

SAF

SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

OCTOBRE 2012

La Lettre

LA JUSTICE

C'est maintenant

39^e Congrès
> 9, 10, 11 novembre 2012

Université de Caen
Esplanade de la Paix
14000 Caen

ISSN 1157-9323

ET VOS RUBRIQUES HABITUELLES ► QUESTIONS PROFESSIONNELLES - DROIT DES ÉTRANGERS...

→ L'ENGAGEMENT DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE SE POURSUIT SUR LE NET.

www.LESAF.ORG

NOUVEAU SITE
NOUVELLES
RUBRIQUES
NOUVELLES
FONCTIONNALITÉS



L'INFORMATION EN LIGNE DES AVOCATS

Sur le site Internet du **Syndicat des Avocats de France**, vous êtes **directement en prise avec l'information de la profession**. Non seulement vous retrouvez **l'intégralité des articles parus dans la Lettre du SAF**, mais en plus vous accédez immédiatement aux **toutes dernières infos** : les communiqués, les rendez-vous à venir, les motions adoptées, les résumés de congrès, etc.

Le site s'est également enrichi d'un **annuaire national des avocats adhérents** pour faciliter les contacts et un **espace membres est en cours de développement**. Connectez-vous sur www.LeSaf.org et vous comprendrez pourquoi ce site a tout pour devenir **votre espace d'information privilégié**.

SAF

4	←	ÉDITO
5		Bientôt notre congrès : La justice c'est maintenant
6	←	<i>[Pascale Taelman]</i>
7		ÉCHOS DE BORDEAUX
8	←	Appel : au secours ! <i>[Isabelle Raffard]</i>
9		QUESTIONS PROFESSIONNELLES
...		Exercice de la profession d'avocat en entreprise
15		Non, décidément non <i>[Didier Liger]</i>
16	←	QUESTIONS PROFESSIONNELLES
17		Perte de collaboration <i>[Florian Borg]</i>
18	←	QUESTIONS PROFESSIONNELLES
19		Barèmes indicatifs d'honoraires
20	←	CONQUÊTE DE NOUVEAUX DROITS
21		Pour une action de groupe au domaine élargi et sans mandat
22	←	<i>[Jean-Jacques Gandini]</i>
23		CONQUÊTE DE NOUVEAUX DROITS
24		L'hébergement d'urgence consacré comme liberté fonda-
25		mentale : L'arme du référé-liberté <i>[Jean-Jacques Gandini]</i>
26	←	DROIT DE LA FAMILLE
27		Réflexions sur l'audition de l'enfant devant le JAF <i>[Françoise Artur]</i>
28	←	PROGRAMME/ATELIERS - 39^e CONGRÈS DU SAF
29		LIBERTÉ DE PAROLE DE L'AVOCAT
30	←	Une liberté à défendre ! <i>[Jean-Louis Borie]</i>
31		LIBERTÉ DE PAROLE DE L'AVOCAT
...		La Cour Européenne des Droits de l'Homme protège la
32	←	liberté d'expression de l'avocat <i>[Didier Liger]</i>
40		DÉFENSE DE LA DÉFENSE
41		Le procès de la défense <i>[Sophie Mazas]</i>
42	←	DROIT DES ÉTRANGERS
43		La privation de liberté dans les procédures d'éloignement
44		des étrangers : une pratique condamnée ?
45	←	<i>[Emeline Lachal et Patrick Henriot]</i>
46		AVOCABULAIRE
47		Congrès : Quel choix incongru pour Avocabulaire
48	←	<i>[Marianne Lagrue]</i>
49		
...		
59		
60	←	



OCTOBRE 2012

LA LETTRE DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE
34 rue Saint-Lazare - 75009 Paris
Tél. : 01 42 82 01 26 - Fax : 01 45 26 01 55
Courriel : contact@LeSaf.org - Web : www.LeSaf.org

DIRECTRICE DE LA PUBLICATION : Pascale Taelman

TIRAGE : 30 000 exemplaires

COMITÉ DE RÉDACTION :
Pascale Taelman - J.-L. Borie - J.-J. Gandini - Didier Liger

PHOTOGRAPHIES ET ILLUSTRATIONS :
SAF - Fotolia
Couv. : Pauline Le Lay

CONCEPTION, IMPRESSION ET RÉGIE PUBLICITAIRE :
FIGURES LIBRES
BP 40307 - Allée Charles-Victor Naudin
06906 Sophia Antipolis cedex
Tél. : 04 93 67 54 37 - Fax : 04 89 12 32 07
Courriel : contact@figureslibres.net - Web : www.figureslibres.net

Bientôt notre congrès : LA JUSTICE C'EST MAINTENANT



PAR Pascale Taelman
Présidente du SAF

Quel programme ! Quelle belle proclamation d'espoir, mais aussi d'exigence après ces dix longues années de chape de plomb sur notre démocratie et nos libertés.

Le congrès sera l'occasion de décliner nos ambitions, notre volonté de reconstruire les différents pans de l'état de droit qui a été tellement mis à mal.

Nous l'avons déjà dit, nous aurons l'occasion de le répéter (non par manque d'imagination, mais parce que c'est essentiel et que tout est à faire) :

► l'accès au droit est consubstantiel au droit lui-même et non simplement l'accessoire d'une liberté proclamée : sans effectivité, le droit n'est pas. L'accès au droit pour tous

est un droit fondamental qui incombe à l'État au même titre que l'accès à la santé ou à l'éducation ; il passe par une juste rémunération de l'avocat, garantissant un travail de qualité dans des conditions le permettant ;

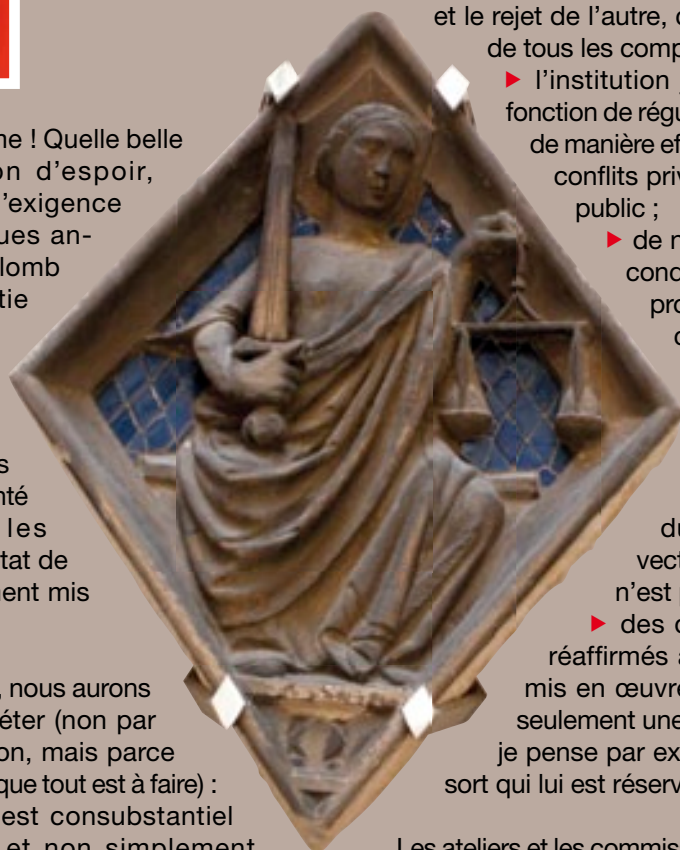
► la « rationalisation », sur de seuls critères financiers et budgétaires, au détriment de la qualité, ne saurait satisfaire aux besoins de Justice ;

► la société ne peut se construire sur le repli, la peur et le rejet de l'autre, conduisant à la pénalisation de tous les comportements sociaux ;

► l'institution judiciaire doit retrouver sa fonction de régulation sociale, en répondant, de manière effective mais différenciée, aux conflits privés et aux troubles à l'ordre public ;

► de nouveaux droits doivent être conquis, certains doivent encore progresser : défense des droits collectifs, droit au logement, droits sociaux, politique familiale repensée, droit de vote pour les étrangers, instruction civique et apprentissage du droit dès l'école comme vecteur de citoyenneté... la liste n'est pas exhaustive ;

► des droits anciens doivent être réaffirmés avec force et tout doit être mis en œuvre pour qu'ils ne soient pas seulement une déclaration sans effectivité, je pense par exemple au droit d'asile et au sort qui lui est réservé depuis quelque temps.



Les ateliers et les commissions du congrès déclineront, avec la contribution d'un certain nombre de nos partenaires privilégiés (syndicats amis, associations...),



le moins en capacité de se plaindre, en raison de leur isolement. Nous débattrons avec lui de « la Justice mesure des libertés »

Cette table ronde ne manquera pas d'être un moment essentiel de notre congrès et il nous faudra y être particulièrement réactifs.

LA JUSTICE sera au centre de nos échanges ; la Justice comme baromètre de notre société ; la Justice dans tous ses états : celle que nous avons vu évoluer ; celle que nous redoutons, mais aussi dont nous sollicitons protection ; celle que nous souhaitons

ces questions et les débats seront incontestablement riches, débouchant sur la réaffirmation de nos principes et de nouvelles propositions pour les rendre effectifs.

La table ronde réunira :

Pierre JOXE, ancien ministre, ancien membre du Conseil Constitutionnel, 1er Président honoraire de la Cour des comptes, avocat au barreau de Paris et membre du SAF, qui fera le point sur l'état de notre Justice et de l'institution qui la sert au gré de l'évolution de notre histoire et de nos sociétés : où en sommes-nous, que pouvons-nous espérer pour demain ?

Emmanuel DOCKES, professeur des universités, spécialiste du droit du travail, a toujours fustigé l'hyperactivité législative qui, par une accumulation de règles et de contre règles, aboutit à la déréglementation ou, en tout cas, à l'inaccessibilité de la loi pour le commun des mortels. Il nous aidera à réfléchir sur « la Justice, mesure de l'égalité », nous faisant partager sa vision de l'idéal démocratique.

Jean-Marie DELARUE, contrôleur général des lieux de privation de liberté, n'a plus à être présenté aux membres du SAF, tant ses rapports ont alimenté nombre de nos débats. Sa mission le mène à s'assurer du respect des droits fondamentaux des personnes privées de liberté, quelle que soit la raison de cette privation (incarcération, asile, rétention, hospitalisation...) ; ses rapports dénoncent depuis 2008, sans relâche, les violations de ces droits essentiels pour ceux qui sont

et appelons de nos vœux ; celle que nous voulons conquérir, par de nouveaux droits avec de nouveaux outils ; la Justice pour tous ; la fin des exclusions ; la fierté de pouvoir réaffirmer la devise de la République : LIBERTÉ, ÉGALITÉ, FRATERNITÉ !

La qualité des intervenants pressentis, leurs engagements respectifs, ne permettent pas de douter de celle de nos échanges.

Notre congrès n'oubliera pas non plus de rappeler que, pour être efficace dans sa défense des droits, qu'il s'agisse des individus ou de l'entreprise, la profession doit être formée, unie, diverse, mais reposant sur les mêmes fondamentaux de déontologie, de dignité et d'indépendance. Sans ces principes fondamentaux, nous n'existons plus. La moindre brèche dans ceux-ci ne peut qu'aboutir à nous fragiliser. Nous aurons donc l'occasion de réaffirmer notre attachement à une profession forte, unie et unique dans sa diversité.

Enfin et surtout, ce congrès se situe à un moment politique où le SAF doit s'affirmer sans complaisance à l'égard de nos nouveaux gouvernants, mais aussi force de propositions et de critiques si elles s'avèrent nécessaires.

J'espère que ces quelques lignes vous donneront à tous envie de vous joindre à nous pour ce congrès que la section de Caen nous promet, non seulement passionnant, constructif et énergisant, mais aussi particulièrement chaleureux et amical. ■

APPEL : AU SECOURS !



PAR **Isabelle RAFFARD**
SAF Bordeaux

Devant la cour d'appel, le changement c'était déjà maintenant depuis un petit moment, et encore pour quelque temps !

Les quelques couacs récemment observés sur la région bordelaise sont une bonne illustration des difficultés qu'engendre la mutation quasi simultanée des procédures, acteurs et modalités d'exercice de l'appel devant les juridictions françaises ;

Le vrai problème est bien la simultanéité de ces mutations qui rendent l'ensemble illisible, source de sinistres et d'actions en responsabilité, avec à la clé un risque d'inaccessibilité de fait au double degré de juridiction.

Certes on ne peut pas se plaindre de tout : le changement de procédure et surtout les fortes contraintes de son calendrier ont aussi pour but une accélération rendue nécessaire par les multiples condamnations de la France pour des procès devenus inéquitablement parce que trop longs. On ne peut s'empêcher néanmoins de craindre que le formatage pointilleux des conclusions, dont le but est clairement la diminution du temps de travail du juge, aboutisse surtout à réduire sa liberté d'appréciation des situations toujours singulières, ce risque étant encore majoré par le raccourcissement des temps d'audience dans le cadre des contrats de procédure qui se multiplient ; La disparition des avoués au profit des avocats peut se lire comme un progrès démocratique contre les rentes de situation dignes de l'ancien régime. L'avenir dira si

le justiciable a réellement gagné au change... Mais, pour l'instant -et pour combien de temps ?- il devra continuer à payer une taxe de 150 € pour la disparition des avoués.

Enfin la dématérialisation sera aussi un gain de temps comme de papier (ce souci écologique n'étant pas inutile par ces temps de destruction forcée des forêts pour étouffer nos placards de nourritures indigestes). « Sera », on l'espère, car aujourd'hui les contraintes se juxtaposent et la communication électronique soi-disant obligatoire ne se suffit pas encore à elle-même... et n'a donc aucun intérêt.

Sauf bien sûr pour les amateurs de théâtre, et voici pour votre seul plaisir l'intrigue de la tragi-comédie musicale qui se joue ici sous le titre « Merci Mercier ! »

Acte I : « Tu veux ou tu veux pas ? »

Je laisse aux pervers le plaisir de la consultation approfondie des textes particulièrement obscurs qui régissent la matière (au moins 5 décrets et 8 arrêtés qui s'annulent, se prorogent ou se complètent, voire se contredisent depuis 2005), mais en résumé :

Depuis le Décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 modifié par l'arrêté du 30 mars 2011, les déclarations d'appel et constitutions d'intimé en matière civile avec représentation obligatoire doivent se faire uniquement par voie électronique, à compter du 1^{er} septembre 2011 à peine d'irrecevabilité (article 930-1 du CPC) ; Depuis la disparition des avoués au 1^{er} janvier 2012, cette obligation s'impose désormais aux avocats.

Pour les autres actes (conclusions et pièces, nécessairement jointes aux conclusions à peine d'être écartées, cf. avis Cour de Cassation du 25 juin 2012) : il fallait attendre un arrêté, ou à défaut le 1^{er} janvier 2013. On pouvait néanmoins considérer que, sans être obligatoire, ce mode dématérialisé était possible.

Car il l'était déjà, suivant l'arrêté du 14 décembre 2009 modifié par l'arrêté du 5 mai 2010 : la communication électronique est possible, pour les constitutions et déclarations d'appel ainsi que pour les communications de conclusions et pièces, mais uniquement dans le cadre des procédures sans représentation obligatoire. (Prière de ne pas confondre...)

Complexe ? Mais il y a mieux !

La cour d'appel de Bordeaux, par arrêt du 5 mars 2012, avait dû créer (nécessité fait loi...) une présomption de consentement à la communication électronique



du seul fait de l'inscription au RPVA, contre l'initiative malencontreuse d'un conseiller de la mise en état (déjà) qui exigeait un consentement exprès de l'avocat au visa de l'article 748-2 du CPC ;
Bref, on croyait être enfin tranquille...

Mais patatras et Acte II : « Quoi ma gueule ? »

Alors que le barreau de Bordeaux est censé, d'après la jurisprudence supra, être en pointe de la communication électronique, la cour d'appel de Bordeaux est malencontreusement oubliée dans l'arrêt du 18 avril 2012 publié le 10 mai 2012, lequel n'impose la communication électronique que pour 10 cours d'appel (Agen, Aix, Dijon, Douai, Grenoble, Lyon, Reims, Rennes, Toulouse et Versailles) : tant pis pour les 21 autres cours qui avaient fait une application non pas anticipée mais somme toute logique de la règle précédente : si la voie électronique est obligatoire pour la constitution, pourquoi ne serait-elle pas au moins possible pour les conclusions, d'autant qu'elle l'est en matière de représentation non obligatoire ?

Au-delà d'être vexant (on s'en remettrait), et absurde quand 25 000 avocats sont désormais équipés du RPVA, c'est une remise en cause rétroactive des procédés de communication, faisant à tout le moins peser une incertitude inacceptable pour les procédures engagées précédemment et qui ne peuvent être régularisées du fait de l'expiration des délais stricts de procédure ;

Acte III : « Les petits papiers »¹

Pour un temps qu'on espère très provisoire (fin de la plaisanterie le 1^{er} janvier 2013, sauf nouveau décret anticipé) les avocats bordelais (et ceux des 20 autres cours d'appel exclues) subissent donc la double contrainte d'une communication électronique obligatoire par RPVA, nécessairement doublée d'une signification papier, ainsi que d'un dépôt matériel au greffe : Au moins pour les conclusions et pièces, mais peut être aussi pour la déclaration d'appel et la constitution d'avocat ?

En effet, la sécurité juridique (un peu paranoïaque en ce moment) commande de prévoir une interprétation a contrario, toujours possible vu l'obscurité clarté qui descend des étoiles et de cet arrêt très cornélien du 18 avril 2012, dont on ne sait s'il abroge implicitement la possibilité de la communication électronique obligatoire prévue par l'arrêt 30 mars 2011 ; On n'arrête pas le progrès (et la déforestation).

Le lecteur épuisé (comme moi) me pardonnera de ne même pas évoquer les inextricables questionnements

encore en suspens pour les significations inter barreaux...

Mais parce que cela serait certainement trop simple et qu'il faut bien que certains s'amuse un peu, fut-ce aux dépens des justiciables...

Acte IV : « Moi... je m'ennuie »²

C'est là que les Bordelais se distinguent une nouvelle fois ! Un Conseiller de la Cour d'appel de Bordeaux (bis) vient de proposer un peu de distraction supplémentaire par une ordonnance de mise en état du 28 juin 2012 : **la voie électronique n'étant selon lui plus valable depuis le 18 avril, un appel a été déclaré caduc du fait de la seule transmission des conclusions par voie de la CARPA.**

(Pour les incultes : spécialité bordelaise prévue par le règlement intérieur de notre CARPA³, établissant un mode de communication sui generis jusqu'ici présentée comme aussi infailliblement valable que la communication par huissier)

Les malheureux qui s'y sont fiés, croyant efficacement remédier au pataquès du 18 avril 2012, en seront peut-être pour leurs frais. L'histoire jugera, ou plutôt la Cour :

Affaire à suivre en septembre, avec l'intervention dans cette procédure devant la cour d'appel de l'Ordre des avocats de Bordeaux, qui entend bien faire valider un mode de communication sui generis (tant vanté...) mais aussi faire valoir que la mission du juge est avant tout autre considération de rendre la justice et non de se défilier en n'usant de chausse-trappes que pour le plaisir bien futile de la vexation d'avocats... aux dépens du justiciable.

