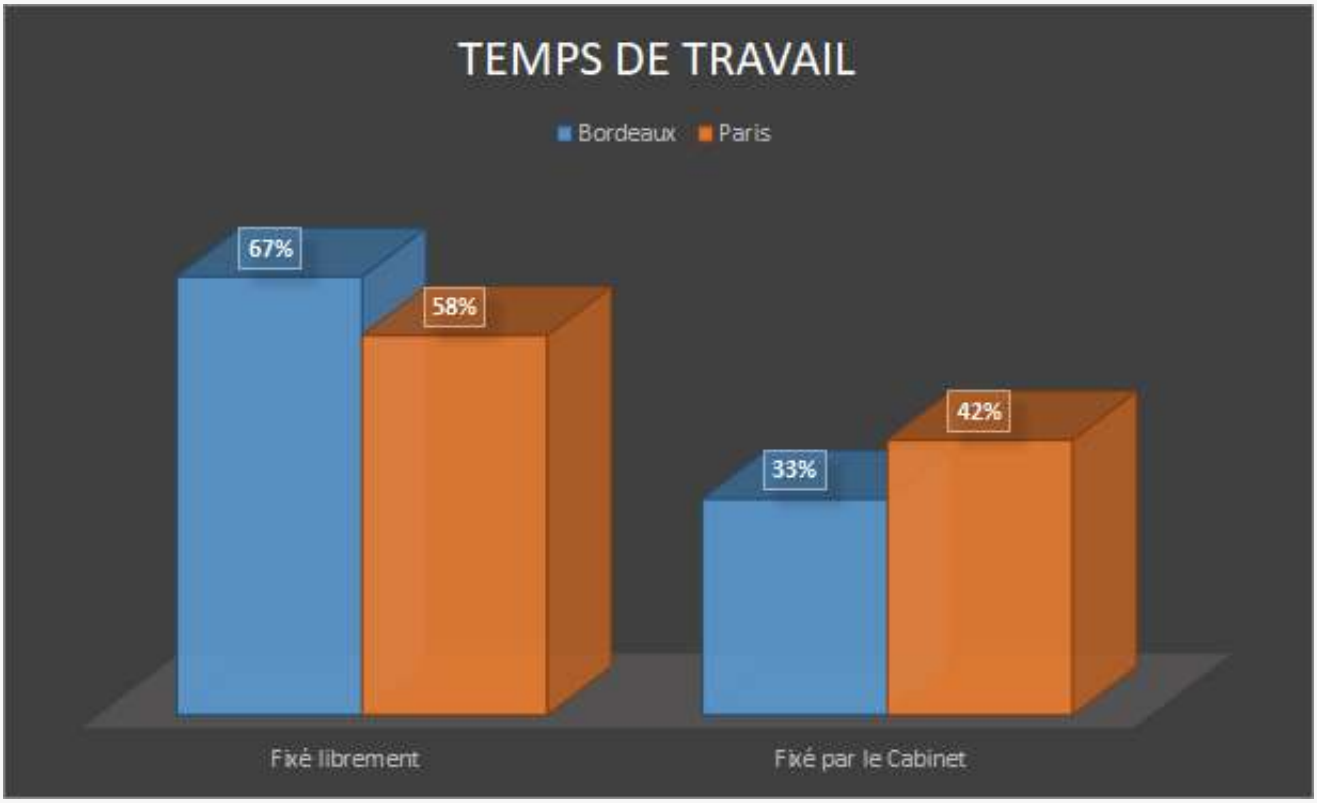
Bordeaux est de 4.000€ en moyenne et de 11.000 € (environ) au médian soit un peu moins de 400 € et de 1.000€ mensuel. L'autre possibilité est de considérer que la collaboration correspond à 3 jours et de laisser 2 jours pour permettre le développement de la clientèle personnelle du collaborateur.