Tâchons de réduire cette deuxième affaire bordelaise à l'envie de faire parler de soi d'un juge, qui préférerait faire du droit pur plutôt que de résoudre des litiges... Si nous ne partageons pas sa réponse, remercions-le au moins de poser la question essentielle de l'office du juge...

En tout état de cause, les plaisanteries les plus courtes étant les meilleures, il appartient au nouveau gouvernement de mettre fin au plus vite à cette insécurité juridique inacceptable, en écourtant cette phase transitoire et ses multiples régimes dérogatoires, contraires à l'égalité de traitement des justiciables sur tout le territoire. ■

PS : Quant à savoir si NAVISTA est responsable de la Navigation à vue qui en résulte je laisse cette nouvelle polémique à ceux qui ont encore vraiment faim.

² - Marlene Dietrich

³ - « L'adhésion à la CARPA emportant de plein droit mandat irrévocable au bénéfice de l'Association pour notifier ou recevoir les actes de procédure au nom et pour le compte de ses adhérents »

¹ - Régine (une autre)

Exercice de la profession d'avocat en entreprise

Non, décidément non

INTRODUCTION Le 24 février 2012, le directeur des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice a transmis au Conseil National des Barreaux un « document de travail relatif à l'exercice de la profession d'avocat en qualité de salarié d'une entreprise ».

Ce texte montre que, malgré l'opposition très ferme de la profession d'avocat, exprimée à plusieurs reprises, tant par le Conseil National des Barreaux que par la Conférence des Bâtonniers, l'objectif de l'État, alors encore présidé par M. SARKOZY, demeurait d'imposer l'exercice de l'avocat en entreprise.

Cette question est posée à la profession depuis plus d'une dizaine d'années et a, depuis l'origine, suscité une controverse entre ceux qui considèrent qu'il s'agit d'une perspective favorable de développement de notre profession et ceux qui estiment que l'exercice de la profession d'avocat en entreprise est incompatible avec les principes fondamentaux de l'indépendance et du secret professionnel de l'avocat.

Le SAF s'est, depuis toujours, clairement opposé à l'exercice de la profession d'avocat en entreprise :

Dans un article intitulé « *Avocats et juristes d'entreprise : même combat ?* », paru dans la Lettre du SAF d'octobre 2004, Daniel JOSEPH, Claude MICHEL et Myriam PLET se prononçaient sur la demande des juristes d'entreprise d'obtenir le « *legal privilege* » ou « *confidentialité juridique* » des correspondances échangées entre les juristes de l'entreprise et entre eux et leur employeur.

Alors que le Barreau de Paris et la FNUJA proposaient que les avocats étendent leur champ d'intervention

au sein de l'entreprise en leur permettant d'exercer leur profession en étant salarié d'une entreprise sans perdre leur titre et leur qualité, comme dans d'autres pays européens, le SAF s'opposait à ce projet, au nom de **l'indépendance nécessaire de l'avocat, garantie pour le public et incompatible avec la subordination à son unique client qui serait également son employeur.**

Si des cabinets d'affaires travaillent avec des entreprises par intégration d'avocats (salariés ou libéraux) détachés en permanence dans des services juridiques, sans contact avec leur cabinet, soumis à l'autorité de fait du chef d'entreprise, tout en étant couverts par le secret professionnel, est-il possible



PAR Didier LIGER
SAF Versailles

et souhaitable de valider ces pratiques en autorisant la conclusion d'un contrat de travail entre l'avocat et l'entreprise, bouleversant ainsi le cadre d'indépendance du secret professionnel, de la déontologie et de son contrôle ? Pour le SAF, la réponse à cette question ne peut être que négative.

De plus, l'argument tiré du fait que l'augmentation du nombre d'avocats travaillant auprès des entreprises renforcerait l'ensemble de la profession est, pour le SAF, inacceptable : depuis la fusion de 1990, l'idée force « *une profession, des activités* » serait remise en cause par l'avocat juriste d'entreprise qui renforcerait un certain type d'activité au sein de la profession, mais pas la profession elle-même, dont l'observation de règles communes fortes et l'équilibre des activités constituent les conditions de son unité et de son identité.

Or, les engagements de 1991 n'ont pas été respectés : les questions de l'accès au droit, du service public de la justice, de l'effectivité des droits de la défense des plus démunis et des besoins populaires de droit sont toujours en panne, dans l'indifférence de trop nombreux représentants de la profession d'avocat.

Nous avons accepté ou subi de nombreuses modifications de l'exercice professionnel qui façonnent une nouvelle profession : le salariat, les sociétés professionnelles à forme commerciale, les réformes de la profession initiale, le statut de la collaboration. La profession d'avocat ne prend pas nécessairement le visage de la modernité, mais celui de l'ultra-libéralisme. Dans ce contexte, la solidarité exprimée par le CNB sur les questions des libertés ne peut constituer la contrepartie attendue : défendre les libertés est un comportement élémentaire pour tous les avocats et non une concession faite par certains d'entre eux à d'autres !

D'autant qu'après l'émotion, la mobilisation ne se prolonge pas sur des propositions concernant l'exercice professionnel pour améliorer les conditions de la défense effective des libertés.

Mais surtout l'avocat-juriste d'entreprise se heurte aux principes les plus fondamentaux de la profession : **Comment garantir l'indépendance**



de l'avocat à l'égard de son employeur ? Pourrait-il être actionnaire ou mandataire social de l'entreprise dont il assure la direction juridique ? Comment garantir le secret professionnel (quelle informatique sécurisée ? quelle gestion des archives ?) Comment le bâtonnier pourra-t-il vérifier, au sein de l'entreprise, si les conditions d'exercice de sa profession par l'avocat répondent à sa déontologie ? En cas de licenciement, quelle compatibilité entre la cause réelle et sérieuse et le secret professionnel ? Quel juge de la rupture : le bâtonnier, qui ne pourrait être impartial puisque l'une des parties serait avocat et l'autre non ; ou la juridiction prud'homale, par la création d'une section spéciale dont le collège salarié serait composé exclusivement d'avocats ? Quid d'un avocat auquel la clientèle personnelle serait interdite ? Quid d'un avocat qui ne pourrait pas plaider pour son employeur (comme en Allemagne) ?

Et puis, envisager un rapprochement, voir une fusion entre les professions d'avocat et de juriste d'entreprise, suppose de pouvoir les identifier clairement au préalable : s'il est simple d'identifier les membres de la profession d'avocat, du moins en théorie, en revanche il est difficile d'identifier la profession de juriste d'entreprise : 20 000 selon les uns, 5 000 selon les autres.

Inclus dans le périmètre du droit par l'article 58 de la loi du 31 décembre 1971, ils peuvent intégrer la profession d'avocat selon des critères d'exercice de huit années de pratique professionnelle au sein du service juridique d'une ou plusieurs entreprises.

En janvier 2006, le rapport GUILLAUME, remis au Garde des Sceaux Pascal CLEMENT, préconisait un rapprochement entre les professions d'avocat et de juriste d'entreprise, considérant qu'il n'existait pas d'obstacle dirimant à un rapprochement, sans opposition des chefs d'entreprise, vers un statut d'avocat exerçant en entreprise comme en Grande-Bretagne, en Allemagne ou en Espagne.

Il n'était plus question que la profession d'avocat absorbe celle des juristes d'entreprise, ni de créer un statut autonome de la profession des juristes d'entreprise distinct de celui des avocats, ni de créer une nouvelle profession d'avocat comme en 1971 (fusion avec les avoués près les TGI et les agréés près les tribunaux de commerce) et en 1990 (fusion avec les conseils juridiques).

Mais il était question d'une réforme qualifiée de « **pragmatique** », permettant aux avocats

d'exercer leur profession en qualité de salarié d'une entreprise tout en conservant leur titre, leur statut et leur déontologie, tout en permettant aux juristes d'entreprise répondant à certains critères de devenir avocats, tout en conservant leur emploi et leur fonction au sein de l'entreprise.

L'objectif affiché par ce rapport était de contribuer à la promotion du droit et des juristes français, tant au plan interne que sur les « *marchés internationaux* », en renforçant la place du droit dans le monde des affaires, notamment à l'égard des professionnels du chiffre.

Il s'agirait de renforcer les juristes d'entreprise français en leur accordant le bénéfice du secret professionnel. Il s'agirait aussi d'offrir un débouché professionnel à de jeunes titulaires du CAPA.

L'avocat en entreprise ne pourrait ni représenter, ni plaider pour son employeur lorsque l'assistance n'est pas libre (solution allemande) ; il aurait une activité de conseil et rédaction d'actes et n'aurait pas vocation à concurrencer ses confrères en matière de contentieux, pour lesquels l'entreprise aurait nécessairement recours à des avocats extérieurs. Il ne pourrait postuler devant le TGI, mais pourrait intervenir devant le tribunal de commerce ou le conseil de prud'hommes, tout comme le juriste d'entreprise.

L'avocat exerçant en entreprise pourrait en être administrateur ou membre du conseil de surveillance, comme tout avocat.

Il ne pourrait cumuler dans l'entreprise la fonction juridique avec une autre.

Son contrat de travail serait régi par le code du travail, sauf dérogation expresse prévue par la loi spéciale, justifiée par le respect de l'indépendance technique et de la déontologie professionnelle ; et il serait soumis au contrôle du conseil de l'ordre des avocats.

Comme pour l'avocat salarié d'un cabinet d'avocat, l'avocat salarié d'une entreprise serait soumis à un lien de subordination à l'égard de son employeur pour la détermination de ses conditions de travail. Par contre, son indépendance technique et intellectuelle serait garantie par son statut (sic).

S'inspirant des dispositions des articles 136 à 139 du décret du 27 novembre 1991, le rapport propose une énumération des clauses obligatoires et prohibées du contrat : clause de conscience obligatoire permettant à l'avocat de pouvoir demander à son employeur d'être déchargé d'un dossier contraire



à sa conscience ; interdiction d'une clause limitant la liberté d'établissement ultérieur de l'avocat (mais possibilité d'une clause de non-concurrence) ; interdiction de toute clause susceptible de porter atteinte à l'indépendance que comporte le serment de l'avocat.

L'avocat en entreprise n'aurait pas à contracter une assurance responsabilité civile spécifique puisqu'il serait couvert par celle de son employeur.

Il serait soumis à la convention collective de l'entreprise, et non à celle des avocats salariés d'un cabinet d'avocat.

Il paierait ses cotisations ordinaires et pour le fonctionnement du C.N.B.

Il ne serait tenu à aucune obligation professionnelle en matière d'aide juridictionnelle ou de commission d'office.

En cas de litige lié à la rupture du contrat de travail, le conseil de prud'hommes serait compétent.

Par contre, l'avocat exerçant en entreprise resterait soumis à l'autorité ordinaire pour tout manquement aux règles de déontologie.

Si la solution du litige prud'homal dépendait d'une question déontologique, le conseil de prud'hommes devrait obligatoirement en saisir le conseil de l'ordre, par une voie similaire à celle de la question préjudicielle. Enfin, l'avocat en entreprise serait soumis aux mêmes obligations de formation continue que tous les autres avocats.

Toutefois, le rapport GUILLAUME préconisait également de poursuivre la réflexion dans plusieurs domaines : l'interdiction pour l'avocat de plaider pour son employeur ou de le représenter devant les juridictions, la répartition des compétences entre le conseil de prud'hommes (relation de travail) et les instances ordinaires (discipline et déontologie), le régime de retraite applicable (AGIRC, ARCCO, ou CNBF) ou encore la procédure et les critères de choix des juristes d'entreprise pouvant intégrer la profession d'avocat.

En mars 2006, Jean-François ARRUE écrivait dans la Lettre du SAF, à propos des récentes déclarations de Pascal CLEMENT, Garde des Sceaux, qui venait de se prononcer, le 27 janvier 2006, devant la Conférence des Bâtonniers, contre la fusion des deux professions et pour « *une réforme pragmatique permettant aux avocats d'exercer leur profession en qualité de salarié au sein d'une entreprise, tout en conservant leur titre,*

leur statut et leur déontologie. En contrepartie, un certain nombre de juristes d'entreprise, répondant à des critères objectifs et transparents, puisque fixés par la loi, pourrait intégrer la profession d'avocat tout en conservant leur emploi et leurs fonctions au sein des entreprises. »

Jean-François ARRUE rappelait l'opposition du SAF à l'intégration des juristes d'entreprise dans la profession d'avocat.

Considérant que l'avocat, intercesseur entre le juge et le justiciable, est le consultant des personnes, des collectivités et des agents économiques, mais aussi soumis au respect de principes éthiques rigoureux, bénéficiant de la confiance des pouvoirs publics (autonomie des managements de fonds, délégation de la gestion des fonds publics dédiés à l'aide juridictionnelle, pleine juridiction disciplinaire de première instance), il estimait que la profession d'avocat ne se mesure pas en termes de « *part de marché* », mais d'intérêt social et qu'elle doit rester homogène.

Dans les années 90, les avocats européens ont combattu avec succès les tentatives du GATT de traiter la défense et le conseil comme des prestations de service ordinaires, ouvertes à la libre concurrence mondialisée, sans égard pour les ordres publics nationaux.

Mais le secret professionnel a été mis à mal par les réglementations européennes en matière de blanchiment.

Au nom de la libre concurrence et de l'ultra-libéralisme, toutes les valeurs éthiques des avocats sont remises en cause, au mépris des préoccupations d'ordre public qui les justifient.

Or, la dilution de la profession vers une « *grande profession du droit* », par l'intégration des juristes d'entreprises au sein des barreaux, ne présenterait aucun avantage : ni pour les ordres, contraints de gérer et d'assurer la discipline de professionnels soumis à une autorité extérieure ; ni pour le public, qui peine déjà à identifier, parmi les avocats, celui capable d'assurer la fonction dont il a besoin ; ni pour les entreprises.

En définitive, conscients des spécificités induites par la vie des entreprises, les partisans de l'intégration des juristes d'entreprise dans la profession d'avocat demandent que leur inscription soit faite sur un **tableau B** ne partageant en réalité avec ceux du tableau A que le titre et la robe (et pourquoi pas un tableau C pour les universitaires, un tableau D pour les juristes des

collectivités territoriales et de la fonction publique, un tableau E pour les officiers ministériels, etc. !!!) : Seraient-ils soumis à la juridiction ordinaire pour la discipline et les litiges avec leurs employeurs ? Seraient-ils libres de ne pas adhérer à la CARPA ? Seraient-ils soumis aux mêmes obligations en matière de formation permanente ? Seraient-ils astreints aux mêmes charges de service public (consultations gratuites, commissions d'office, permanences pénales ou étrangers, aide juridictionnelle) ? Étrangers aux activités des ordres, seraient-ils néanmoins éligibles dans les conseils de l'ordre ?

En 2007, la direction du CNB proposait, non plus de « **permettre aux juristes d'entreprise de devenir avocat** », mais de réfléchir sur l'idée soi-disant moins polémique pour la profession d'avocat d'une réforme « **permettant l'accès des avocats à l'emploi de juristes d'entreprise** » !

Les partisans de la fusion ont ainsi entendu limiter le débat à une simple question technique.

La commission DARROIS propose d'accorder à l'avocat en entreprise le **secret professionnel absolu**, général et illimité, au détriment du seul *legal privilege* (confidentialité interne) pourtant seul accordé aux juristes d'entreprise dans plusieurs pays.

En réalité, le secret professionnel représente la revendication principale des entreprises du CAC 40 et du Cercle Montesquieu.

Pourtant, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne ne reconnaît pas le bénéfice du secret professionnel aux avocats en entreprise soumis à un lien hiérarchique et ne concernant pas l'exercice du droit de la défense du client ; la qualité fondamentale nécessaire pour que les communications avec un avocat puissent être protégées au titre du principe de confidentialité est que l'avocat ne soit pas un salarié du client (Affaire AKZO NOBEL CHEMICALS, Arrêt du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes du 17 septembre 2007 ; confirmé par arrêt de grande chambre de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 14 septembre 2010 ; cf. aussi arrêt de la CJUE du 6 septembre 2012 PUKE et Pologne).

Le projet DARROIS entend en définitive créer un **nouveau modèle d'avocature sans avocat**, l'avocat en entreprise n'ayant que le secret professionnel en commun avec l'avocat hors entreprise, mais n'ayant ni clientèle personnelle, ni droit de plaider pour son

“ ... En réalité, le secret professionnel représente la revendication principale des entreprises du CAC 40 et du Cercle Montesquieu.

employeur, ne participant pas aux missions de service public et ayant un lien hiérarchique avec l'employeur prévalant sur l'autorité de l'ordre et du bâtonnier ! Il postule une « *indépendance intellectuelle à l'égard de l'employeur* », en réalité très relative car subordonnée au lien hiérarchique et à la nature de la mission confiée. Il écarte toute intervention du bâtonnier en cas de conflit disciplinaire, ni a priori, ni a posteriori.

Prétendre que l'exercice en entreprise constituerait un débouché pour les jeunes avocats sans collaboration est un leurre, car, dès lors que les juristes des 400 entreprises du CAC 40 concernées seront devenus avocats, il ne restera pas de place dans les entreprises pour les jeunes avocats ! Et ce d'autant plus que la passerelle de l'article 98 3° serait maintenue.

En outre, ces nouveaux avocats en entreprise constitueraient une concurrence redoutable pour les avocats d'affaires, dont les clients apprécieront les économies réalisées par l'intégration de l'avocat salarié de l'entreprise et se dispenseront de ce fait des conseils extérieurs.

Au-delà même des cabinets d'affaires, c'est toute la profession d'avocat qui en subirait les conséquences néfastes.

En octobre 2009, Catherine GLON et Sylvain ROUMIER écrivaient dans La Lettre du SAF, à propos du rapport DARROIS : « **Que reste-t-il de l'avocat ?** ».

Rappelant que, depuis 1999, quatre rapports avaient été déposés sur le salariat externe et l'intégration des juristes d'entreprise (NALLET, CLEMENT, GUILLAUME et DARROIS), ils rappelaient aussi qu'en 2006, après un large débat, les avocats s'étaient prononcés, à une majorité écrasante, contre l'intégration des juristes d'entreprise dans la profession d'avocat.

Lors de l'AG du CNB des 16 et 17 octobre 2009, un nouveau rapport sur l'exercice de l'avocat en entreprise, signé par Jean-Louis COCUSSE, était néanmoins examiné.

Ce rapport, favorable à l'avocat en entreprise, au nom de la conquête du « *marché de l'entreprise* » qui échapperait encore trop largement aux avocats, reprenait les positions de l'A.C.E., seul syndicat professionnel ouvertement favorable à un statut de l'avocat en entreprise.

À la suite de ce rapport, le C.N.B. décidait, en mars 2010, de soumettre à tous les ordres et syndicats de la profession d'avocat un questionnaire comportant 28 questions sur l'exercice de l'avocat en entreprise. « *Êtes-vous favorable à la réforme consistant à permettre à l'avocat d'exercer en entreprise ?* » : 40 barreaux répondaient à ce questionnaire (pas Versailles, ce que je regrette) : 5 émettaient des réponses positives (Aix, Hauts de Seine, Nantes prêt à y réfléchir, Rennes et Strasbourg) ; 35 répondaient négativement (résultat à rapprocher de la consultation au sein de la Conférence des Bâtonniers, dans laquelle 82 % des avocats représentés, hors Paris, s'étaient prononcés contre ce mode d'exercice).

Lors de l'AG du C.N.B. de septembre 2010, un nouveau document de travail émanant d'une partie de la commission des règles et usages relançait la discussion, tout en présentant les arguments favorables et défavorables et les modifications législatives (notamment des articles 1er et 3 de la loi du 31 décembre 1971) qu'imposerait l'exercice de la profession d'avocat en entreprise.

L'AG de novembre 2010 devait répondre à deux questions :

Elle se déclarait, à une large majorité, opposée à la fusion entre la profession réglementée d'avocat et celle, non réglementée, de juriste d'entreprise, par 74 voix sur 82.

Et elle se déclarait défavorable, à défaut de majorité (41 voix contre, 41 voix pour), à un mode d'exercice de la profession d'avocat salarié en entreprise. (On peut d'ailleurs s'interroger sur le sens de ce vote, alors que la Conférence des Bâtonniers s'était très majoritairement prononcée contre ce statut !).



Selon Thierry WICKERS, alors président du C.N.B., ce vote mettait fin au débat et fixait la position de la profession.

Pourtant, selon le document de travail de la Chancellerie de février 2012, M. PRADA, inspecteur des finances et ancien président de l'Autorité des Marchés Financiers, chargé en octobre 2010, par les ministres de la Justice et de l'Économie, d'une mission de réflexion sur les moyens de renforcer la place du droit dans l'entreprise, a de nouveau, étudié la question de la création d'un statut de l'avocat en entreprise et a conclu, dans son rapport déposé en mars 2011, qu'elle permettrait de répondre, sous certaines conditions, à l'exigence de renforcement de la compétitivité des entreprises françaises.

Trois propositions, s'inspirant du rapport PRADA, ont donc été soumises, le 24 février 2012, à la discussion de la profession d'avocat par le ministère de la Justice :

► **Créer un statut de l'avocat salarié en entreprise,** avec une passerelle temporaire permettant aux juristes d'entreprise ayant eu, pendant au moins 5 ans, des responsabilités et un pouvoir de décision dans l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise, de devenir avocat sans passer le CAPA, avec un examen de contrôle des connaissances en déontologie ;

► **Instaurer un privilège de confidentialité des avis et analyses juridiques émis par les avocats salariés d'une entreprise,** limitant la protection des documents à ceux qui sont l'expression de l'indépendance intellectuelle de l'avocat et de ses collaborateurs, afin de ne pas sanctuariser l'ensemble des documents présents dans le bureau de l'avocat en entreprise ; l'avocat d'entreprise serait soumis au secret professionnel, sans que celui-ci puisse être opposé à son employeur ;

► **Prévoir des modalités de protection et de levée de la confidentialité des avis et analyses juridiques :** la confidentialité s'accompagnerait de la création d'une infraction en cas de divulgation de ces avis sans autorisation du représentant légal de l'entreprise, lequel pourrait lever la confidentialité s'il l'estime nécessaire ; le secret ne pourrait pas être invoqué, comme pour l'avocat libéral, dès lors que l'avocat salarié se rendrait complice de l'infraction recherchée ; le JLD pourrait lever la confidentialité, auquel cas l'infraction de divulgation ne serait pas applicable ; le régime des perquisitions devrait ménager l'équilibre entre la protection de la confidentialité et les exigences liées à la conduite des enquêtes : présence obligatoire d'un magistrat en cas de perquisition dans une entreprise employant un avocat ; présence obligatoire de ce dernier et du représentant de l'entreprise en cas de saisie envisagée d'un document couvert par la confidentialité ; intervention du bâtonnier devant le JLD en cas de placement sous scellés des documents en cause ; impossibilité de demander ensuite la nullité de la saisie devant la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction, contrairement aux perquisitions dans les cabinets d'avocat.

Dans un communiqué du 23 mars 2012, la Confédération Nationale des Avocats s'est prononcée clairement contre la création d'un statut d'avocat salarié de l'entreprise tel qu'envisagé par la Chancellerie. Elle considère que le projet vide la confidentialité de toute portée, en prévoyant de permettre au chef d'entreprise de la faire lever. De plus, la passerelle large permettrait aux juristes d'entreprise d'accéder au barreau dans des conditions préférentielles, avec un simple contrôle des connaissances en déontologie. La C.N.A. rappelle enfin que l'avocat libéral soumis à son Ordre et à sa déontologie peut parfaitement exercer sa mission au sein de l'entreprise.

Enfin, en février-mars 2012, la TNS SOFRES a réalisé une étude d'opinion sur le projet de réforme de la profession d'avocat, commandée par le barreau de Bordeaux missionné par ceux d'Aix, Bobigny, Grasse, Lille, Nantes, Nice, Pontoise, Rouen, Toulouse et Versailles, auprès d'un échantillon national de

500 avocats (243 individuels, 211 associés, 41 collaborateurs et 5 salariés non associés), portant sur l'unification des professions du droit, la création d'un statut d'avocat salarié en entreprise et la création d'un statut d'avocat libéral détaché en entreprise.

62 % contre 35 % des sondés se sont prononcés contre la poursuite de l'unification des professions du droit.

64 % se sont prononcés contre la création du statut d'avocat salarié en entreprise, contre 19 % favorables et 16 % indifférents. Parmi les raisons de l'opposition, sont mis en avant **la nécessaire indépendance intellectuelle, financière et économique de l'avocat** et le fait **qu'il ne peut être soumis à un lien de subordination**. Parmi ceux se prononçant en faveur du statut, 70 % contre 19 % sont favorables au maintien de la passerelle prévue par l'article 98-3.

50 % se sont prononcés contre la création d'un statut de l'avocat libéral en entreprise contre 47 % qui y sont favorables.

Conclusion... provisoire

Bien que la profession se soit à plusieurs reprises prononcée contre l'instauration d'un statut d'exercice

de la profession d'avocat en entreprise, les tenants d'un tel mode d'exercice professionnel ne cessent, depuis une dizaine d'années, de relancer le débat. Selon les toutes dernières informations, le C.N.B. a prévu d'examiner, en novembre 2012, un nouveau rapport d'étape sur l'avocat en entreprise, pour un nouveau vote « *final* » en janvier 2013.

Le Syndicat des Avocats de France ne cesse de rappeler au C.N.B. son opposition définitive à l'exercice de la profession d'avocat en qualité de salarié d'une entreprise.

Pour toutes les raisons ci-dessus exposées, un tel statut aboutirait à la création d'un tableau B comportant des « avocats » ayant pour unique client leur employeur, auquel ils seraient liés par un contrat de subordination irréductiblement incompatible avec le principe d'indépendance qui fonde l'avocature.

Reste que l'on peut espérer que le nouveau gouvernement abandonne clairement et rapidement toute perspective en la matière : Pascale Taelman, présidente du SAF, a d'ores et déjà écrit à Mme le ministre de la Justice le 20 août 2012, pour lui demander de ne pas donner suite aux propositions du rapport PRADA et du document de travail de son prédécesseur.

Affaire à suivre. ■

**Retrouvez-nous au Congrès du SAF à Caen
pour nous confier la réalisation de votre site internet.**

Votre présence sur le web, facilement, quel que soit votre projet.

www.iPaoo.fr

GÉNÉRATEUR DE SITE INTERNET

Votre site Internet administrable. Hébergement,
Nom de domaine et Comptes e-mail inclus



iPaoo
GÉNÉRATEUR DE SITE INTERNET

Perte de collaboration

INTRODUCTION Déjà souscrite par quelques barreaux en France, la garantie dite « perte de collaboration » - qui permet aux collaborateurs libéraux de bénéficier d'un revenu de remplacement provisoire en cas de perte d'activité – est ou va être débattue dans la plupart des conseils de l'ordre.

Le 13 juin dernier, le président de la Conférence des bâtonniers a en effet écrit à tous les bâtonniers pour leur présenter une garantie « perte de collaboration » et proposer une souscription selon des modalités et des tarifs qui peuvent se révéler intéressants.

Cette proposition pose deux débats, le premier précisément sur lequel les conseils devront se pencher, le choix ou non d'une garantie et son étendue ; le second plus général sur le revenu de remplacement en cas de perte de revenus et qui nous interroge individuellement et collectivement sur notre exercice professionnel.

La garantie perte de collaboration

Ce type de contrat de prévoyance permet d'assurer un revenu temporaire aux avocats collaborateurs libéraux dont le contrat de collaboration serait rompu à l'initiative de leur employeur, sauf en cas de comportement fautif du collaborateur ayant fait l'objet d'une sanction ordinaire ou judiciaire.

Pour illustration, la garantie souscrite et proposée par la Conférence des bâtonniers, permet au collaborateur de bénéficier d'une indemnité mensuelle comprise entre 1 500 et 4 000 € par mois, sans pouvoir excéder la rétrocession antérieurement perçue, sur une durée de 3 à 6 mois, après un délai de carence de 30 jours à compter de la fin du contrat de collaboration rompu involontairement.

Le niveau de garantie dépend du montant de la cotisation, de 75 à 400 euros annuels par collaborateur pour une adhésion individuelle. Toutefois, prise en charge par les barreaux eux-mêmes et couvrant en conséquence l'ensemble de ses collaborateurs libéraux, le risque est mutualisé, les coûts et donc la cotisation réduits.



PAR Florian BORG
SAF Lille

D'autres produits seront sans doute proposés aux barreaux et le propos n'est pas ici de promouvoir tel ou tel assureur. Les conseils se prononceront en fonction des offres et dans la mesure compatible avec leurs budgets.

En revanche, nous militons pour qu'une telle garantie ne soit pas seulement proposée à titre individuel mais assumée collectivement par les barreaux.

Nous ne pensons pas que l'actuelle génération de collaborateurs est une génération gâtée à qui tout est dû alors que nos illustres ancêtres se seraient forgés une clientèle à la force de leur travail après plusieurs années de collaboration docile. Le SAF n'est pas touché par le syndrome de la « grand-mère à moustache¹ ». Nous pensons au contraire que la garantie collaboration répond à une évolution de notre profession dont l'exercice est moins évident : réduction de la durée du grand stage, clientèle plus friable, difficultés économiques croissantes,...

Adhérer à une garantie collective (pour l'ensemble des collaborateurs d'un barreau exerçant en la forme libérale) de perte de collaboration, permet de prendre en compte cette évolution de la profession et ne pas renvoyer individuellement chacun à ses difficultés.

1 - Marionnette de Francis Cabrel - Guignols de l'Info - Canal + -
Phrase fétiche : "C'était mieux avant"

De la collaboration aux formes d'exercice professionnel

Le débat ne concerne pas la seule perte de collaboration et nous renvoie à celui des aléas et difficultés, mais aussi des événements heureux que peuvent connaître la plupart des avocats et des cabinets d'avocats : perte de clientèle, maladie, maternité et paternité notamment.

Face à ces événements, nous pensons que les réponses doivent être de plus en plus collectives.

Il ne s'agit pas de répondre seulement par la souscription par les barreaux de garanties qui mutualiseraient l'ensemble des risques économiques liés à l'exercice de la profession d'avocat.

Cette forme de protection est pertinente pour la maladie, la perte involontaire de collaboration mais aussi pour la maternité et la paternité pour lesquels la recherche de la meilleure couverture doit être constante.

Concernant les risques économiques, ce sont de préférence les mécanismes d'alerte et d'accompagnement des cabinets en difficulté économique déjà instaurés dans de nombreux barreaux qui pourraient être généralisés. Notre philosophie n'est pas de penser que la profession d'avocat est un gâteau qui ne se partagerait qu'entre les plus performants économiquement, laissant le marché du droit faire son travail de sélection naturelle et d'élimination des plus

faibles. Ni même que la question économique de la profession se règle par le *numerus clausus*.

Notre philosophie est celle d'une profession diverse, ouverte et solidaire, qui soutient aussi les petites structures dans les moments de tension économique. Ce soutien passe nécessairement par la mobilisation de nos organisations professionnelles et donc l'accompagnement offert par les barreaux dans l'installation des confrères, la vie des structures et la transmission des cabinets.

Cette nécessité de solidarité doit aussi questionner nos modes d'exercice. L'installation en structure individuelle permet une liberté totale dans la gestion du cabinet et de la clientèle mais offre une prise excessive au risque. L'exercice collectif de la profession permet pour sa part d'en diminuer les risques économiques.

Ce choix-là n'appartient pas aux ordres mais dépend de chacun de nous. Pourtant, ici aussi, nous pouvons favoriser et aider au choix de l'exercice collectif de la profession en développant par exemple les espaces d'échanges et de retour d'expériences, les formations spécifiques ou en faisant évoluer les formes juridiques de cet exercice.

Lors du prochain congrès du SAF à CAEN, un atelier sur les premières années d'exercice au cours duquel seront abordées les questions de la formation, la collaboration, l'installation et la transmission, permettra d'approfondir ce débat. ■



Barèmes indicatifs d'honoraires



À l'issue de la loi du 13 décembre 2011 portant création de barèmes indicatifs d'honoraires en matière de divorce, le Syndicat des Avocats de France s'est inquiété auprès des différents barreaux de France des pratiques habituelles en matière de fixation d'honoraire.

L'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 est ainsi modifié :

« L'avocat est tenu de conclure avec son client une convention d'honoraires pour les procédures de divorce. Des barèmes indicatifs des honoraires pratiqués par les avocats pour ces procédures, établis à partir des usages observés par la profession, sont publiés par arrêté du garde des sceaux, pris après avis

du Conseil national des Barreaux. Ces barèmes sont révisés au minimum tous les deux ans. »

Le Syndicat des Avocats de France rappelle son attachement à la transparence de l'honoraire, laquelle permet de garantir au justiciable la connaissance du coût de la procédure engagée et à l'avocat la juste rémunération de sa prestation.

C'est pourquoi, le Syndicat des Avocats de France a toujours souscrit au principe de barèmes indicatifs d'honoraires et de la convention d'honoraire obligatoire. Il ne peut cependant se satisfaire d'une réforme bâclée qui ne répond aucunement à l'objectif annoncé de transparence de l'honoraire alors qu'aucune analyse, ni réflexion n'a été menée préalablement avec la profession pour rechercher le juste mode de détermination de celui-ci.

Une fois de plus, ce n'est qu'après la réforme qu'est posée la question de ses modalités d'application. Le SAF s'inquiète des conditions dans lesquelles des barèmes indicatifs d'honoraires pourraient être établis et publiés par arrêté du garde des sceaux sur avis du Conseil National des Barreaux.

Le texte d'origine était initialement destiné à barémiser les procédures de divorce par consentement mutuel sans bien et sans enfant. Or son champ d'application a été élargi à toutes les procédures de divorce, sans tenir compte de leur complexité et de la plus-value incontestable apportée par l'avocat.

Au surplus, la clarté de l'honoraire est une question transversale qui ne peut concerner la seule prestation du divorce mais bien l'ensemble des activités de l'avocat.

Une telle réforme ne peut s'improviser et impose une réflexion approfondie et préalable avec l'ensemble des avocats et les usagers du droit.

En limitant le barème indicatif au divorce, le texte entraîne immédiatement une dévalorisation de la prestation de l'avocat en cette matière, dont le coût serait, à la différence de ses autres activités, aisément quantifiable.

Or l'honoraire doit être déterminé en tenant compte : de la nature de la prestation fournie, du temps de travail prévisible au regard des spécificités des situations traitées, et ce conjugué à la détermination d'un taux horaire indicatif, lui-même fonction de critères habituels de la profession.

La pratique du divorce et du contentieux familial en général requiert, au gré des réformes successives, une technique juridique et une adaptation nécessaires aux situations familiales les plus diverses.

L'absence de réflexion dans ce sens risque d'aboutir à des pratiques déviantes, déjà existantes, tant par les prix au rabais que les prix exorbitants pratiqués par certains confrères, peu soucieux de l'intérêt du justiciable.

Si le SAF souscrit à l'établissement obligatoire d'une convention d'honoraires, il souhaite une large concertation pour l'établissement des barèmes indicatifs d'honoraires, qui devront quoi qu'il en soit respecter le principe de la liberté de l'honoraire laquelle se justifie par la complexité et la diversité des dossiers. ■

Septembre 2012
SAF

Bulletin d'adhésion au SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

À découper et à retourner au SAF,
34 rue Saint-Lazare - 75009 Paris
Tél. : 01 42 82 01 26 - Fax : 01 45 26 01 55
contact@lesaf.org

Nom : Prénom :

Adresse :

Code postal : Ville :

Tél. : Fax :

E-mail :

Barreau :

N° de toque :

Spécialités obtenues :

J'adhère au SAF pour l'année 2013

Ci-joint un chèque d'un montant de :

à l'ordre du SAF.

Je désire figurer dans l'annuaire : oui ☐ non ☐

Cotisations

Élève Avocat :	15 €
1 ^{re} et 2 ^e années d'inscription :	50 €
3 ^e année et jusqu'à 15 000 € de bénéfice annuel :	100 €
De 15 000 à 20 000 € de bénéfice annuel :	150 €
De 20 000 à 30 000 € de bénéfice annuel :	200 €
De 30 000 à 40 000 € de bénéfice annuel :	350 €
De 40 000 à 50 000 € de bénéfice annuel :	450 €
Au-delà :	1 % du bénéfice annuel
Avocat honoraire :	200 €

Rappel : les cotisations syndicales sont déductibles fiscalement

Pour une action de groupe au domaine élargi et sans mandat

INTRODUCTION Dans une interview accordée au quotidien « Le Parisien » du 22 juin 2012, le Garde des Sceaux, Madame Christiane TAUBIRA, s'est déclarée en faveur de la mise en œuvre dans notre droit positif de « l'action de groupe » et notre syndicat lui a aussitôt adressé le 26 juin un courrier lui indiquant tout l'intérêt que nous portions à cette question et lui joignant les Actes du colloque organisé à Créteil le 19 mars 2011 par la commission « conso-logement » :
« L'union fait l'action : d'une action de groupe théorique à sa mise en pratique ».

Est ici résumée notre position en espérant que d'ici la fin de l'année 2012 sera déposé sur le bureau de l'Assemblée Nationale un projet de loi sur la question !

L'action de groupe est une procédure, nouvelle en droit français, destinée à renforcer les droits des consommateurs, au sens large du terme, qui n'ont souvent qu'un intérêt financier très limité à agir en justice à propos de litiges portant sur des dommages d'un faible montant pour chacun d'entre eux.

La massification de ces litiges -entente des opérateurs de téléphonie mobile, frais bancaires indus, clauses abusives dans les contrats, jouets défectueux, pollution de sites... - exige que les plaignants obtiennent des moyens d'action à la hauteur de l'enjeu : la réparation effective de l'intégralité du préjudice subi, à savoir à la fois la confiscation des gains illicites et l'octroi de dommages-intérêts à toutes les victimes.

Cette action doit leur permettre, en se regroupant, de faire valoir collectivement ce droit à réparation à l'encontre d'une seule personne, physique ou morale, par le biais d'une procédure unique, consacrant ainsi le droit au recours effectif, lequel a rang constitutionnel. L'enjeu consiste à rééquilibrer le rapport de forces existant entre professionnels et consommateurs au profit de ces derniers alors qu'actuellement l'inefficacité du droit positif existant conduit les professionnels à intégrer dans leur stratégie sa transgression qui s'avère à l'arrivée, même en cas de poursuites et de condamnations, moins onéreuse pour eux que le respect de ses dispositions.