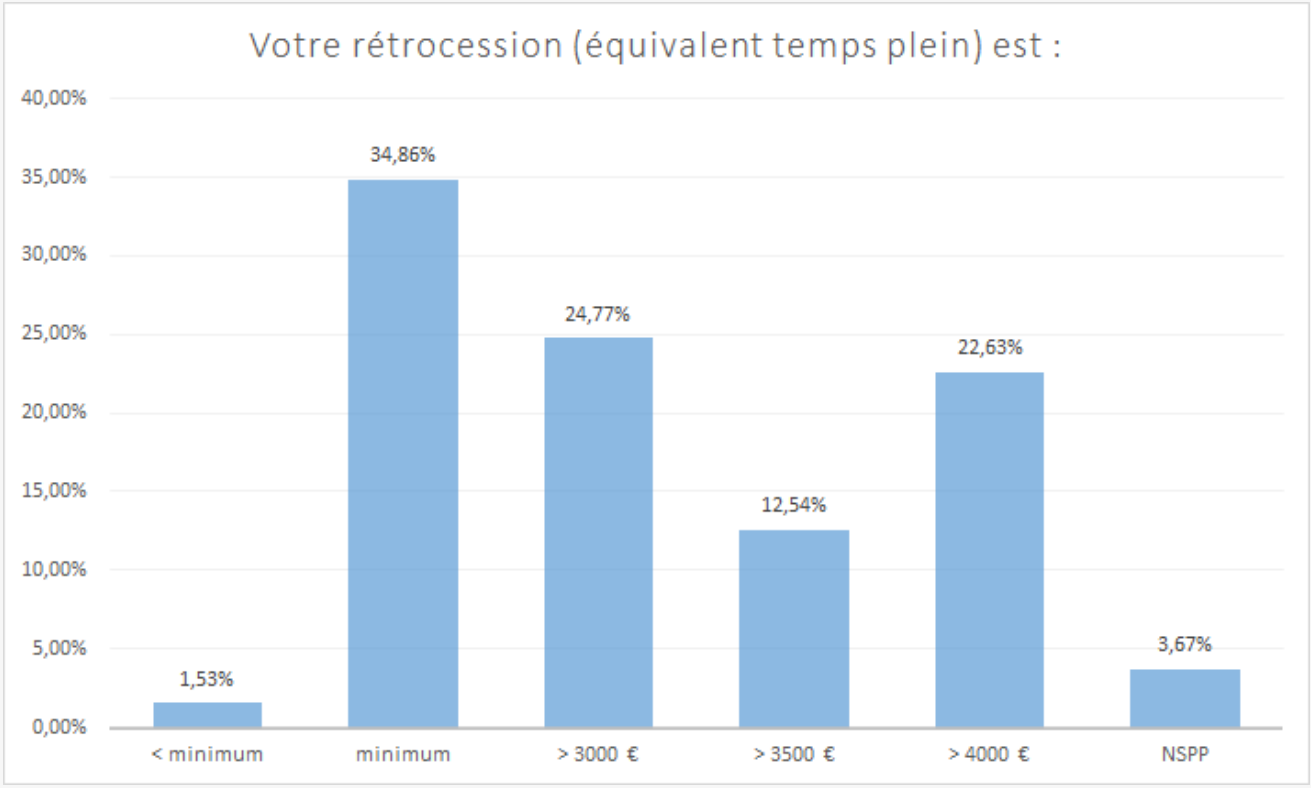
Et nous entrons donc dans la seconde difficulté pointée par les collaborateurs libéraux du Barreau de Bordeaux : la difficulté économique.

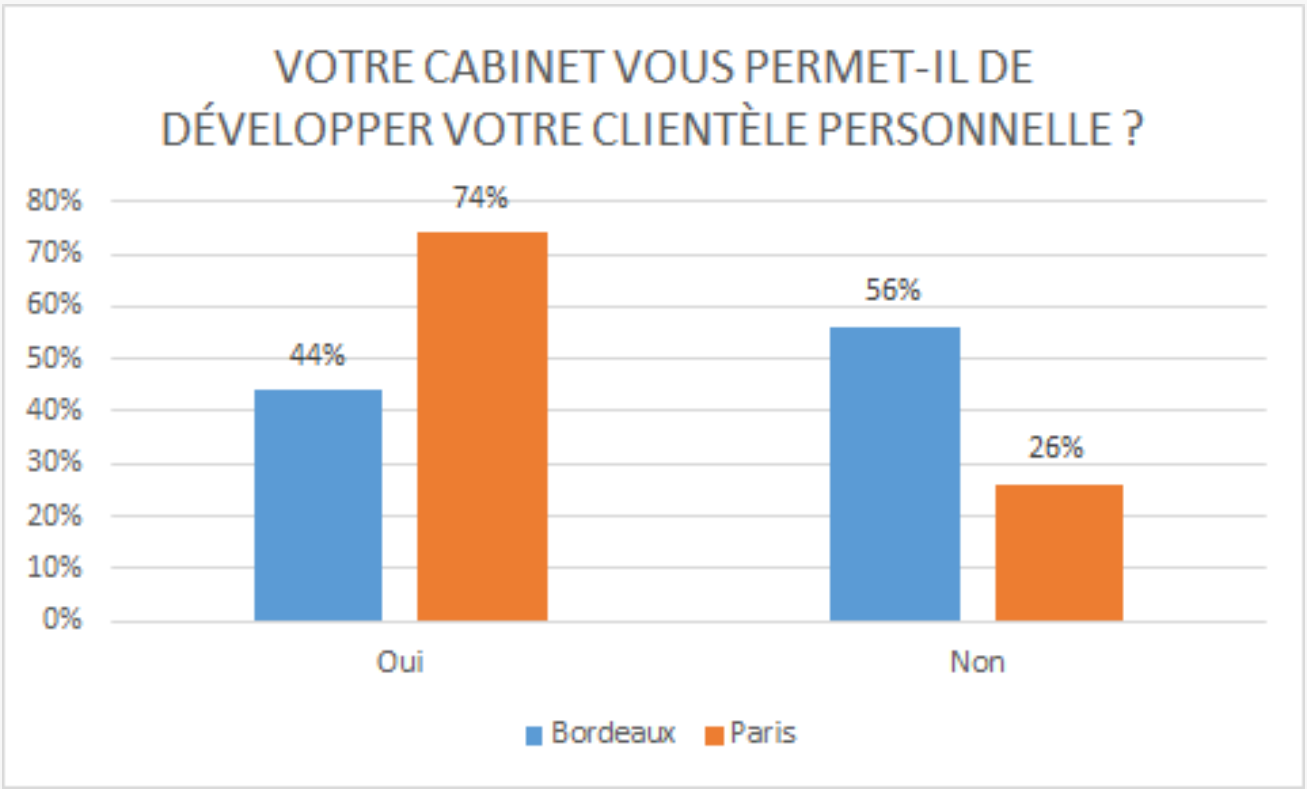
Economique, effectivement, car 56,36% des collaborateurs voulant développés leur clientèle personnelle connaissent des difficultés pour cela, dont 6,54% qui se voient littéralement interdire par leur cabinet le développement de ladite clientèle. Ce point est particulièrement essentiel car il est l'objet de 17% des commentaires négatifs laissés après le questionnaires et permet de faire transition vers le dernier point en ressortant.

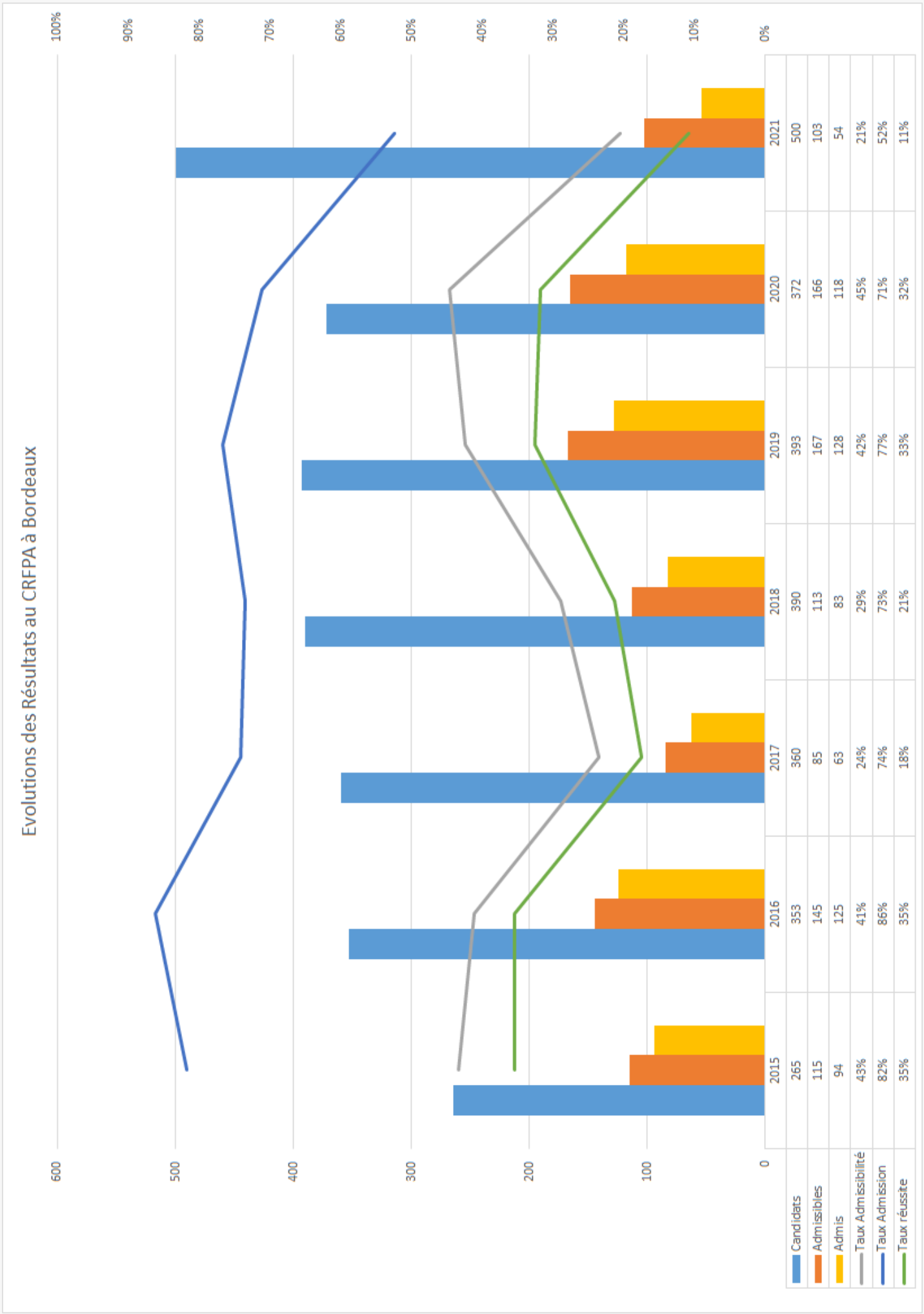
Enfin, le statut de la collaboration libérale est largement discuté dans les commentaires libres au terme du questionnaire. En effet, qu'ils abordent le statut en lui-même (21%) ou le caractère salarié de la collaboration « libérale » qu'ils vivent (24%), il ressort des réponses à ce questionnaire que cet aspect de la profession est prépondérant dans le choix de la quitter.