PAR

Jean-Jacques GANDINI
Vice Président du SAF

Il faut en effet rappeler qu'au-delà du principe du droit, c'est son effectivité qui nous importe afin d'en assurer le respect, ainsi que l'effectivité du droit au juge.

En pratique, il convient donc que cette action, hors le champ du droit social, soit ouverte à toute association agréée représentative, mais aussi « ad hoc » - c'est-à-dire constituée à cet effet, après la survenance d'un préjudice à la suite d'un événement précis, sous réserve d'un contrôle de certification par la juridiction du bien-fondé de sa création -, et ce dans tous les domaines où un même fait, un même comportement ou une même pratique peuvent porter préjudice à de multiples intérêts individuels, notamment dans le domaine du droit de la consommation, mais aussi du droit bancaire, boursier et de la concurrence, de la discrimination, de l'environnement, de la santé... : en matière de contentieux objectif où il est question d'assurer le rétablissement de la légalité (action en injonction ou en déclaration) mais aussi en matière de contentieux subjectif dans les limites



toutefois d'un montant nominal maximum qui peut être fixé à 15 000 euros.

Il convient également que soit mise en œuvre essentiellement l'option d'exclusion, dite « opt out », qui implique que l'action soit exercée au nom de l'ensemble des individus victimes d'un comportement identifié, à l'exclusion de ceux qui auront expressément manifesté leur volonté de ne pas en faire partie, et ce dans un délai fixé par le juge.

Elle seule permettra en effet la réparation effective pour le plus grand nombre, sous le contrôle constant du juge, garant des intérêts de tous, y compris le professionnel qui n'aura ainsi à produire ses moyens de défense qu'au cours d'une seule instance ; étant en outre précisé, après vérification (voir à ce sujet les articles de doctrine de Monsieur le Président Guy Canivet, Monsieur le Professeur Michel Verpeaux et Madame le Professeur Soraya Amrani-Mekki), qu'elle s'avère compatible avec nos règles constitutionnelles, et qu'elle est déjà à l'œuvre dans plusieurs pays européens.

L'option « opt in » sera réservée, elle, à certains types de dommages, notamment corporels, qui impliquent une indemnisation individuelle.

Le contentieux généré, compte tenu de sa spécificité, devra relever de la compétence du TGI par le biais par exemple d'une chambre spécialisée par ressort de Cour d'Appel, avec représentation obligatoire par ministère d'avocat.

Il conviendra de procéder en deux étapes :

Dans un premier temps, le juge appréciera la recevabilité de l'action, son caractère réel et sérieux, son adéquation avec le litige, la représentativité du groupe qui initie l'action -avec constitution de preuves selon les règles existantes de procédure civile-, contrôlera qu'elle constitue la procédure la mieux

adaptée au litige soumis et définira les modalités de publicité de l'action.

Dans un deuxième temps, une fois les membres du groupe informés de l'existence de la procédure par le biais de la publicité, le juge tranchera la question de la responsabilité et fixera les modalités de la réparation.

Étant précisé que chaque phase sera susceptible d'appel par le biais d'une procédure à jour fixe et qu'une transaction pourra intervenir à tout moment sous le contrôle du juge qui en vérifiera le caractère sérieux avant de l'homologuer.

Est préconisée également la mise en place d'un Fonds d'Aide Collectif, personne morale de droit public, chargé d'assurer le préfinancement des mesures de publicité et d'instruction éventuelle et de veiller à la bonne exécution des décisions rendues.

Concernant les avocats, il apparaît préférable que ces derniers restent dans un rôle de conseil et non d'initiateur de l'action de groupe afin d'éviter les dérives du type de celle des confrères promoteurs du site « classaction.fr » (condamné par la Cour d'Appel de Paris en 2010 pour démarchage illicite, publicité de nature à induire en erreur et clauses abusives).

Dans ce rôle de conseil et de mandataire, l'avocat devra faire l'objet d'une formation de qualité, sous le contrôle des Ordres, pour assurer efficacement la mise en œuvre relativement complexe de cette procédure ; étant également précisé que le démarchage et le pacte « de quota litis » doivent demeurer prohibés dans le respect des règles déontologiques en vigueur.

C'est dans ces conditions que, dotée de moteurs et de garde-fous, l'action de groupe pourra prendre toute son ampleur et devenir l'instrument social de demain au service d'une justice efficiente, tout en ouvrant un nouveau champ d'action à la profession d'avocat. ■

L'hébergement d'urgence consacré comme liberté fondamentale : L'arme du référé-liberté

INTRODUCTION C'est une décision de principe, qui peut même être qualifiée d'historique, que vient de rendre le président de la section du contentieux du Conseil d'État, Bernard Stirn, avec son Ordonnance N° 356456 rendue en matière de référé le 10 février 2012, en énonçant qu' : « il appartient aux autorités de l'État de mettre en œuvre le droit à l'hébergement d'urgence reconnu par la loi à toute personne sans-abri qui se trouve en situation de détresse médicale, psychique et sociale » et qu' « une carence caractérisée dans l'accomplissement de cette tâche peut faire apparaître une **atteinte** grave et manifestement illégale à une **liberté fondamentale** lorsqu'elle entraîne des conséquences graves pour l'intéressé ».

Saisi dans le cadre de l'article L 521-2 du Code de Justice Administrative relatif au « référé-liberté »¹, il s'est appuyé sur les dispositions des articles L 345-2-2 et L 345-2-3 du Code de l'Action Sociale et des Familles modifiés par la Loi Molle du 25 mars 2009 « de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion », elle-même issue de la désormais célèbre Loi sur le Droit Au Logement Opposable du 5 mars 2007.

Les personnes sans abri se voient ainsi reconnaître une voie de recours efficace afin de faire valoir un droit inconditionnel et immédiat à l'hébergement d'urgence.

Une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale

Quels sont les faits à l'origine de cette décision ? Monsieur Fofana, ressortissant ivoirien, s'est retrouvé

à la rue à la suite de l'incendie ayant entièrement ravagé son logement à Gentilly dans le Val de Marne le 17 janvier 2012.

Après deux nuits dans des foyers, il s'est vu refuser un logement, après avoir vainement actionné le « 115 », par arrêté préfectoral du 25 janvier.

Soutenu par l'association « Droit Au Logement », il a déposé dans le cadre de la loi DALO un recours en référé devant le Tribunal Administratif de Paris visant à suspendre l'arrêté préfectoral et à enjoindre au Préfet de lui assurer un hébergement d'urgence.

Au soutien de sa demande il estimait « *qu'en ayant méconnu les dispositions des articles L 345-2, 345-2-2 et 345-2-3 du Code de l'Action Sociale et des Familles, l'Administration a porté une atteinte grave et manifestement illégale à son droit d'accéder à tout moment à une structure d'hébergement d'urgence ; que la décision attaquée méconnaît le principe de sauvegarde de la **dignité** de la personne humaine contre toute forme de dégradation ; qu'en ayant méconnu le principe d'interdiction des traitements inhumains et dégradants énoncés à l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des*

1 - « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

Libertés Fondamentales, l'Administration a entaché d'illégalité la décision attaquée ; que dès lors qu'elle porte atteinte à son droit à mener une vie normale, garantie par l'article 8 de la même Convention, la décision litigieuse est entachée d'illégalité manifeste. »

Par Ordonnance du 3 février 2012, le juge des référés de première instance a rejeté la demande en estimant qu'« une carence caractérisée » dans l'attribution d'un hébergement d'urgence ne constituait pas pour autant une atteinte à une liberté fondamentale susceptible de fonder un référé-liberté.

Saisi dès le lendemain, le juge d'appel du Conseil d'État a statué en sens inverse.

Certes la simple lecture de l'article 1^o de l'Ordonnance rendue peut induire en erreur en estimant que tout est dit : « Il n'y a pas lieu de statuer sur la requête »... puisque le magistrat ayant décidé lors de l'audience du 8 février de prolonger l'instruction au lendemain, les services de l'État ont entre-temps fait le nécessaire pour trouver une place d'hébergement.

Mais comme Monsieur Fofana s'est retrouvé du fait de l'inaction des pouvoirs publics, sans abri, remis à la rue contre sa volonté en quelque sorte, le Conseil d'État, dans le corps de son Ordonnance, estime qu'en l'espèce il y a bien « carence caractérisée » sur le seul fondement



PAR Jean-Jacques GANDINI
Vice Président du SAF

de l'article L 521-2 du Code de Justice Administrative s'agissant d'une atteinte à une liberté fondamentale.

Les personnes sans abri se voient ainsi reconnaître une voie de recours efficace afin de faire valoir un droit inconditionnel et immédiat à l'hébergement d'urgence : l'accent est mis sur l'égalité de dignité de toute personne humaine qui, quel que soit son statut administratif ou social, doit être considérée comme une véritable personne juridique jouissant de tous les droits afférents à cette qualité.

De plus, il s'est écoulé moins d'un mois entre le moment où le requérant s'est retrouvé brutalement à la rue et la décision rendue en appel par le Conseil d'État, après être en outre passé par les deux cases de l'arrêté préfectoral et de l'ordonnance de première instance, ce qui est remarquable.



Il faut noter aussi la souplesse du formalisme du droit administratif : c'est par le biais de l'utilisation du téléphone portable et de sa fonction d'enregistrement que M. Fofana a pu d'une part établir la carence du « 115 » faisant état d'aucune place disponible et d'autre part envoyer par le biais de l'association « Droit au Logement » un fax au tribunal mentionnant le numéro du portable avec communication en retour de la date d'audience par SMS (les textes mentionnant « par tout moyen »), opérant ainsi une déconnexion claire entre l'identité de la personne et son domicile.

Car quelle serait l'**effectivité** de ce droit s'il avait fallu attendre plusieurs semaines, voire plus, pour statuer sur la requête ? Mais à ce propos, comment engager et avoir le suivi d'une procédure pour une personne vivant dans la rue, et en outre lorsqu'on est dans l'errance totale pense-t-on recours, droits ?...

En l'espèce cela n'a été possible que par l'entremise de l'association « Droit Au Logement » qui a mis à la disposition du requérant sa logistique et sa compétence juridique, le tout bénévolement.

Se pose aussi légitimement la question de savoir comment aurait pu agir dans de telles circonstances un avocat saisi par une telle personne en pareilles circonstances : la recevoir, déposer un dossier d'Aide Juridictionnelle (avec quels justificatifs ?), faire des recherches de jurisprudence, rédiger la requête, l'enrôler, se rendre à l'audience pour faire valoir ses observations, communiquer la décision rendue, le tout pour 8 UV soit 188 euros hors taxe !

La consécration d'un droit-créance

Mais pour en revenir à l'interprétation à laquelle vient de se livrer le Conseil d'État, il faut rappeler que dans une décision de 1995², le Conseil Constitutionnel avait déjà opéré la liaison entre le principe à valeur constitutionnelle de dignité de la personne humaine et l'objectif à valeur constitutionnelle que constitue « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent » consacrant ainsi le droit au logement comme un droit fondamental objectif.

De son côté, le juge administratif³ refusait jusque-là, en matière d'hébergement d'urgence, de considérer que le défaut de l'État dans l'attribution d'un tel hébergement était susceptible de fonder un référé-liberté, excluant de fait le droit à l'hébergement de la catégorie des droits fondamentaux de l'article L 521-2 du CJA.

En inversant cette jurisprudence, le Conseil d'État franchit un pas important dans l'identification d'une liberté fondamentale **concrète et subjective**, adoptant ainsi une vision autonome de celle du Conseil Constitutionnel.

Ce qui ne constituait pour ce dernier qu'un simple objectif⁴ et pour le droit européen qu'une simple invitation⁵ tend désormais à devenir un véritable droit subjectif.

C'est la consécration d'un **droit-créance** comme nouvelle liberté fondamentale tirant directement sa source de la loi, en l'occurrence l'article L 521-2 du CJA qui ressort de dispositions à **simple valeur législative**.

Une innovation très heureuse !

Certes le dispositif législatif en matière de droit au logement opposable reposait jusque-là sur une obligation de résultat garantie par de vraies voies de recours gracieuse et contentieuse spécifiques tant pour le Droit Au Logement Opposable -DALO- que pour le Droit A l'Hébergement Opposable -DAHO- dont le but recherché est que la personne bénéficiaire puisse obtenir un logement **stabilisé**.

Le sens de l'Ordonnance rendue par le Conseil d'État, c'est que le droit au logement constitue de façon générale une obligation de résultat à la charge de l'État, opposable même en l'absence de voies de recours spécifiques. Pour l'hébergement d'urgence, la procédure est désormais clairement identifiée : c'est celle du référé-liberté.

Toutefois l'appréciation in concreto implique que cette atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale « *ne prévaudra pas de manière systématique pour toute personne sans-abri* » mais uniquement si elle entraîne « *des conséquences graves pour l'intéressé* ».

De sorte que certains commentateurs ont pu se demander, dans la mesure où il convient de caractériser de façon très précise la situation de détresse du demandeur, si une personne jeune, célibataire, sans enfant et introduisant sa demande en été obtiendrait satisfaction, ce qui ferait glisser vers une obligation de moyen ce qui doit être une obligation de résultat.

D'autant plus que l'intérêt pratique c'est qu'au bénéfice de l'article L 345-2-3 du CASF, la personne obtienne

2 - C.C. 19.01.1995 n° 94359 DC AJDA 1995.455

3 - C.E. 03.05.2002 Association de réinsertion sociale du Limousin et autres, req. 245697 AJDA 2002.810

4 - Le principe de sauvegarde de la dignité humaine

5 - La Convention EDH ne mentionne pas le droit au logement mais la jurisprudence de la Cour le protège indirectement comme un accessoire d'autres libertés au visa des articles 3 et 8

effectivement le droit au **maintien** dans la structure sans que lui soit opposée la date-limite du Plan Hiver.

C'est justement dans ce sens du maintien dans les lieux que vient de statuer notamment le Tribunal Administratif de Lyon⁶.

Ordonnance de Référé du 17 février 2012, n° 1200956, Chealeu

La requérante, qui a déposé une demande d'asile dont le dépôt est constaté par la délivrance d'un récépissé, appelle chaque jour en vain le 115. Elle soutient que, bien qu'hébergée la nuit de 20h à 8h, l'accueil dans ce type de structure ne saurait constituer un hébergement décent, et cette situation porte atteinte à ses conditions de vie et de dignité. Le juge va donc estimer que l'Administration doit rechercher si des possibilités d'hébergement sont disponibles dans d'autres régions et que les conditions extrêmement sommaires d'un accueil en gymnase ne sont pas satisfaisantes au regard des exigences du droit à l'hébergement des demandeurs d'asile.

Il enjoint en conséquence à l'autorité compétente de lui indiquer un lieu d'hébergement susceptible de l'accueillir **jour et nuit** dans des conditions respectant sa dignité et compatibles avec son état de santé, et ce dans les 72 heures de la notification de l'ordonnance sans qu'il y ait lieu toutefois d'assortir cette injonction d'une astreinte, tout en accordant enfin à son conseil le bénéfice de l'article 37 de la loi sur l'Aide Juridictionnelle à hauteur de 800 euros.

Ordonnance de Référé du 25 mai 2012, n° 1203420, Ismajli

La requérante est une mère de famille de santé fragile, élevant seule ses quatre enfants. L'Administration indique qu'elle a été informée longtemps à l'avance que son hébergement dans le cadre du plan hivernal prendrait fin le 2 avril 2012, qu'elle a pu toutefois obtenir un délai supplémentaire tout en lui signifiant la fin de sa prise en charge le 22 mai pour cause de saturation et alors qu'elle a refusé un hébergement en C.H.R.S.

Pour le tribunal l'ensemble de ces circonstances ne permettait pas au Préfet de faire cesser, **sans autre solution de substitution**, l'hébergement de cette famille dépourvue de ressources. En conséquence, **nonobstant les contraintes budgétaires** avancées par l'Administration, la carence caractérisée des



services de l'État constitue une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Il est donc enjoint au Préfet d'indiquer à Madame Ismajli un lieu d'hébergement dans le délai de 96 heures à compter de la signification de la notification de l'Ordonnance **sous astreinte de 125 euros par jour**, tout en accordant enfin à son conseil le bénéfice de l'article 37 de la loi sur l'aide juridictionnelle à hauteur de 800 euros.

Ordonnance de Référé du 26 mai 2012, n° 1203423, Boica

Un couple roumain avec un fils, et dont l'épouse connaît un sérieux problème de santé, bénéficie d'un hébergement d'urgence du 30 novembre 2011 au 28 mars 2012. Ses appels quotidiens au « 115 » s'avèrent ensuite sans résultat et le séjour de cette famille en hôtel n'a pu être prolongé que jusqu'au 22 mai.

Le tribunal estime que ces circonstances ne permettent pas au Préfet de faire cesser sans autre solution de substitution l'hébergement de cette famille dépourvue de ressources. Il constate donc, nonobstant les contraintes budgétaires avancées par l'Administration, une carence caractérisée des services de l'État constituant une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, **même si la famille était avisée du terme du plan hivernal**. Il fait donc injonction au Préfet de trouver un lieu d'hébergement dans le délai de 96 heures à

6 - Merci pour l'envoi de Marie Noëlle FRERY, avocate SAF Lyon



... le logement est un besoin primordial
dont on ne saurait abandonner
la satisfaction aux forces du marché.

compter de la notification de l'Ordonnance, avec une astreinte de 60 euros par jour, outre le versement à son conseil de la somme de 800 euros par application de l'article 37 de la loi sur l'aide juridictionnelle.

La subjectivisation progressive du droit général au logement

Le juge tire ainsi les conséquences contentieuses de la loi MOLLE du 25 mars 2009 qui, en matière d'urgence, a substitué un dispositif « *chargé d'accueillir les personnes sans abri ou en détresse* » à un dispositif qui se contentait jusque-là de les « *informer* ». L'article L 345-2-2 du CASF précise en effet que « *toute personne sans abri, ou en situation de détresse médicale, psychique ou sociale, a droit à tout moment à un dispositif d'hébergement d'urgence* », dispositif lié au principe de dignité de la personne humaine, qui doit donc s'appliquer au-delà de la trêve hivernale **toute l'année**, l'article L 345-2-3 indiquant en outre qu'elle peut « *y demeurer* ».

Certes nous restons dans le cadre de l'appréciation in concreto mais les jurisprudences lyonnaises précisent que l'Administration ne saurait se retrancher derrière les moyens dont elle dispose au jour le jour : ce qui compte ce sont les moyens qu'elle doit être capable de mobiliser.

Elle ne saurait donc s'abriter derrière les contraintes budgétaires, ni sur l'état des locaux qu'elle estime disponibles, et l'astreinte - qui peut être conséquente : jusqu'à 125 euros par jour dans l'affaire Ismajli - est là pour y veiller ; à elle de redéployer ses priorités budgétaires et ses moyens matériels jour et nuit et toute l'année durant : utilisation de locaux administratifs inoccupés, déploiement de lits dans des gymnases, réquisition de logement vacants par la mise en œuvre de l'article L 641-1 du Code de la Construction et de l'Habitation.

Nous assistons à une **subjectivisation progressive** du droit général au logement dont l'hébergement d'urgence est une composante avec le DAHO et le DALO.

Se loger est en effet pour chacun une nécessité vitale : dans son arrêt « James » du 21 février 1986,

la CEDH rappelait que « *le logement est un besoin primordial dont on ne saurait abandonner la satisfaction aux forces du marché* ».