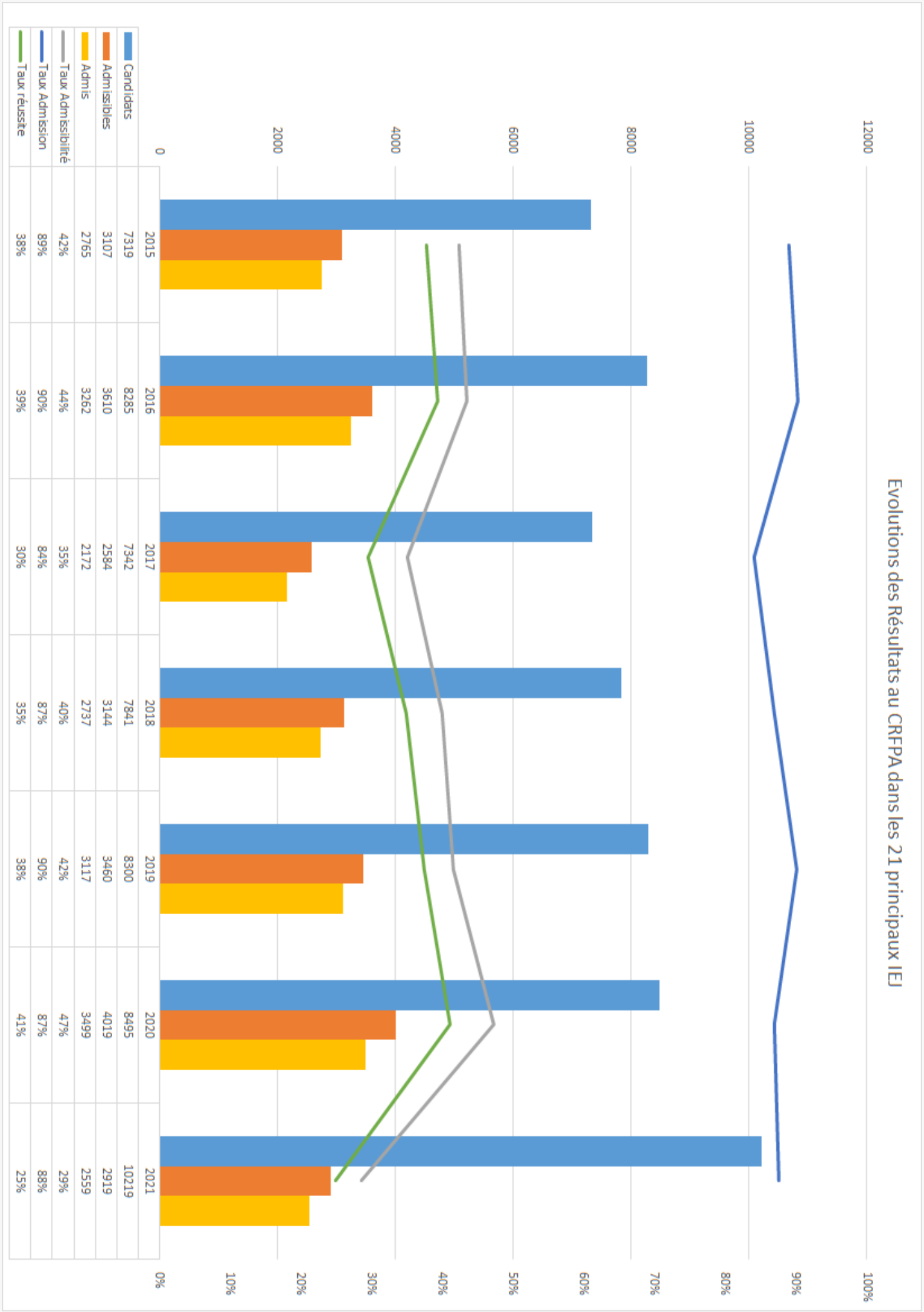
Si l'aspect salarial ressort peu de la question de la fixation du temps de travail (largement laissé à l'appréciation du collaborateur), il nous semble a contrario que ce point est un "faux exemple" dans le sens où le travail attendu d'un collaborateur libéral est celui d'un cadre qui est donc à même de fixer, d'organiser et de gérer efficacement son temps de travail quotidien et hebdomadaire.