Le droit au logement, c'est le droit à la sécurité matérielle : il conditionne l'effectivité des droits garantis à tous, famille, santé, éducation, travail.

En pratique nous sommes pourtant loin du compte et le Rapport 2012 de la Fondation Abbé Pierre est accablant :

- ▶ 8 millions de personnes en France ont un problème de logement dont 3,6 millions de mal-logés
- ▶ 3 millions logés dans des conditions difficiles
- ▶ 685 000 sans domicile personnel
- ▶ 300 000 SDF environ

Mais c'est par la pression sociale exercée sur le terrain et par le nombre de recours déposés devant les juridictions qu'on peut faire évoluer les choses.

À nous avocats de nous emparer de l'arme du référé-liberté, conformément à notre mission de défense des personnes et notamment des plus démunies, en nous appuyant sur le réseau des associations œuvrant dans ce domaine, comme l'association « Droit Au Logement » ou la « Fondation Abbé Pierre » parmi d'autres, et s'il convient de rappeler -et dénoncer- l'indemnité notoirement insuffisante qui nous est allouée en la matière, les jurisprudences lyonnaises accordant 800 euros au visa de l'article 37 de la loi sur l'aide juridictionnelle vont dans le sens d'une véritable rémunération. ■

À suivre !

N.B. Cet article doit beaucoup aux analyses développées par Marion Jenkinson, « Consécration de l'hébergement d'urgence des personnes sans-abri en situation de détresse comme liberté fondamentale dans le cadre du référé-liberté » in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF 15.02.2012 ;

Arnaud Duranthon, « Le droit à l'hébergement d'urgence constitue une liberté fondamentale » AJDA 2012 p. 716 ; Raphaël Piastra, « Conseil d'État et hébergement d'urgence » AJDI 2012 p. 411 ;

Olivier Le Bot « Le droit à l'hébergement d'urgence invocable en référé-liberté » JCP Ed Ad n° 7 20.02.2012.

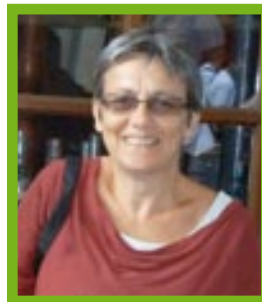
Qu'ils en soient remerciés.

Réflexions sur l'audition de l'enfant devant le JAF

INTRODUCTION Les avocats qui interviennent en droit de la famille ne peuvent rester sans réaction face au constat de l'inquiétante évolution du traitement des enfants dans les procédures JAF.

Un constat

La réforme de l'article 388-1 du code civil par la loi du 5 mars 2007 complétée par le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009, impose désormais au juge l'audition de l'enfant dès lors que celui-ci en fait la demande. Cinq ans après l'entrée en vigueur de cette disposition, la pratique montre que sans être partie au procès, l'enfant pèse de tout son poids sur la solution du litige :



PAR **Françoise ARTUR**
SAF Poitiers



le juge suit le plus souvent la volonté de l'enfant sur la question de la fixation de la résidence ou des modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement

Le poids de la parole de l'enfant sur la décision du juge est tel qu'il n'est parfois pas nécessaire de la recueillir, dès lors qu'elle est reconnue dans la famille : un adolescent qui dit clairement sa volonté sera le plus souvent dispensé de venir la confirmer devant le juge.

Ce sont donc souvent les enfants plus jeunes qui sont entendus, parfois très jeunes¹ et de plus en plus souvent car l'article 388-1 connaît un « succès » sans précédent.

Ce constat n'est pas sans incidence sur les stratégies procédurales que tout avocat est désormais amené à envisager en amont de la procédure et toute demande visant à modifier la résidence ou l'organisation du droit de visite pose inévitablement la question de l'accord de l'enfant et de son audition.

Selon l'âge de l'enfant, obtenir son alliance ou son adhésion à la volonté du parent demandeur à la modification sera plus ou moins facile, et plus ou moins douloureux pour l'enfant à accorder. Les avocats d'enfants sont souvent témoins du désarroi des jeunes enfants face à l'audition et de leur soulagement lorsqu'ils découvrent leur droit de ne rien dire au juge...

Dans le procès familial, la parole de l'enfant est toujours le reflet du conflit multiforme entre ses parents : l'enfant en est parfois directement l'enjeu, l'enfant peut faire alliance avec le parent qu'il ressent comme victime de la rupture conjugale ; les contradictions éventuelles entre les conceptions éducatives des parents -par exemple l'un permissif, l'autre non- permet aussi à l'enfant de choisir, dans une toute puissance, le mode éducatif qui lui convient le mieux, perturbant ainsi les



1 - Les juges argumentent parfois de la présence de l'avocat de l'enfant pour en déduire son discernement et ce qui mérite d'être débattu.

positions générationnelles et les rapports d'autorité : ces expériences sont finalement non protectrices pour l'enfant qui peut perdre en sécurité ce qu'il pense gagner en liberté. Ces exemples sont loin d'être exhaustifs tellement la pratique montre de multitudes de situations et leur complexité...

L'interprétation de cette parole par les parents eux-mêmes, en cours ou après le procès, peut se révéler redoutable : Le parent, gratifié par la parole de l'enfant qui le désigne comme le bon parent, peut penser voir ainsi validée la justesse de sa position et rendre finalement impossible tout rapprochement entre l'enfant et l'autre parent...

Le parent qui s'estime disqualifié peut exposer l'enfant à des représailles plus ou moins violentes et/ou à un risque d'abandon pur et simple...

Ces situations ne sont malheureusement pas des hypothèses d'école et on peut penser que, dans certains cas, la parole de l'enfant a été finalement un élément déterminant pour pérenniser le conflit...

Une réforme nécessaire

La pratique montre par ailleurs que, le plus souvent, lorsque l'enfant est effectivement demandeur à l'audition il l'est davantage d'une modification dans le comportement de son ou ses parents que dans la volonté de modifier le rythme des visites ou les modalités de résidence.

Mais que faire d'une telle demande avec le débat judiciaire tel qu'il est organisé actuellement ? Le procès familial reste classiquement un procès avec pour finalité de trancher entre deux prétentions contraires et ce nonobstant les évolutions législatives et procédurales en faveur de la recherche d'un consensus entre les parties. Si tenir compte de la volonté de l'enfant en cas de séparation de ses parents est désormais un acquis, sa parole ainsi imposée au juge par la loi rend nécessaire le débat sur cette parole dans le procès car ce débat est indispensable à la protection de l'enfant et conforme à son intérêt.

Organiser le débat autour de la parole de l'enfant supposerait une réforme procédurale d'envergure, permettant d'encadrer par deux audiences entre les parents le recueil de la parole de l'enfant.

Avant l'audition, soit les parents connaissent la volonté de l'enfant, soit ils pensent que l'enfant est sous l'emprise psychologique et affective de l'autre parent,



... dans le procès familial, la parole de l'enfant est toujours le reflet du conflit multiforme entre ses parents.

soit finalement ils ne la connaissent pas réellement : le fait d'en débattre avant permet d'accueillir cette parole différemment, de la démystifier et ainsi peut-être de la dédramatiser.

Après l'audition, le débat apporte la sécurité du contradictoire : Il permet au juge d'être éclairé sur la compréhension qu'il a de la situation familiale, et à l'enfant d'être protégé de la réaction éventuellement violente de l'un ou l'autre de ses parents. Un double débat aurait également pour avantage de restaurer les positions d'autorité des parents à l'égard de l'enfant dans le procès familial et sécuriser les conditions de la prise de décision.

Les moyens budgétaires de la Chancellerie ne sont sûrement pas prêts à consentir à une telle abondance... mais, à tout le moins, il faut garantir le débat sur la parole de l'enfant, ce qui doit interdire la pratique qui consiste à recueillir cette parole après l'audience entre les parents, en cours de délibéré, le juge laissant simplement, et souvent avec l'accord des parties, la possibilité de déposer une note.

Par contre, pourquoi ne pas d'ores et déjà proposer des modifications quant à la place de l'avocat de l'enfant et aux modalités de recueil de la parole de l'enfant ? L'article 338-12 du code de procédure civile précise que : « *Dans le respect de l'intérêt de l'enfant, il est fait un compte rendu de cette audition. Ce compte rendu est soumis au respect du contradictoire.* »

La pratique permet de dire que la transcription littérale n'est pas protectrice de l'enfant. Lorsqu'il est jeune, il ne peut facilement l'assumer face à son parent éventuellement disqualifié. Il semble donc préférable de pratiquer le compte rendu comme le précise le décret plutôt qu'un procès verbal.

Mais est-ce suffisamment protecteur ? Le texte prévoit la possibilité pour l'enfant d'être assisté par un avocat : il paraît indispensable que la présence de l'avocat soit obligatoire et non seulement facultative. Cette présence au côté de l'enfant permet de vérifier son discernement, de s'assurer qu'il est effectivement avisé de ses droits et notamment celui de se taire. La question du discernement est redoutable, mais n'est-

il pas de la responsabilité particulière de l'avocat de défendre l'intérêt de son client ?

On peut également réfléchir à la présence éventuelle de l'avocat de l'enfant dans le débat post-audition, en présence des parents : elle permettrait d'apporter un éclairage supplémentaire sur le compte rendu de l'audition elle-même. Cette proposition se heurte à l'étendue de la mission de l'avocat : en l'état il s'agit clairement d'une assistance et non d'une représentation, la présence de l'avocat de l'enfant ne pourrait donc se faire a minima qu'avec l'accord des parties².

Peut-on imaginer que le juge, outre le compte-rendu de la parole de l'enfant, donne son avis sur ce qu'il comprend de la position de l'enfant et des relations familiales ? Cette donnée complémentaire enrichirait le débat contradictoire et protégerait d'autant l'enfant. Enfin, organiser un débat judiciaire autour de la parole de l'enfant gage de sa protection, commande de placer le juge au cœur du processus du recueil de la parole de l'enfant : faire entendre l'enfant par un tiers, même qualifié, n'apportera pas la même qualité et cohérence au débat. Par contre, le juge, s'il le souhaite, pourrait entendre le mineur avec la présence d'un tiers qualifié, comme cela se pratique dans certaines juridictions.

La procédure telle qu'elle existe aujourd'hui ne protège pas suffisamment l'enfant, on peut même affirmer que trop souvent elle le blesse. Les avocats qu'ils soient avocats des parents ou des enfants doivent s'opposer aux pratiques qui ne permettent pas de débat contradictoire autour de la parole de l'enfant, et obtenir, a minima, que l'enfant soit systématiquement assisté devant le juge seul habilité à l'entendre.

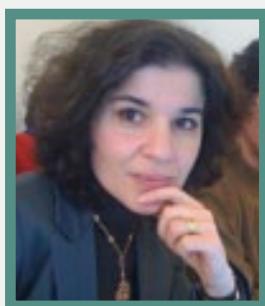
C'est un premier pas vers une réflexion plus large à mener sur la place de l'enfant dans le procès, car l'article 388-1 du code civil a vocation à s'appliquer dans toutes les procédures concernant le mineur et pas seulement en cas de séparation de ses parents. ■

2 - Si une telle réforme était envisagée, elle supposerait, ab initio, une revalorisation substantielle de l'indemnité d'aide juridictionnelle qui ne saurait être inférieure à celle fixée en matière d'assistance éducative

ATELIER CONSOMMATION-LOGEMENT

Droit au logement opposable - hébergement d'urgence

INTRODUCTION Le Préambule de la Constitution de 1946 reconnaît aux citoyens le droit d'obtenir des moyens convenables d'existence.



PAR Noura AMARA-LEBRET
Présidente commission Conso/logement
SAF Angers

À l'heure où, dans notre société de super consommation, au titre de ces moyens d'existence, les files d'attente s'allongent pour le dernier smartphone ou la dernière tablette, une question plus terre à terre se pose :

Le logement ne constitue-t-il pas l'un de ses moyens d'existence ?

Si nul ne conteste que le texte susvisé est bien à l'origine du droit au logement, à vrai dire, il est possible d'en douter, eu égard à la lenteur de l'évolution du droit au logement, qui laisse à regretter que Steve Jobs n'ait pu légiférer.

En effet, il aura fallu attendre une loi du 5 mars 2007 (le premier Iphone la devance de cinq mois), dite Loi sur le Droit au Logement Opposable (loi DALO) pour que tout citoyen puisse bénéficier d'un recours effectif basé sur le droit au logement.

La loi précitée permet à toute personne qui a effectué une demande de logement et qui n'a pas reçu de proposition adaptée à sa demande, c'est-à-dire tenant compte de ses besoins et capacités, de saisir une commission de médiation dans son département, puis d'exercer, dans certains cas, un recours devant le tribunal administratif au titre du droit au logement opposable.

Le rôle de l'avocat est loin d'être négligeable, en la matière, car ils sont nombreux -et notamment dans les rangs de notre syndicat- à lutter pour une effectivité de la loi.

Mais, s'il est opposable, ce droit est encore loin d'atteindre tout le monde.

La France connaît un nombre de sans-abri, encore trop important. Entre 150 000 et 300 000 personnes ne peuvent bénéficier d'un toit.

Il n'est alors plus question de droit opposable, mais d'urgence, d'opposer une urgence d'hébergement.

Et c'est ce qu'a consacré le Conseil d'État dans son arrêt du 10 février 2012 (qui précède de quelques mois le 5^e Iphone !).

Il va plus loin qu'un droit au logement opposable en reconnaissant, comme liberté fondamentale le droit à l'hébergement d'urgence.

Certes, il le limite aux cas où la carence de l'État dans l'accomplissement de cette tâche entraîne des conséquences graves pour l'intéressé.

Mais, qui oserait prétendre que les conséquences ne peuvent être graves pour les sans-abri ?

Bref, subsistent encore des questions, auxquelles l'atelier de la commission consommation-logement nous permettra peut-être de répondre à l'occasion des riches débats qui y seront engagés.

Une évolution lente (deux avancées juridiques, pour cinq pommes sur la même période) mais importante, mais qui ne doit pas s'arrêter en si bon chemin, car les questions de logement sont diverses et variées.

Les occupants de terrains sans droit, ni titre ne sont autres que des citoyens en attente de reconnaissance de logement, de leur mode de logement... et pour eux aussi, il y a urgence.

Thème important qui, s'il ne sera pas l'objet de notre atelier, sera des travaux, -tout aussi intéressants- à venir de notre commission.

Alors, à vos tablettes notez-y les dates et horaires du congrès, prévenez votre réseau social et rendez-vous à notre atelier... ■

39^e Congrès ^{Caen}

DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE



> 9, 10, 11 novembre 2012

Université de Caen
Esplanade de la Paix
14000 Caen

Conseil Général



Calvados



Renseignements et inscriptions

SAF COMMUNICATION
34, rue Saint-Lazare - 75009 Paris
Tél. 01 42 82 01 26 ■ Fax 01 45 26 01 55
contact@lesaf.org ■ www.lesaf.org

Programme

39^e Congrès à Caen

JEUDI 8 NOVEMBRE 2012

19h30 » ACCUEIL DES ARRIVANTS

par la section SAF Caen et Madame Ariane WEBEN bâtonnier,
à la Maison de l'avocat, 3 avenue de l'hippodrome ZAC Gardin
espace Conquérant à CAEN

VENDREDI 9 NOVEMBRE 2012

08h30 » ACCUEIL DES PARTICIPANTS

09h30 » ATELIERS THÉMATIQUES

Animés par les commissions

► ACCÈS AU DROIT : AJ « pratico-pratic » - État des lieux - perspective

Sonia SIGNORET, SAF Clermont-Ferrand,
Perrine CROSNIER, SAF Seine-St-Denis.

► PÉNAL : En finir avec les régimes dérogatoires

Maxime CESSIEUX, SAF Nanterre,
Philippe CHAUDON, SAF Marseille, Président
de la commission Libertés et Droits de l'Homme CNB.

► SOCIAL : Conquête de nouveaux droits et reconquête des droits perdus en matière de licenciement économique (contrôle en amont et accords compétitivité-emploi, Indemnisation, Sécurisation des parcours professionnels et droit des chômeurs)

Isabelle TARAUD, SAF Val-de-Marne, et plusieurs animateurs.

► ÉTRANGERS : Refonte du CESEDA - principe de la rétention

Laurence ROQUES, SAF Val-de-Marne,
Emeline LACHAL, SAF Lille.

► CONSO/LOGEMENT : Loi DALO - Hébergement d'urgence

Noura AMARA-LEBRET, SAF Angers.

► DISCRIMINATIONS : Rétablir l'égalité avec les outils internationaux

Slim BEN ACHOUR, SAF Paris,
Laurent CYFERMAN, SAF Nancy.

► FAMILLE : La justice familiale en chantier

Valérie GRIMAUD, SAF Seine-St-Denis,
Aurélien LEBEL, SAF Lille.

12h00 » DÉJEUNER

14h00 » ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

14h00 » DISCOURS D'ACCUEIL

Nathalie RIVIÈRE, SAF Caen,
Philippe DURON, Maire de Caen,
Ariane WEBEN, Bâtonnier de Caen.

14h15 » RAPPORT MORAL

Pascale TAELEMAN, Présidente du SAF.

15h15 » ALLOCUTIONS

Christiane TAUBIRA, Garde des Sceaux,
Christian CHARRIÈRE-BOURNAZEL, Président du CNB.

» DÉBAT SUR LE RAPPORT MORAL

17h00 » RÉUNION DES PRÉSIDENTS ET TRÉSORIERES DE SECTIONS

» POURSUITE DES TRAVAUX DES COMMISSIONS

18h00 : Clôture des candidatures au conseil syndical

19h00 » FIN DES TRAVAUX DE LA JOURNÉE

19h30 » RÉCEPTION À LA MAIRIE

SAMEDI 10 NOVEMBRE 2012

9h00 » TABLE RONDE - PLÉNIÈRE

ÉGALITÉ, LIBERTÉS : (RE) CONQUÉRIR DES DROITS

Modérateur : Jean-Jacques GANDINI

► Justice, Institution judiciaire et évolution de la société

Pierre JOXE, 1^{er} Président Honoraire de la Cour des Comptes,
Avocat au Barreau de Paris, SAF Paris

► La justice, mesure de l'égalité

Emmanuel DOCKÈS, Professeur des Universités.

► La justice, mesure des libertés

Jean-Marie DELARUE, Contrôleur général
des lieux de privation de liberté.

» DÉBAT

09h00-12h00 : Élection des membres du conseil syndical

12h30 » DÉJEUNER

14h00 » ATELIERS

ENGAGEMENT PROFESSIONNEL : (RE) INVESTIR DES CHAMPS D'ACTION

► L'ACTION DE GROUPE : Regards croisés de la commission sociale et de la commission consommation/logement

Jérôme FRANCK, Directeur général UFC Que Choisir
J.-Jacques GANDINI, SAF Montpellier, Vice-Président du SAF
Jean-Pierre GABRIEL, responsable confédéral DLAJ-CGT
Pierre BOUAZIZ, SAF Paris

► **NORMALISATION ET UNIFORMISATION
DES DROITS ET PROCÉDURES**
Barémisation, « LEANisation » de la réponse
judiciaire, impact des technologies de l'information

Dany COHEN, SAF Marseille,
Philippe CHAUDON, SAF Marseille, élu SAF au CNB.

► **HONORAIRE ET ÉCONOMIE DU MÉTIER**
Transparence de l'honoraire, pro bono
et péréquation des honoraires, mécénat
de compétence

Perrine CROSNIER, Avocat SAF Seine St Denis,
Catherine GLON, Avocat Rennes, élue SAF au CNB.

► **LES PREMIÈRES ANNÉES D'EXERCICE**
Formation, collaboration, installation, transmission

Caroline CHARRON-DUCCELLIER, SAF Versailles,
Bertrand COUDERC, SAF Bourges et
Franck HEURTREY, SAF Lyon, élus SAF au CNB.

16h30 » PAUSE

17h00 » ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

► **RAPPORT DES ATELIERS**

► **RAPPORT FINANCIER**

► **DÉBAT**

19h00 » FIN DES TRAVAUX DE LA JOURNÉE

19h30 » SOIRÉE À L'ABBAYE D'ARDENNE

DIMANCHE 11 NOVEMBRE 2012

09h00 à 13h00 » ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

► **DISCUSSION SUR LA MOTION FINALE**

13h00 » CLÔTURE DU CONGRÈS

Venir à Caen / Accès

PAR LA ROUTE

► **Autoroutes :**

Paris - Caen (220 km) / A13

Rennes - Caen (190 km) / A84

Société des autoroutes Paris-Normandie

Tél. : **+33 (0)892 001 234** - **www.sapn.fr**

EN TRAIN

À 2h de Paris (Gare St Lazare)

► **SNCF : www.sncf.com - Tél. : 36 35**

EN AVION

► **Aéroport de Carpiquet :**

Tel : **+33 (0)2 31 71 20 10** - Fax : **+ 33 (0)2 31 26 01 92**
www.caen.aeroport.fr

SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

9,10,11 novembre 2012 à Caen

39^e CONGRÈS DU SAF

à retourner à SAF

34 rue Saint-Lazare - 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 - Fax 01 45 26 01 55 - contact@lesaf.org

Nom : Prénom :

Adresse :

Code Postal : Ville :

Tél. : Fax : E-mail :

Barreau ou activité professionnelle :

☐ Participe au 39^e Congrès du SAF à Caen les 9, 10, 11 novembre 2012

☐ Avocat - de 5 ans d'exercice : (108,70 € HT) = 130 € TTC.

☐ Avocat de 5 ans à 10 ans d'exercice : (167,22 € HT) = 200 € TTC.

☐ Avocat plus de 10 ans d'exercice : (250,84 € HT) = 300 € TTC.

☐ Élève Avocat : Entrée libre.*

☐ Règle la somme de € TTC à l'ordre de SAF COMMUNICATION

*Sur inscription dans la limite des places disponibles

SAF

Formation continue

Cette session de formation satisfait à l'obligation de formation continue des avocats (article 85 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991) et aux critères de la décision du CNB n° 2011-004 du 25 novembre 2011

Durée de la formation : douze heures

Prise En Charge FIF-PL

N'oubliez pas de demander la prise en charge de votre inscription auprès du FIF PL

104, rue de Miromesnil 75384 Paris CEDEX 08 Tél. : **01 55 80 50 00** Fax. : **01 55 80 50 29**

Consulter le site : <http://www.fifpl.fr> (critères de prise en charge, imprimé de demande...)

Pour valider la Formation il sera INDISPENSABLE d'émarger la feuille de présence quotidiennement à votre arrivée au congrès.

Une facture et une attestation de présence vous seront adressées après le congrès

SAF COMMUNICATION organisme de formation n° 11 75 26 108 75

Hôtels proposés

HÔTEL FRANÇOIS D'Ô *ancien hôtel des Cordeliers*

4 rue des Cordeliers - 14000 CAEN

Tél. : **0231 8637 15** Fax : **0231 3956 51**

www.hotel-lescordeliers.com

HÔTEL DES QUATRANS **

17 rue Gémare - 14000 CAEN

Tél. : **0231 8625 57**

<http://www.hotel-des-quatrans.com>

CENTRAL HÔTEL

23 place J. Letellier - 14000 CAEN

Tél. : **0231 86 18 52** Fax : **0231 86 88 11**

central-hotel.pagespro-orange.fr

HÔTEL IBIS CAEN CENTRE PAUL DOUMER

33 rue de Bras - 14000 CAEN

Tél. : **0231 50 00 00** - Fax : **0231 86 85 91**

<http://www.ibishotel.com/fr/hotel-1012-ibis-caen-centre-paul-doumer/index.shtml>

BEST WESTERN – HÔTEL LE DAUPHIN

Quartier des Quatrans - 29 rue Gémare - 14000 CAEN

Tél. : **0231 86 22 26** - Fax : **0231 86 35 14**

<http://www.le-dauphin-normandie.com>

HÔTEL MERCURE PORT CAEN

1 rue de Courtonne - 14000 CAEN

Tél. : **0231 47 24 24** - Fax : **0231 47 43 88**

<http://www.mercure.com/fr/hotel-0869-mercure-caen-centre-port-de-plaisance/index.shtml>

The logo consists of the letters 'SAF' in a white, serif font, centered within a solid red square.

AFFRANCHIR
AU TARIF
EN VIGUEUR

SAF COMMUNICATION

34, rue Saint Lazare
75009 Paris

ATELIER ACCÈS AU DROIT

AJ « pratico-pratic »

État des lieux - perspective

INTRODUCTION « La Justice c'est maintenant ! », thème ambitieux de notre congrès, mais si nécessaire, notamment en terme d'accès au droit et à la justice. Nous avons décidé de consacrer notre atelier de commission à deux axes en lien avec ce thème de congrès.



PAR Perrine CROSNIER,
Sonia SIGNORET,
Sylvie MARTIN
Commission SAF Accès au droit

Une première partie que nous voulons concrète et pratique. Nous ferons un point sur les outils à notre disposition et insuffisamment utilisés pour améliorer le système actuel de la rétribution par l'aide juridictionnelle. (Article 36 et 37)

Nous échangerons sur nos pratiques, et ferons en sorte que les congressistes repartent avec de vrais outils, notamment des modèles de conclusions.

Ainsi il ne doit pas pouvoir être reproché à la profession de sous-utiliser les moyens de « solvabilisation » de leur activité au titre de l'aide juridictionnelle.

Dans une seconde partie, nous ferons le point sur nos objectifs de réforme de l'aide juridictionnelle. Au moment où nous écrivons ces lignes, nous avons un léger espoir d'évolution au cours de l'année 2013, la profession semblant avancer sur des modes de financement complémentaire et la Chancellerie semblant être à l'écoute d'une vraie réforme de fond. Mais surtout, car le congrès est un lieu de réflexion, nous commencerons à travailler sur les « structures dédiées ».

Nous avons dès à présent diffusé un questionnaire aux sections pour établir un état des lieux de l'existant, notamment sur l'organisation des permanences pénales et civiles dans les Barreaux, outre les consultations d'accès au droit. Nous comptons sur

vous pour que nous puissions avoir un maximum de retour pour travailler utilement.

Rejoignez-nous nombreux à notre atelier du vendredi 9 novembre 2012, dès 9h30 à CAEN !

L'AJ : Pratico/Pratic.

Des outils à disposition des avocats insuffisamment utilisés : Articles 36 et 37 Loi 11/07/1991

Modèles : conclusions/convention d'honoraire

Les perspectives de l'accès au droit

a) Le financement de l'Aide juridictionnelle.

Les solutions pour aboutir à une véritable réforme de fond et à une véritable rémunération : des financements complémentaires au budget existant.

Les avancées de la profession. La position de la Chancellerie.

b) Les structures dédiées :

- ▶ L'état de l'existant : les permanences organisées par l'Ordre
- ▶ Vers une spécialisation dans les désignations ?
- ▶ Les évolutions à souhaiter ou à craindre ? ■

ATELIER DISCRIMINATIONS

Rétablir l'égalité avec les outils internationaux

PAR Slim BENACHOUR
SAF Paris
Commission SAF Discriminations



Laurent CYFERMAN
SAF Nancy

Notre société connaît de multiples tensions qui peuvent se manifester au travers de discriminations. Le droit interne permet, sous certaines conditions, de les combattre dans une certaine mesure mais la mise en œuvre de ce droit est très souvent problématique : Soit que l'État s'accorde des dérogations ou s'en affranchisse, soit que des obstacles de toute nature ne permettent pas d'y remédier.

Pour pallier cette situation on peut envisager d'avoir recours au droit international susceptible d'aboutir à une reconnaissance de la rupture d'égalité. Aussi, la commission explorera spécifiquement les cas d'ouverture envisageables et les moyens de les mettre en œuvre en confrontant nos expériences et en échangeant sur nos pratiques professionnelles. ■

ATELIER ÉTRANGERS

Refonte du CESEDA et principe de la rétention

INTRODUCTION Après une année mouvementée qui a vu le retour de la gauche au pouvoir, la Commission a décidé de travailler à des propositions de refonte du CESEDA et de plancher sur le principe de la rétention.

En effet, le candidat HOLLANDE n'a semble-t-il pas souhaité que l'immigration soit au cœur de la campagne.

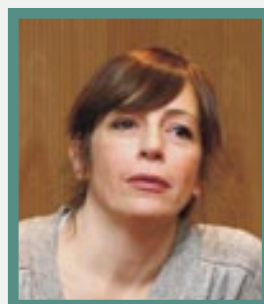
Ainsi dans ses 60 propositions, il avait seulement indiqué qu'il souhaitait sécuriser l'immigration légale, prévoir une régularisation sur des critères objectifs et octroyer le droit de vote aux étrangers. En revanche il avait clairement affiché sa détermination de lutter contre l'immigration illégale.

Depuis, les déclarations du Ministre de l'Intérieur pendant l'été et les circulaires adoptées à la hâte sur la rétention des enfants mineurs accompagnant leurs parents ont montré que le gouvernement planchait sur ce sujet.

Une réforme du CESEDA est donc prévisible dans les mois à venir.

La Commission, forte de l'expérience des avocats qui la composent, a toujours participé au débat législatif soit en amont (notamment pendant les septennats socialistes) soit dans le cadre des propositions d'amendements.

Aujourd'hui, il est temps d'aller plus loin et de profiter d'une écoute favorable pour soumettre, dès la



PAR Laurence ROQUES
Commission SAF Étrangers

rédaction de l'avant-projet de loi, des idées de réforme. L'atelier sera donc le moment idéal pour que les idées fusent et qu'elles aboutissent à un avant-projet que nous

pourrions aller soumettre et défendre auprès du Ministre.

La rétention sera incontestablement un des aspects les plus épineux de cette réforme et elle doit donc être au cœur de nos réflexions durant le congrès. Il nous a donc semblé utile d'inviter un représentant de l'Observatoire de l'Enfermement des Étrangers pour nourrir le débat.

La base de travail pourrait être la lettre aux différents candidats que le SAF leur avait adressée durant la campagne présidentielle.

Le changement c'est maintenant, l'action c'est tout de suite. ■

ATELIER DROIT DE LA FAMILLE

La justice familiale en chantier

INTRODUCTION Avec le changement de mandature, il est possible d'espérer de réelles évolutions du droit de la famille et du traitement accordé à la juridiction familiale. Différents axes de travail ont pu être dégagés auquel la commission famille du SAF doit s'atteler pour acculer le gouvernement à entamer les réformes nécessaires et définir un véritable projet de politique familiale.



PAR Valérie GRIMAUD
Commission SAF Famille



**Aurélie LEBEL
CLIQUETUEUX**

La réflexion pourrait s'organiser autour de l'axe suivant :

Quels moyens pour une justice familiale de qualité ? Les alternatives aux procès civil et pénal en matière familiale ont-elles amélioré la vie des familles ?

Les défaillances :

- ▶ Pénalisation du droit de la famille avec l'Ordonnance de Protection et à l'inverse l'absence d'organisation de la répression des infractions, telles que l'abandon de famille, la non représentation d'enfants, l'organisation d'insolvabilité...
- ▶ Augmentation des délais d'audiencement, de prononcé des jugements (manque de personnel de justice...)



- ▶ Restriction de l'accès au juge (timbres de justice, la médiation = outil de qualité ?)
- ▶ Enquête sociale, les points rencontres

Les perspectives :

- ▶ L'avocat et le recours aux procédures collaboratives, l'acte d'avocat
- ▶ Le droit participatif et les réformes nécessaires de l'ordonnance du 16 novembre 2011 et du décret du 20 janvier 2012
- ▶ Réformer l'audition de l'enfant ■

ATELIER DROIT PÉNAL

Lutte contre les régimes dérogatoires

La commission pénale du Syndicat des Avocats de France axera ses travaux autour de la lutte contre les régimes dérogatoires.

Le colloque de défense pénale de Marseille consacré, en 2010, au droit pénal de l'ennemi avait attiré notre attention sur la disparition progressive du droit commun au profit de droits dérogatoires, éclatés, censés permettre de neutraliser un délinquant irrécupérable et constitutif d'une menace permanente pour la société dont il s'est, par la nature même des actes qu'il est supposé avoir commis, définitivement exclu.

Ainsi le trafic de drogue, les infractions sexuelles, le terrorisme et naturellement la récidive ont justifié, aux yeux du législateur, tous les renoncements aux principes fondamentaux de notre procédure pénale, de même que les dérives les plus liberticides.

En matière de terrorisme par exemple, la garde à vue peut durer jusqu'à six jours ; la notion même de prescription a pratiquement disparu, les principes cardinaux de non-rétroactivité de la loi pénale et d'autorité de la chose jugée ont été balayés par la rétention de sûreté...

Le récidiviste et le multirécidiviste incarnent le fléau absolu en se combinant avec les figures parfois fantasmées du tueur en série et du prédateur sexuel. Ils personnifient surtout l'échec du système judiciaire, incapable d'endiguer la délinquance. Selon les tenants d'une répression sans bornes, c'est naturellement aux « droits de l'homme » et aux juges laxistes qu'incombe cet échec.

Il va sans dire que cette analyse n'est pas la nôtre.

L'automatisme des sanctions, l'aggravation des peines, la restriction à leur aménagement sont autant de mécanismes heurtant de plein fouet le principe de personnalisation des peines interdisant la prise en compte des parcours personnels et forcément uniques des justiciables.



PAR Maxime CESSIEUX
Président Commission Pénale

La prison comme seule réponse valable est évidemment un argument électoral et démagogique puisqu'il passe sous silence les mauvaises performances du système pénitentiaire en matière de réinsertion et singulièrement de lutte contre la récidive.

Nous nous efforcerons donc, au cours de cet atelier, de proposer une vision de ce que devrait être la politique pénale du quinquennat qui s'ouvre. ■



ATELIER DROIT SOCIAL

Conquête de nouveaux droits et reconquête des droits perdus en matière de Licenciement économique



INTRODUCTION Dans un contexte économique et social très dégradé, dans lequel les annonces de plans de licenciements collectifs se succèdent et dominent l'actualité, revenir, une fois encore, une fois de plus, sur le thème du droit du licenciement économique s'impose.

Dans ce domaine, reconquérir des droits perdus, conquérir de nouveaux droits, constitue une priorité tant au plan collectif qu'individuel.

Ces derniers mois ont été particulièrement animés au plan juridique par l'épopée judiciaire autour de l'arrêt Vivéo et ses jurisprudences sœurs.

C'est par ce volet du contrôle en amont des plans de suppressions d'emploi que nous commencerons notre travail, qui nous conduira à nous interroger sur le contrôle du motif économique, bien entendu, mais aussi sur les enjeux de la qualification de ces plans, les entreprises cherchant de plus en plus à éluder la qualification de PSE (préparation aux débats : Isabelle Taraud).

Nous examinerons ensuite les difficultés juridiques mais aussi syndicales que posent les accords compétitivité-emploi, dans leur version actuelle, mais aussi au travers de l'état d'avancement de la négociation nationale interprofessionnelle débutée sur ce thème au printemps (préparation aux débats : Elisabeth Audouard et Steve Doudet).

Il nous faudra ensuite nous interroger sur le droit à l'indemnisation des salariés touchés par ces suppressions d'emploi dans des conditions très

PAR **Isabelle TARAUD**
Commission SAF Sociale



différentes d'une entreprise à l'autre, et rappeler les voies ouvertes et à ouvrir contre les maisons mères pour les contraindre à contribuer

à l'indemnisation des salariés, dans le cadre d'un abondement au PSE ou d'une condamnation judiciaire ultérieure (préparation aux débats : Aline Chanu et David Métin), sans oublier de s'interroger sur les droits des chômeurs, si souvent mis à mal au cours des dernières années, suite à tous types de licenciement ou rupture conventionnelle (préparation aux débats : Myriam Plet).

Enfin la notion de sécurisation des parcours professionnels est au cœur de ces problématiques de carrières et vie professionnelle mises à mal par ces licenciements économiques : le droit français évolue encore peu et il faut forger de nouveaux droits plus effectifs pour accompagner le salarié dans sa nécessaire reconversion et dans son reclassement, peut-être en s'inspirant des mécanismes adoptés dans d'autres états européens (préparation aux débats : Pascale Legendre). ■

Une liberté à défendre !

INTRODUCTION Nous avons déjà rendu compte¹, de la curieuse décision de la Cour d'Appel d'Aix en Provence, validant le refus par l'Ordre des Avocats de Toulon de l'inscription d'une ancienne avocate devenue magistrate, au motif que celle-ci, dans le cadre de son audition par le Conseil de l'Ordre avait tenu des propos particulièrement vifs et ainsi manqué à son obligation de modération.

1 - Lettre SAF d'avril 2011 page 27

La Cour de Cassation a été saisie et a cassé l'arrêt d'Aix-en-Provence, renvoyant le dossier devant la Cour de Montpellier et sans avoir à se prononcer sur le fond du dossier, se contentant de rappeler que les débats n'avaient pas été publics malgré la demande de l'intéressée.

La Cour de Montpellier, Cour de renvoi, n'a pas pour autant fait droit à cette demande d'inscription, en considérant que, lors de son audition, l'intéressée avait refusé de s'expliquer sur des faits ayant donné lieu à une sanction amnistiée... Elle retient que le Conseil de l'Ordre pouvait légitimement l'interroger sur des faits, objet de la sanction disciplinaire amnistiée et que le ton utilisé, constituait un manquement aux principes qui régissent notre profession.

Curieuse décision qui mériterait un pourvoi, sauf si de guerre lasse l'intéressée jette l'éponge, écœurée par une telle analyse sidérante de la Cour.

La liberté de parole de l'avocat ne s'arrête pas aux portes du prétoire

Plus graves encore sont les poursuites disciplinaires engagées contre notre ami Alain OTTAN, Avocat au Barreau de Montpellier et membre du SAF.

Notre Confrère assurait, devant la Cour d'Assises de Nîmes, la défense des intérêts d'un homme dont le fils Mourad était décédé dans la nuit du 2 au 3 mars 2003, mortellement blessé par arme à feu, à l'issue d'une opération de Gendarmerie. Deux gendarmes avaient été renvoyés devant le Tribunal Correctionnel pour faux témoignages et un troisième était poursuivi devant la Cour d'Assises pour violences volontaires ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner.

D'emblée, les conditions d'exercice de la défense devant la Cour ont été difficiles, la Présidente de la Cour d'Assises s'opposant à l'audition des deux gendarmes poursuivis pour faux témoignages dont le cas avait été dissocié.