Votre rétrocession (équivalent temps plein) est :
40,00%
35,00%
30,00%
25,00%
20,00%
15,00%
10,00%
5,00%
0,00%
1,53%
34,86%
24,77%
12,54%
22,63%
3,67%
< minimum
minimum
> 3000 €
> 3500 €
> 4000 €
NSPP


VOTRE CABINET VOUS PERMET-IL DE DÉVELOPPER VOTRE CLIENTÈLE PERSONNELLE ?
80%
70%
60%
50%
40%
30%
20%
10%
0%
44%
74%
56%
26%
Oui
Non
Bordeaux
Paris


Evolutions des Résultats au CRFPA à Bordeaux
100%
90%
80%
70%
60%
50%
40%
30%
20%
10%
0%
600
500
400
300
200
100
0
2015 2016 2017 2018 2019 2020 2021
Candidats 265 353 360 390 393 372 500
Admissibles 115 145 85 113 167 166 103
Admis 94 125 63 83 128 118 54
Taux Admissibilité 43% 41% 24% 29% 42% 45% 21%
Taux Admission 82% 86% 74% 73% 77% 71% 52%
Taux réussite 35% 35% 18% 21% 33% 32% 11%


Evolutions des Résultats au CRFPA dans les 21 principaux IEJ
0
2000
4000
6000
8000
10000
12000
0%
10%
20%
30%
40%
50%
60%
70%
80%
90%
100%
Candidats
Admissibles
Admis
Taux Admissibilité
Taux Admission
Taux réussite
2015 7319 3107 2765 42% 89% 38%
2016 8285 3610 3262 44% 90% 39%
2017 7342 2584 2172 35% 84% 30%
2018 7841 3144 2737 40% 87% 35%
2019 8300 3460 3117 42% 90% 38%
2020 8495 4019 3499 47% 87% 41%
2021 10219 2919 2559 29% 88% 25%

III. PISTES DE REFLEXIONS AU-DELA DE L'ANALYSE.

Dans le cadre de cette troisième (sic) et dernière partie, il nous semble nécessaire de faire ressortir deux questions : celle de la formation initiale et de l'accès à la profession, d'une part, et, d'autre part, celle de la spécialisation des Avocats durant leur carrière.

1) Sur la formation et l'entrée dans la profession.

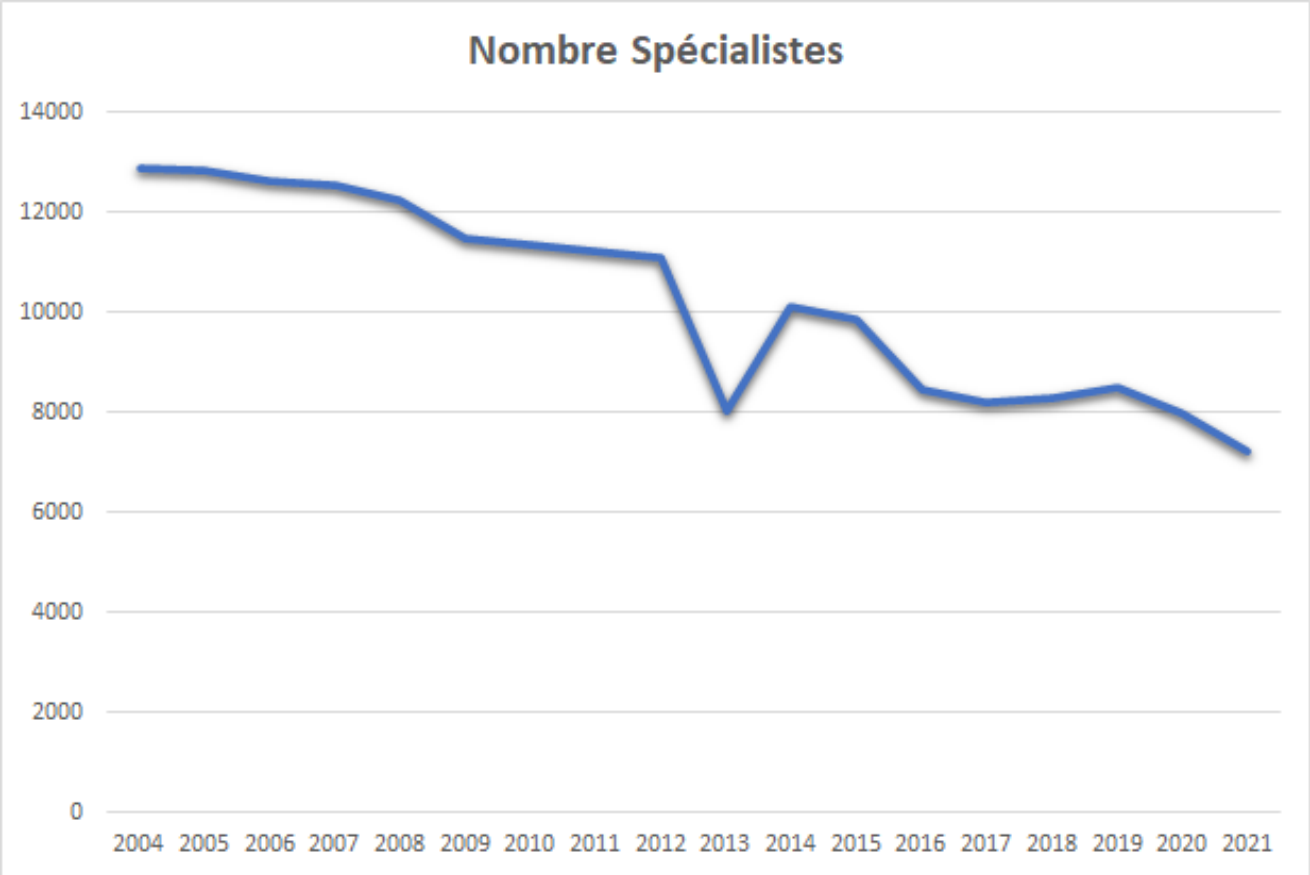
Concernant en premier lieu la formation, il est important de rappeler l'investissement de la profession rapporté au nombre d'élèves-Avocats, soit 3.000 €/an/élève environ.
Il est donc nécessaire de savoir raison gardée sur ce point : ce n'est pas en 6 mois de formation théorique et 6 mois de stage pratique après (en moyenne) 6 ans (pour les femmes) et 8 ans (pour les hommes) d'université, qu'on obtient un professionnel aguerri.
De plus, il convient peut-être de questionner l'examen d'entrée dans la profession, le fameux CRFPA. Celui-ci a été modifié dans son équilibre, dans ses objectifs et dans son rapport aux réalités de la profession par la réforme issue du Décret n°2016-1389 et de l'Arrêté du 17 octobre 2016 entrant en vigueur au 1er janvier 2017.
Cette réforme a notamment réduit le champ des spécialités passant de 11 (droit des personnes et de la famille, droit patrimonial, droit pénal général et spécial, droit administratif, droit commercial et des affaires, procédures collectives et sûretés, droit public des activités économiques, droit du travail, droit international privé, droit communautaire et européen et droit fiscal des affaires) à 7 (droit civil, droit pénal, droit social, droit des affaires, droit fiscal des affaires, droit international et européen et droit administratif).
On peut dès lors largement regretter ce choix restrictif là où un élargissement intégrant le droit de l'immobilier et de la construction, la propriété intellectuelle, le droit de l'environnement ou le droit lié au RGPD aurait semblé être plus en adéquation avec une profession en évolution et tournée vers son avenir avec de nouvelles spécialités à défricher et à investir.
Le rejet de cette solution "a maxima" pour une solution "a minima" a entraîné quelques situations difficiles pour la définition du programme de certaines spécialités particulièrement floue, même pour la Commission dont l'effort de définition courant 2017 fut à alors plus qu'inégal (21), mais la situation semble revenue à la normale.