L'acquittement du gendarme ne fut pas une surprise pour la partie civile et c'est dans ces conditions qu'à l'issue de l'audience, répondant à un journaliste qui demandait



PAR Jean-Louis BORIE
SAF CLERMONT-FERRAND

« vous vous attendiez tout de même à ce verdict ? sans commenter vraiment le verdict, vous le craigniez ? », Alain OTTAN répondait spontanément : « Oui, bien entendu. J'ai toujours su, qu'il

était possible, un jury blanc, exclusivement blanc, où les communautés ne sont pas toutes représentées, avec, on peut bien le dire, une accusation extrêmement molle, des débats dirigés d'une manière extrêmement orientée. La voie de l'acquittement était une voie royalement ouverte, ce n'est pas une surprise. »

Poursuivi devant le Conseil Régional de Discipline, sur la base d'une partie seulement de cette déclaration (la moitié de la phrase était abandonnée : les propos relatifs à une accusation extrêmement molle et des débats dirigés d'une manière extrêmement orientée n'étaient pas retenus), il était relaxé par le Conseil Régional de Discipline.

Sur appel du Procureur Général, la Cour de Montpellier prononçait un avertissement, et malgré les conclusions de l'Avocat Général, la Cour de Cassation rejetait le pourvoi¹, validant le raisonnement de la Cour d'Appel, rappelant « qu'en dehors du prétoire, l'Avocat n'est pas protégé par l'immunité de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 et que les propos tenus présentés une connotation raciale, rejetant l'opprobre sur les jurés et la suspicion sur leur probité, caractérisant ainsi le manquement au devoir de modération et de délicatesse. » Notre Confrère a saisi la CFDH, une telle sanction constituant tout à la fois une violation de l'article 10 de la Convention, qui consacre la liberté d'expression et une atteinte au droit au procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention.

Certes, nos écrits judiciaires et les propos tenus à la barre bénéficient de l'immunité encadrée par les règles de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881².

1 - Arrêt du 5 avril 2012 – 11-11044

2 - Article 41 de la loi du 29 juillet 1881 : Ne donneront ouverture à aucune action les discours tenus dans le sein de l'Assemblée nationale ou du Sénat ainsi que les rapports ou toute autre pièce imprimée par ordre de l'une de ces deux assemblées.

Peut-on considérer, aujourd'hui, que la mission de défense de l'avocat cesse une fois la porte d'audience franchie ? À l'évidence, dans une société médiatisée, la mission de défense implique nécessairement la possibilité de pouvoir communiquer avec le public, au-delà de l'audience. Ne devons-nous pas tenir compte aussi de la situation particulière dans laquelle l'Avocat se doit de répondre à chaud et sous le coup de l'émotion aux questions de la presse ? À l'évidence, le terrain médiatique est également forcément un lieu où la défense doit être exercée. Au cas présent, les déclarations faites avaient aussi pour but d'amener le Parquet Général à relever appel de la décision de relaxe, la partie civile ne disposant pas de ce droit. Les magistrats montpelliérains et ceux de la Cour de Cassation n'ont pas entendu ces arguments. L'Avocat Général près la Cour de Cassation était d'un avis totalement inverse, il n'a pas été suivi.

Une parole pourtant nécessaire

Il n'est pas question pour nous de prétendre que les avocats doivent être au-dessus des lois et qu'en dehors de l'immunité de parole à l'audience, ils auraient le droit de diffamer et d'injurier.

Mais au cas présent, la problématique est tout autre :

- ▶ Aucune action en diffamation ou en injure n'a été engagée.

- ▶ Aucun des jurés mis en cause n'a déposé de plainte.

- ▶ Seul le Parquet Général, qui aurait pu demander à son Procureur d'engager des poursuites, a choisi la voie de la procédure disciplinaire.

Ainsi, c'est sur le terrain de la faute professionnelle que s'est située l'accusation. Celle-ci a fait mine de voir dans les propos de notre Confrère, des propos racistes.

La mise en perspective des propos tenus, avec le contexte du dossier, démontre l'inverse. À l'évidence, les propos tenus auraient pu l'être par nombre d'entre nous. Les jurés populaires, tirés au sort sur les listes électorales, sont loin de refléter la diversité de la nation. La mise en cause de la responsabilité pénale des fonctionnaires de Police et de Gendarmerie est un parcours du combattant, qui débouche très souvent sur ce type de déception.

Le rapport 2009 d'Amnesty International³ en témoigne : « la grande majorité des plaintes dont l'organisation a eu

connaissance, concernent les ressortissants étrangers ou des Français appartenant à une minorité dite visible ». ALVARO GIL-ROBLES, Commissaire Européen des Droits de l'Homme écrivait en 2005 « *il semble qu'à l'heure actuelle, ce soit plutôt un sentiment d'impunité qui domine chez les Policiers. Ainsi, peu de cas de violences policières aboutissent à une condamnation proportionnelle au fait incriminé* ».

Rappelons qu'en l'espèce Mourad B a été tué, alors que le groupe auquel il appartenait était en fuite, 17 coups de feu ayant été tirés.

Rappelons aussi, que les Gendarmes tentent systématiquement de se prévaloir des dispositions de l'article 174 du décret du 20 mars 1903, les autorisant à ouvrir le feu, après avoir délivré les sommations d'usage. Rappelons enfin, qu'à l'énoncé du verdict, les cris « Justice de merde » ont fusé dans la salle.

Placé dans ce contexte et alors qu'il pressentait que le Parquet Général ne relèverait même pas appel de la décision, les propos d'Alain OTTAN, tenus à chaud, étaient, avec le recul, empreints d'une réelle modération. Nulle animosité personnelle, nulle mise en cause ad hominem. Retenir comme faute disciplinaire de tels propos constitue de fait une violation caractérisée de l'article 10 de la CEDH, qui consacre la liberté d'expression, mais cette violation est également indiscutablement constitutive d'une violation de l'article 6, qui consacre le droit au procès équitable, bref, un concours idéal d'infractions.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a déjà été amenée à se prononcer sur des situations similaires, en appliquant le principe de proportionnalité.

L'Avocat a une mission spécifique à accomplir et de cette mission, il tire une légitimité à se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice.

L'ingérence des pouvoirs publics dans cette liberté de parole ne peut intervenir, qu'en raison d'un « besoin social impérieux » et « cette ingérence doit être nécessaire dans une société »⁴.

Les propos tenus doivent être situés dans leur contexte et les déclarations d'Alain, dans celui ci-dessus évoqué, ne sauraient être comparées à la rédaction d'un écrit mûrement réfléchi. Espérons que la Cour Européenne des Droits de l'Homme maintiendra ses analyses antérieures. Elle a déjà, dans un contexte voisin, condamné la France⁵.

Une fois de plus, ce sont les avocats du SAF qui ont contribué à cette évolution.

La liberté d'expression, ne s'use que si l'on ne s'en sert pas... ■

Ne donnera lieu à aucune action le compte rendu des séances publiques des assemblées visées à l'alinéa ci-dessus fait de bonne foi dans les journaux. Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux. Pourront néanmoins les juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires, et condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts. Pourront toutefois les faits diffamatoires étrangers à la cause donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux, et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers.

3 - Rapport 2009 Amnesty International « France : Des policiers au-

dessus des lois.

4 - CEDH Section 29/03/2011 - N°1529/8 GOUVÉIA & FREITAS/Portugal

5 - CEDH 5^e section 15 décembre 2011 – MOR/France n°28198/09 (cf. article D Liger)

La Cour Européenne des Droits de l'Homme protège la liberté d'expression de l'avocat

INTRODUCTION Dans le cadre d'une information judiciaire ouverte sur plainte avec constitution de partie civile déposée en novembre 1998 par M^e Gisèle MOR¹, pour homicide involontaire, au nom des parents d'une enfant de douze ans décédée des suites d'une aplasie médullaire survenue après une vaccination contre l'hépatite B, suivie d'autres plaintes déposées par le même avocat, concernant des cas similaires, jointes à l'instruction initiale, mettant en cause des sociétés pharmaceutiques distribuant le vaccin, un rapport d'expertise fut remis en novembre 2002 au juge d'instruction par le docteur Marc GIRARD, expert en pharmacovigilance et pharmaco-épidémiologie.

1 - Avocat au barreau du Val d'Oise, ancien bâtonnier, ancien membre du Conseil National des Barreaux, adhérente du SAF

Ce rapport était accablant pour les autorités sanitaires françaises et mettait en évidence les graves effets indésirables du vaccin susceptible d'être à l'origine de graves maladies (sclérose en plaques, leucémies, polyarthrites, maladies auto-immunes).

Plusieurs organes de presse en publièrent des extraits ; notamment, le journal Le Parisien publia le 14 novembre 2002 un article intitulé « *Vaccin hépatite B : le rapport qui accuse* », accompagné de l'interview de Gisèle MOR, laquelle indiquait que le rapport d'expertise démontrait que l'État n'avait jamais mis les moyens suffisants pour évaluer correctement l'ampleur des effets indésirables, alors qu'on avait vacciné des millions de Français.

Commentant les pressions évoquées par Marc GIRARD dans son rapport, M^e MOR rappelait qu'il était l'un des rares spécialistes en France des effets indésirables des médicaments, qu'il avait travaillé avec les plus grandes firmes pharmaceutiques et que ses ennuis avaient commencé lorsqu'il avait été nommé expert judiciaire et avait réclamé les dossiers de pharmacovigilance aux laboratoires, lesquels l'avaient harcelé de récusations dans toute la France, l'obligeant à se défendre à ses frais.



PAR Didier LIGER
SAF Versailles

Le même jour, M^e MOR accorda un entretien à la radio Europe 1, dans laquelle elle soulignait la légèreté des autorités sanitaires françaises, non seulement pendant la campagne de vaccination de 1994-1997, mais aussi postérieurement dans le suivi des enquêtes de pharmacovigilance sur le vaccin contre l'hépatite B.

En décembre 2002, l'un des deux laboratoires fabriquant et distribuant le vaccin, GlaxoSmithKline, déposa plainte avec constitution de partie civile pour violation du secret de l'instruction et du secret professionnel.

Convoquée par le juge d'instruction en qualité de témoin assisté, M^e MOR reconnut avoir, à la demande et dans l'intérêt de ses clients, répondu à des journalistes qui avaient connaissance du rapport d'expertise.

Mise néanmoins en examen en septembre 2003, elle fut renvoyée devant le tribunal correctionnel de Paris en mars 2006, pour violation du secret professionnel, pour avoir, en sa qualité d'avocat, révélé l'existence et le contenu d'un rapport d'expertise figurant dans une procédure d'instruction.

Par jugement du 11 mai 2007, le tribunal correctionnel la déclara coupable de ce délit, en considérant que la matérialité de l'infraction n'était pas contestable du fait de la révélation par un avocat à la presse d'informations contenues dans un rapport d'expertise et couvertes par le secret de l'instruction, peu important que ce rapport ait éventuellement pu être préalablement divulgué aux médias par d'autres personnes.

Gisèle MOR fut dispensée de peine et condamnée à verser un euro à la partie civile.

Par arrêt du 10 janvier 2008, la 9^e chambre correctionnelle de la cour d'appel de Paris confirma le jugement en toutes ses dispositions, en considérant que, si les avocats ne concourent pas à la procédure au sens de l'article 11 du code de procédure pénale, ils sont tenus de respecter le secret professionnel en vertu des dispositions de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 applicable à la date des faits, qui prévoyait que « *l'avocat, en toute matière, ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. Il doit, notamment, respecter le secret de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours.* »

Relevant que les modifications ultérieures de ce texte¹ n'avaient pas supprimé l'obligation au secret professionnel imposée aux avocats, la cour a considéré que les propos tenus par M^e MOR reflétaient la teneur des conclusions de l'expert, sans qu'il ne soit démontré



que ces révélations étaient nécessaires à l'exercice des droits de ses clients.

Par arrêt du 28 octobre 2008², la Cour de cassation rejetait le pourvoi de M^e MOR, en considérant que la violation du secret professionnel n'était pas, en l'espèce, rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense.

Gisèle MOR a saisi la Cour européenne des droits de l'homme d'une requête contre la France, dans laquelle elle se plaignait de sa condamnation pénale en estimant que les juridictions internes avaient porté atteinte à son droit au respect de sa liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention.

Soulignant le contexte particulier de cette affaire de santé publique, encore en cours d'instruction alors que les familles des victimes ont déposé plainte depuis plus de dix ans, elle indiquait avoir fait face à une certaine inertie judiciaire, alors que le laboratoire pharmaceutique en cause avait cherché à la déstabiliser.

Elle soutenait que les restrictions à la liberté d'expression d'un avocat ne peuvent être nécessaires dans une

1 - L'article 160 du décret du 27 novembre 1991 a été abrogé par l'article 22 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat et remplacé par l'article 5 dudit décret, ainsi rédigé : « L'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours. Il ne peut transmettre de copies de pièces ou actes du dossier de la procédure à son client ou à des tiers que dans les conditions prévues à l'article 114 du code de procédure pénale. »

L'article 25 1° du décret n° 2007-932 du 15 mai 2007 portant diverses dispositions relatives à la profession d'avocat, a remplacé l'expression « sauf à son client pour les besoins de la défense » par « sauf pour l'exercice des droits de la défense ».

2 - Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 28 octobre 2008, MOR c/M.P., n° 08-81432, Bull Crim 2008 n°215



l'ingérence dans la liberté d'expression de l'avocat ne peut [...] qu'exceptionnellement passer pour « nécessaire dans une société démocratique »

société démocratique que dans des cas exceptionnels et invoquait la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ayant jugé que la condamnation d'un avocat de partie civile ayant effectué des déclarations sur une procédure ne portant préjudice ni à ses clients, ni à la partie adverse, devait être considérée comme disproportionnée à l'égard du libre exercice des droits de la défense, de l'égalité des armes et de l'équité du procès pénal³.

Elle ajoutait que la condamnation d'un avocat pour violation du secret professionnel, même avec dispense de peine, constituait une sanction infamante archivée dans son dossier et susceptible de lui interdire ultérieurement de porter le titre d'avocat honoraire.

Elle indiquait enfin que, ni le procureur général, ni le bâtonnier de son barreau n'avaient jugé utile de diligenter des poursuites disciplinaires à son encontre.

Le Conseil National des Barreaux, intervenant devant la Cour européenne, soutenait que l'avocat ne peut être sanctionné pénalement s'il a agi dans l'intérêt de la défense de son client, le secret professionnel devant être concilié avec la garantie des droits de la défense et le droit à l'information, alors que la liberté d'expression de l'avocat et son droit de critique au cours des procédures judiciaires sont protégés par l'article 10 de la Convention.

De même, le Conseil des Barreaux européens (C.C.B.E.) est intervenu dans la procédure pour soutenir que cette affaire posait la question d'intérêt général de la détermination des limites découlant du secret de l'instruction pénale, soulignant que, si la requérante avait été condamnée pour violation du secret professionnel, il ne s'agissait pas du secret protégeant la confidentialité du rapport entre l'avocat et son client, mais du secret de l'instruction pénale, ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression de l'avocat dont la proportionnalité devait être examinée à la lumière du contexte de la divulgation des informations couvertes par le secret (portée matérielle et temporelle du secret, intérêt du public à être informé, médiatisation de l'affaire).

Après avoir rappelé que l'ingérence dans la liberté d'expression doit être analysée à la lumière de l'ensemble de l'affaire, y compris la teneur des propos du requérant et leur contexte, pour déterminer si elle « *fondée sur un besoin social impérieux* » et « *proportionnée au but légitime poursuivi* », la Cour européenne des droits de l'homme indique également que le statut spécifique des avocats leur fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice, en raison de leur rôle clé pour assurer la confiance du public dans l'action des tribunaux et du fait que le public doit avoir confiance en la capacité des avocats à représenter effectivement les justiciables.

Dès lors, l'ingérence dans la liberté d'expression de l'avocat ne peut, selon la jurisprudence de la Cour, qu'exceptionnellement passer pour « *nécessaire dans une société démocratique* »⁴.

Si la Cour estime que le but poursuivi par l'ingérence, à savoir la protection du secret de l'instruction, est légitime, compte tenu de l'enjeu d'une procédure pénale, tant pour l'administration de la justice que pour le droit au respect de la présomption d'innocence, elle relève que l'auteur de la divulgation du rapport d'expertise à la presse n'a pas été identifié et que M^e MOR n'a pas été sanctionnée pour l'avoir divulgué aux médias, mais pour avoir divulgué des informations contenues dans le rapport, en répondant aux questions des journalistes qui étaient déjà en possession de celui-ci.

Elle estime que ses déclarations s'inscrivaient dans le cadre d'un débat d'intérêt général, les faits concernant une question de santé publique intéressant l'opinion publique, comme mettant en cause non seulement la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques chargés de la fabrication et de l'exploitation du vaccin contre l'hépatite B, mais également des représentants de l'État en charge des questions sanitaires.

3 - Cour européenne des droits de l'homme, NIKULA c/Finlande, 21 mars 2002, n°31611/96 ; KYPRIANOU c/Chypre, 15 décembre 2005, Grande Chambre, n°73797/01

4 - & 44 de l'arrêt MOR ; Cf. également arrêts NIKULA et KYPRIANOU précités, respectivement && 55 et 174

Et elle considère qu'à l'exception des allégations relatives à des pressions exercées sur l'expert, la requérante s'est bornée à commenter les informations déjà largement diffusées dans l'article précédant son entretien.

Dès lors, la Cour estime qu'au regard des circonstances de l'espèce, la protection des informations confidentielles ne pouvait constituer un motif suffisant pour déclarer la requérante coupable du délit de violation du secret professionnel⁵.

N'étant pas convaincue par le raisonnement de la cour d'appel de Paris qui avait rejeté l'argument de M^e MOR selon lequel elle souhaitait alerter le public et s'exprimer sur le contenu du rapport d'expertise pour les besoins de la défense, la Cour européenne juge au contraire que *« les familles des victimes, représentées par la requérante, avaient un intérêt certain, pour leur défense et l'instruction sereine et indépendante de leur plainte, quatre ans après le dépôt de celle-ci, à rapporter au public d'éventuelles pressions extérieures exercées sur l'expert dont l'importance des conclusions n'est pas contestée en l'espèce. De telles pressions, à les supposer avérées, étant inacceptables et incontestablement de nature à nuire à la bonne marche d'une instruction, la Cour estime que les déclarations de la requérante ne pouvaient passer comme susceptibles de troubler le bon fonctionnement de la justice ou de porter atteinte à la présomption d'innocence de personnes mises en cause. Au contraire, la défense de ses clients pouvait se poursuivre avec une intervention dans la presse dans les circonstances de l'espèce, dès lors que l'affaire suscitait l'intérêt des médias et du public »*.⁶

« Partant, la Cour est convaincue que l'ingérence litigieuse ne répondait pas à un besoin social impérieux et était disproportionnée dans les circonstances de l'espèce ».⁷

Par un arrêt du 15 décembre 2011⁸, la Cour dit, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention et condamne la France à payer à Gisèle MOR la somme de 5 000 euros pour dommage moral.

Le 28 mars 2012, M^e MOR a donc saisi la Commission de réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, dans le cadre des dispositions des articles 626-1 à 626-7 du code de procédure pénale.