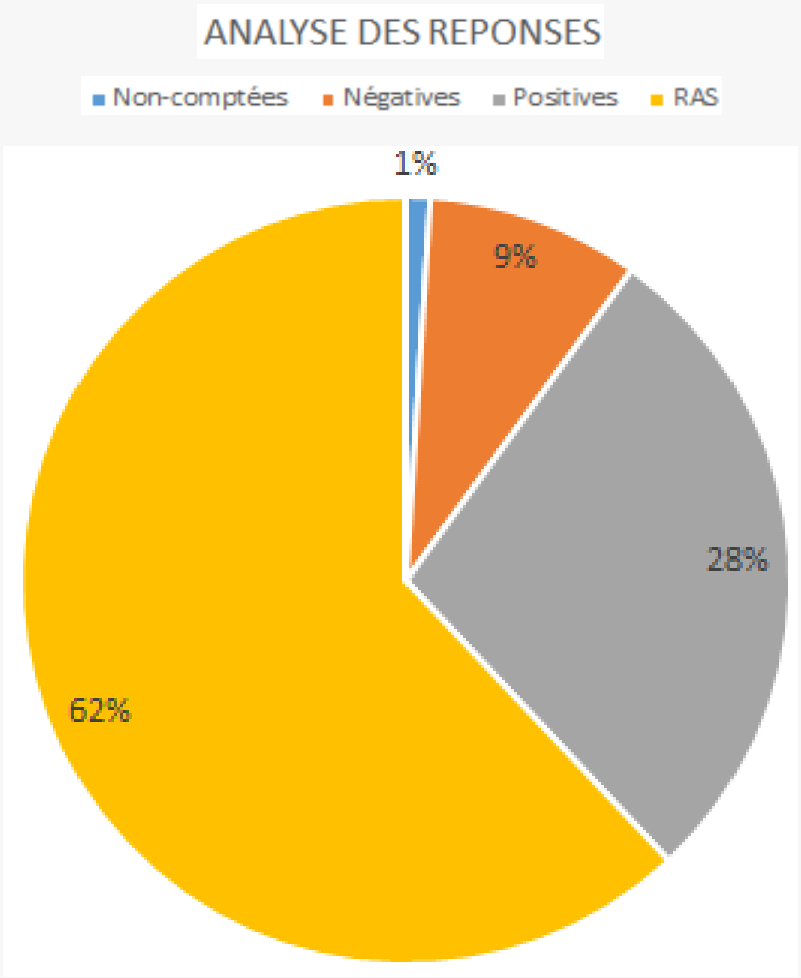
Cette question de l'entrée dans la profession est d'autant plus importante que le moindre rétrécissement numérique d'une promotion entraîne mécaniquement deux ans plus tard une pénurie de collaborateurs entraînant tout aussi mécaniquement une inversion partielle des rôles dans le processus de recrutement : en période de pénurie de collaborateurs, soit contextuelle (2020), soit systémique (droit de la construction), c'est plus le collaborateur qui choisit son cabinet en fonction des offres que l'inverse.

2) Sur la question de la spécialisation de la profession.

Concernant, enfin la spécialisation des Avocats durant leur carrière, une chose marque et étonne lorsqu'on reprend de manière plus fouillée et réfléchie les chiffres de la professions depuis la moitié des années 2000, une chose marque et étonne : dans une profession en perpétuelle explosion démographique (+66% 2004 et 2021), non seulement la part, mais le nombre brut de spécialistes a chuté progressivement passant de 12.894 en 2004 à 7.228 en 2021 (baisse de 44%). (22)
Deux raisons semblent pouvoir être avancées : d'une part, la difficulté a maîtrisé efficacement des champs de spécialité extrêmement divers, et, d'autre part, la quasi-impossibilité pour nombre d'Avocats de libérer le temps nécessaire à la préparation de cet examen. On peut s'interroger sur l'absence de travail coordonné localement entre les Barreaux et les Universités afin de permettre la mise en place de module (DU, M2) permettant la préparation desdits examens de spécialités, notamment en cours du soir.
C'est peut-être en ayant une véritable réflexion autour de cette question et en joignant à cette réflexion celle sur la collaboration qu'il sera possible (peut-être) de résoudre certaines difficultés économiques constatées par les Avocats.



III. CONCLUSION.



Pour conclure sur une note un peu plus optimiste, il faut à nouveau saluer l'importante participation de nos Consœurs et Confrères à ce questionnaire.
Dans le même temps, s'il a été le moment d'exprimer certaines réserves et rancœurs vis-à-vis du statut de collaborateur libérale, il a également permis de proposer des solutions intéressantes pour répondre à certaines inquiétudes et il nous semble judicieux, par exemple, de réfléchir sur l'éventualité de mettre en œuvre une assurance perte de collaboration qui a été proposée à l'occasion du temps de liberté de parole.
Il doit d'ailleurs être indiqué que le Conseil de l'Ordre a mis en place une commission pour réfléchir sur la collaboration et notamment en repensant la présentation et l'attractivité de la collaboration salariée dans un certain nombre de cas identifiés et documentés.
Reste à voir si ces initiatives porteront leurs fruits.



Par Maître Louis TANDONNET, Avocat
Ancien Représentant Jeune Barreau

Notes de bas de page :

1) Gazette du Palais, 2 juillet 2019, n° 355p4, page 5.
2) Conseil National des Barreaux, décision du 13 novembre 2020 ; Journal Officiel, 28 novembre 2020.
3) PIAU Dominique, Collaboration libérale : revenir aux fondamentaux, Gazette du Palais, 27 juillet 2010, n°208, page 7.
4) MOREAU Caroline, Les avocats : une profession en expansion qui se féminise, INFOSTAT JUSTICE, Octobre 2010, n°109 : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_infostat109_avocats_20101102.pdf
5) Conseil National des Barreaux, Observatoire de la Profession d'Avocat, Les chiffres-clés de la profession d'avocat : https://www.cnb.avocat.fr/fr/les-chiffres-cles-de-la-profession-davocat
6) IWEINS Delphine, Collaboration libérale : le changement n'est pas pour maintenant, GPL292g5, Gazette du Palais.
7) Un peu plus de 600 collaborateurs pour 1952 avocats inscrits au Tableau.
8) Question numéro 2.
9) Question numéro 2.
10) Question numéro 3.
11) Différents centres d'intérêts et possibilités ressortant de l'article Les avocats et le contrat de collaboration libérale publié par le site entreprises.gouv.fr (voire note 17).
12) Maître Charles-Édouard PELLETIER, avocat au barreau de Strasbourg, élu au CNB sur la liste UJA et président de la commission Collaboration du Conseil Nationale des Barreaux, propos rapportés par LARTIGUE Miren, Gazette du Palais, 28 septembre 2021, n°33, page 5.
13) Ibidem.
14) Voir les réponses en fin de questionnaire, pages 20, 21 et 23.
15) 333 réponses sur environ 650 avocats collaborateurs.
16) Les faits harcèlement (victimes ou témoin) et de non-respect des droits de parentalité.
17) https://www.entreprises.gouv.fr/fr/avocats-et-contrat-de-collaboration-liberale
18) Barreau de Paris, Commission Protection Collaboration, Rapport sur la collaboration et les perspectives d'avenir qu'elle offre, septembre/octobre 2020, page 19.
19) ENKAOUA Chloé, Avocates et collaboration libérale : quand les femmes montent au créneau, Gazette du Palais, 21 mars 2011, n°81, page 7.
20) Barreau de Paris, Commission Protection Collaboration, Rapport sur la collaboration et les perspectives d'avenir qu'elle offre, septembre/octobre 2020, page 13.
21) Voir un vibrant hommage au Maréchal de Chabannes de La Palice, notamment concernant le programme de droit des affaires.
22) Références Statistiques Justice 2020, 2021 et 2022 - Ministère de la Justice.


CDDF
ξεῖν', ἀγγέλλειν Λακεδαιμονίοις ὅτι τῇδε
κείμεθα, τοῖς κείνων ῥήμασι πειθόμενοι.
ORDRE DES AVOCATS
BARREAU DE BORDEAUX