Lors de l'audience du 28 juin 2012, le rapporteur a invité la Commission à se poser la question de savoir si, bien que la chambre criminelle n'assimile pas la dispense de peine à une condamnation, les dispositions sur le réexamen des décisions pénales sont néanmoins applicables dans le cas où la Cour européenne censure une déclaration de culpabilité suivie d'une dispense de peine.

Et l'avocat général a conclu au réexamen du dossier par la cour d'appel de Paris autrement composée, dès lors que la réparation accordée à Mme Gisèle MOR par la Cour européenne n'apparaissait pas être en mesure de mettre un terme aux conséquences dommageables, s'agissant de poursuites dirigées contre l'avocat des victimes d'un procès de santé publique très médiatisé et que la somme allouée en réparation de la liberté d'expression d'un avocat ne saurait compenser le grave préjudice extrapatrimonial subi par cet auxiliaire de justice. Il a considéré que, par sa nature et sa gravité, la violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme avait entraîné des conséquences auxquelles seul le réexamen de l'affaire pouvait mettre un terme.

Par décision du 5 juillet 2012, la Commission a fait droit à la demande de M^e MOR et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Paris, laquelle devrait donc prochainement reconnaître l'innocence de Me Gisèle MOR et lui accorder la réparation intégrale du préjudice matériel et moral causé par sa condamnation prononcée en violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

On ne peut que se réjouir de ce probable dénouement, la liberté d'expression de l'avocat ayant finalement légitimement prévalu en l'espèce sur les nécessités du secret de l'instruction. ■

5 - & 57 de l'arrêt MOR

6 - & 59 de l'arrêt MOR

7 - & 62 de l'arrêt MOR

8 - Cour européenne des droits de l'homme, MOR c/France, 15 décembre 2011, 5^e Section, n°28198/09

Le procès de la défense

INTRODUCTION Les 16, 17, 18 juillet derniers s'est ouvert le procès intenté à 46 confrères turcs, dont 36 en détention provisoire, devant la cour spéciale d'Istanbul, poursuivis en leur qualité d'avocat, pour appartenance à une organisation terroriste ou actes terroristes. Deux chauffeurs et une secrétaire d'un cabinet, ainsi qu'un journaliste, sont également poursuivis.



Ces confrères sont kurdes de Turquie et ont tous été entre 2005 et 2011 les avocats d'Ocalan, leader du PKK, condamné à perpétuité pour terrorisme et incarcéré sur l'île prison d'Imrali.

Ils ont été arrêtés le 22 novembre 2011, cette vague d'arrestation s'est accompagnée de la perquisition de leurs cabinets, notamment du cabinet Asrin, en charge de la défense d'Ocalan et qui avait fait l'objet d'attaques quelques semaines auparavant par le Premier Ministre Erdogan¹.

1 - Le 2 octobre 2011 le Premier ministre Recep Tayyip Erdogan déclarait « Il y a un office appelé le « Cabinet de l'Affaire du Siècle [Asrin Hukuk Burosul] ». Les avocats d'Imrali dépendent de ce bureau. Ils changent tout le temps d'avocats. Il n'y a pas qu'un seul avocat pour Imrali. Et les avocats qui se rendent à Imrali s'arrangent pour faire, d'une manière ou d'une autre, le lien entre Qandil [Zone montagneuse en Irak où se trouvent les bases arrières du PKK] et Imrali. Ces derniers temps ces rencontres ne peuvent plus avoir lieu, puisque depuis quelques mois le contact a été coupé ».

Le procès était accueilli au sein du plus grand et plus moderne des Palais de justice d'Europe, inauguré en 2011, bâtiment imposant de 9 étages surplombé d'une immense verrière éclairant une salle des pas perdus démesurée ; l'audience s'est déroulée dans une petite salle de 80 places bondée.

La plupart des membres des familles était dehors, cherchant à entrer alors que plus de 300 personnes étaient déjà serrées, mêlant police en uniforme et en civil, quelques membres de famille arrivés tôt, amis, délégation et avocats. L'air était rare... et chaud : la salle a rapidement été privée de l'air conditionné, ce qui n'est pas un détail en juillet à Istanbul.

Les conditions de travail des défenseurs de nos confrères n'étaient pas meilleures, seuls 15 d'entre eux disposant d'une table, les autres se côtoyant, certains sur des chaises mais la plupart assis par terre, le Président refusant qu'ils restent debout. Le premier jour d'audience, lors de l'inscription au PV



PAR Sophie MAZAS
SAF Montpellier

des avocats de la défense, 700 avocats se sont présentés en soutien aux confrères, dont le Président de l'Union des Barreaux de Turquie, seuls 200 ont été enregistrés et une

centaine ont effectivement pu assister à l'audience. Le Bâtonnier d'Istanbul, kémaliste convaincu, a été contraint de passer outre son dénigrement de principe de la question kurde et était présent, tant les violations des droits des défenseurs étaient patentées.

Ces conditions matérielles indignes, à l'image de l'ensemble de la procédure, n'auront que peu d'incidence sur la procédure au regard du déroulé de celle-ci et à la parodie de justice à laquelle la délégation internationale a pu assister. Au côté de nos confrères hollandais, suisses, allemand, anglais, ainsi que de nombreuses organisations telles la FIDH, les Bâtonniers de Rennes et de Montpellier représentaient leurs Barreaux et la Conférence des Bâtonniers, le CNB était représenté ainsi que divers barreaux, Instituts des droits de l'Homme de Grenoble et Montpellier et le SAF. Ce soutien aux confrères a, selon les avocats de la défense, largement contribué à la libération avec assignation à résidence de 9 d'entre eux à l'issue de l'audience.

Comment ne pas qualifier de jeu d'apparence une audience sans procédure, sans respect, le Président interpellant les avocats, les tutoyant et les menaçant de poursuites ?

En l'absence de lecture du réquisitoire de quelques 700 pages des charges retenues à l'encontre des confrères, seuls les fondements juridiques ont été énoncés.

Toutes les demandes de la défense ont été rejetées, notamment le fait de retirer des écoutes téléphoniques les éléments relatifs à la vie privée, les détails allant de l'achat d'une bouteille de shampoing (qui est considéré par les services de police comme étant un code) à des conversations plus intimes avec un conjoint.

La demande d'interprète, les confrères demandant à s'exprimer en kurde, langue qui n'est plus interdite depuis quelques années et peut même être enseignée, a été rejetée. Pourtant, la procédure à charge se fonde sur les entretiens entre les avocats d'Ocalan, et avec ce dernier, et dans des écrits des avocats, le tout en kurde et traduits dans le cadre de la procédure.

Ce rejet de la demande d'interprète a permis au Président d'avoir des interrogatoires extrêmement rapides des confrères accusés : leurs réponses étant en kurde, elles ont été notées comme un refus de présenter une défense. Les avocats se sont insurgés contre cette interprétation : certains confrères s'exprimant en kurde et présentant une défense en kurde pendant plusieurs minutes, il ne pouvait s'agir d'un refus de présenter une défense. Il n'existe même pas un consensus ou une confiance concernant les pv de procédure.

Les demandes de nullités quant aux perquisitions, effectuées en violation de la loi turque, en l'absence des confrères, sans réquisition signée du procureur, ont été rejetées.

La nullité de la procédure du fait de l'absence d'autorisation des poursuites des confrères par le Ministre de la Justice, prévu par la loi, a été écartée au motif de l'application de la loi anti-terroriste

La demande consistant à entendre Ocalan a été mise en suspens. Le leader kurde est au cœur de ce procès : les avocats incarcérés le sont pour s'être rencontrés entre avocats avant et après avoir rencontré le détenu... ou sont accusés d'avoir transmis des ordres d'Ocalan, (précision faite que l'accès à l'île prison d'Imrali implique une fouille intégrale, et interdit stylos, téléphone, matériel).

Sur cette demande, le Président de la cour spéciale n'a pas statué et y accédera peut-être lors de la prochaine journée d'audience du 6 novembre prochain.

Nos confrères souhaitent d'autant plus qu'il soit statué sur cette demande que personne n'a vu le leader kurde depuis plus d'un an, ses avocats étant empêchés d'accéder à l'île d'Imrali, pour des motifs variés (tempête, bateau en panne, manque d'essence, etc...). Une seule journée d'audience est donc prévue pour la prochaine phase de procédure, alors que quelques 20 avocats accusés n'ont pas encore été entendus et que 27 confrères sont encore en détention provisoire : nos confrères font les frais des procès fleuve turcs qui permettent de détenir sans juger.

Une nullité n'a pas même été soulevée, les avocats espérant tous être libérés en juillet : le même magistrat a instruit, placé en détention provisoire et préside le procès... espoir d'être libéré qui nous paraît normal, vu d'Europe... espoir d'être libéré un peu fou quand on connaît l'élément à charge le plus contesté par la défense : l'enregistrement des entretiens des confrères avec Ocalan, protégé par le secret professionnel, qui fonde les droits de la défense, la possibilité de la justice, l'état de droit. ■

La privation de liberté dans les procédures d'éloignement des étrangers : une pratique condamnée ?

*L'homme cherche la nouveauté dans les cimetières.
Louis SCUTENAIRE*

INTRODUCTION Jusqu'à l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) « El Dridi » du 28 avril 2011 (affaire C-61/11 PPU) et la succession de décisions de juridictions tant européennes que nationales qui lui font suite, les procédures d'éloignement des étrangers dépourvus de titre de séjour se déroulaient classiquement selon un processus parfaitement rôdé, fondé sur une articulation très opportuniste entre procédure judiciaire et administrative, la première étant mobilisée - autant dire instrumentalisée - au profit de la seconde.



PAR **Emeline LACHAL**
SAF LILLE



Patrick HENRIOT
SM

Dans l'immense majorité des cas, le déroulement des actes policiers de contrainte amenant un étranger en rétention était ainsi le suivant :

- ▶ contrôle d'identité ;
- ▶ interpellation ;
- ▶ garde à vue ;
- ▶ notification de l'arrêté de placement en rétention à l'issue de la garde à vue ;
- ▶ rétention.

La CJUE, puis la Cour de cassation ont bouleversé cet agencement qui reposait sur des « *petits arrangements entre amis* », procureurs et préfets (I).

Les capacités de la police à mobiliser les contrôles d'identité et la garde à vue en sont réduites : les dispositifs « restants » sont moins adaptés aux objectifs de placement en rétention (II).

I. Du sable dans les rouages de l'éloignement.

I. 1. Un dispositif jusqu'alors bien rôdé

Dans ce dispositif, la procédure débute classiquement par un **contrôle d'identité** (qui doit entrer dans le cadre de l'une des hypothèses visées aux articles 78-2 et suivants du Code de procédure pénale) ou plus exceptionnellement par un **contrôle direct de la régularité du séjour** si des éléments extérieurs à la personne contrôlée permettent de présumer qu'elle est étrangère.

Si ce contrôle ne permet pas à l'étranger de justifier de son identité et de la régularité de sa situation administrative (la présentation du titre de séjour justifiant des deux en même temps), il est conduit dans un poste de police ou de gendarmerie pour y être placé en **garde à vue**, dans le cadre de la procédure pénale alors ouverte par l'officier de police judiciaire sur des soupçons d'infraction aux dispositions régissant le droit au séjour.



L'article L 621-1 du CESEDA dispose en effet que « *L'étranger qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des articles L. 211-1 et L. 311-1 ou qui s'est maintenu en France au-delà de la durée autorisée par son visa sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 Euros* ».

La garde à vue est alors justifiée par les dispositions de l'article 62-2 du code de procédure pénale, selon lesquelles elle peut être décidée à l'égard de toute personne « *à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement* » (l'article L 621-1 punissant le séjour irrégulier d'une peine d'un an d'emprisonnement). Il faut préciser qu'avant la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, il n'était même pas nécessaire que la personne soupçonnée encoure une peine d'emprisonnement pour que la garde à vue soit justifiée.

L'engagement de cette procédure pénale doit en principe permettre aux autorités de police, sous le contrôle du Procureur de la République, de réunir tous les éléments caractérisant l'existence de l'infraction de séjour irrégulier et la situation de l'intéressé, de telle sorte qu'à l'issue de la garde à vue il puisse être déféré devant le Tribunal correctionnel pour y être jugé et le cas échéant condamné. La loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue a d'ailleurs expressément confirmé que cette mesure doit obéir à l'un des objectifs nécessaires à la conduite de la procédure pénale dans le cadre de laquelle elle a été décidée.

Pourtant, c'est à ce stade que la procédure va être détournée de sa finalité judiciaire : la préfecture étant sollicitée pour vérifier la situation de l'intéressé et confirmant qu'il ne peut se prévaloir d'un titre de séjour ou, a fortiori, qu'il a déjà fait l'objet d'une mesure d'éloignement, il fera l'objet **d'un arrêté de placement en rétention et d'un arrêté portant obligation de quitter le territoire français** si une telle mesure n'a pas déjà été prise à son encontre il y a moins d'un an. L'adoption de ces décisions administratives marque l'abandon des poursuites pénales – avec le bienveillant assentiment du Procureur de la République – au profit d'une procédure administrative d'éloignement.

Des directives de politique pénale précisées par des circulaires des 21 février et 4 décembre 2006 avaient d'ailleurs formalisé et officialisé ces orientations en prescrivant aux procureurs de la République « *de n'exercer l'action publique pour séjour irrégulier qu'envers les étrangers ayant également commis une autre infraction et de classer sans suite les*

autres procédures afin, notamment, de laisser prospérer la procédure administrative d'éloignement du territoire ».

I. 2. Coups de tonnerre dans un ciel clair : « El Dridi » et « Achughbabian ».

Saisie par un juge italien, la Cour de justice de l'Union européenne a dit par son arrêt « **El Dridi**, que la directive « *retour* » du 16 décembre 2008 (2008/115/CE) s'oppose à une réglementation nationale qui prévoit d'infliger une peine d'emprisonnement à un étranger en séjour irrégulier « *pour le seul motif qu'il demeure, sans motif justifié, sur le territoire en violation d'un ordre de le quitter* ». La Cour a en effet considéré « *qu'une telle peine [d'emprisonnement], en raison notamment de ses conditions et modalités d'application, risque de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive, à savoir l'instauration d'une politique efficace d'éloignement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier* ».

De nombreux JLD en ont rapidement et logiquement déduit que l'article L.621-1 du CESEDA était incompatible avec le droit de l'Union dans la mesure où il prévoit que le séjour irrégulier est puni d'une peine d'emprisonnement. Et ces JLD en ont tout aussi logiquement déduit que l'étranger soupçonné d'avoir commis le délit de séjour irrégulier prévu par cet article ne pouvait plus être placé en garde à vue puisque cette mesure ne peut être mise en œuvre que si une peine d'emprisonnement est encourue par celui qui en fait l'objet : cette peine d'emprisonnement étant devenue « *illégale* » au regard du droit de l'Union, elle ne pouvait plus justifier le placement en garde à vue.

Constatant néanmoins que cet arrêt « **El Dridi** » concernait la situation des étrangers qui avaient déjà fait l'objet d'un ordre de quitter le territoire, la Cour d'appel de Paris a de nouveau saisi la CJUE pour lui demander si la même solution devait s'appliquer dans l'hypothèse où l'étranger était interpellé en situation de séjour irrégulier sans avoir fait l'objet, précédemment, d'aucune décision d'éloignement.

Par son arrêt « **Achughbabian** » du 8 décembre 2011 (affaire C-329/11) la Cour a alors confirmé que « *la directive 2008/115 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement [d'un étranger en situation irrégulière qui] n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive...* ».

“

... ce sont sans doute des centaines d'étrangers qui auront été expulsés au terme d'une procédure illégale comme ayant débuté par une garde à vue atteinte de nullité.

I. 3. La chancellerie fait de la résistance

Une grande confusion a toutefois été favorisée – et cyniquement utilisée – par un élément du raisonnement de la Cour (les « considérant » 30 et 32) dans lequel elle précise que la directive « ne s'oppose pas à la détention d'un ressortissant d'un pays tiers - ou à une privation de liberté telle qu'une garde à vue - en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour de celui-ci ».

Le ministère de la Justice en a immédiatement et abusivement déduit que la garde à vue restait donc autorisée en matière de séjour irrégulier et a diffusé une circulaire dans laquelle elle invitait les procureurs à ne rien changer aux pratiques antérieures.

Cette interprétation de l'arrêt « Achughbabian » était pourtant totalement biaisée : elle « oubliait » tout simplement que si la directive ne s'oppose pas à une privation de liberté « telle qu'une garde à vue » (le temps de vérifier la situation de l'étranger), en revanche la loi française, elle, s'y oppose totalement puisque la garde à vue n'est possible – selon l'article 62-2 du Code de procédure pénale – que si une peine d'emprisonnement est encourue (et ce, alors que la Cour dit, par ailleurs, qu'aucune peine d'emprisonnement ne peut être encourue, en matière de séjour irrégulier, si l'étranger n'a pas encore fait l'objet des mesures de coercition prévues par la directive).

La Cour de cassation a alors été saisie de la question de l'interprétation qu'il fallait retenir de cet arrêt « Achughbabian ». C'est dans ce cadre que la première chambre civile, naturellement saisie de cette question, a sollicité l'avis de la chambre criminelle (puisqu'était en cause la procédure de garde à vue qui relève de la procédure pénale).

Sans surprise – ou presque ! – la chambre criminelle confirme, par son avis n° 9002 du 5 juin 2012, qu'en vertu de la directive telle qu'interprétée par la CJUE, l'étranger mis en cause pour le seul délit de séjour irrégulier « n'encourt pas l'emprisonnement lorsqu'il n'a

pas été soumis préalablement aux mesures coercitives visées à l'article 8 de ladite directive » et « qu'il ne peut donc être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure diligentée de ce seul chef ».

Il restait à la première chambre civile de la Cour de cassation de tirer les conséquences de cet avis, ce qu'elle a fait par plusieurs arrêts du 5 juillet 2012 en précisant que « le ressortissant d'un pays tiers, en séjour irrégulier en France, qui n'encourt pas l'emprisonnement » lorsqu'il « n'a pas été préalablement soumis à l'une des mesures coercitives prévues à l'article 8 de cette directive [2008/115/CE du 16 décembre 2008] » ou qu'il « a déjà fait l'objet d'un placement en rétention, mais n'a pas vu expirer la durée maximale de cette mesure » « ne peut être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure (...) diligentée de ce seul chef ».

Ces arrêts sanctionnent la longue résistance des autorités judiciaires et policières qui, pendant plus d'un an, ont refusé avec constance de se conformer aux décisions de la Cour de Luxembourg – comme d'ailleurs, auparavant, elles avaient résisté aux décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme sur les droits des gardés à vue.

En attendant, ce sont sans doute des centaines d'étrangers qui auront été expulsés au terme d'une procédure illégale comme ayant débuté par une garde à vue atteinte de nullité.

Ces conséquences bénéfiques du droit de l'Union ne peuvent pas faire oublier, toutefois, que la directive « retour », n° 2008/115/CE du 16 décembre 2008, et son application par la CJUE font de l'éloignement de l'étranger hors de l'Union européenne l'objectif premier.

L'interdiction d'infliger une peine d'emprisonnement à titre de sanction du délit de « séjour irrégulier » ne tend donc pas à la protection de l'étranger sans papiers ni au respect de ses droits fondamentaux mais plus cyniquement à la suppression de tout obstacle



à un processus d'éloignement voulu le plus efficace possible.

Il faut se garder d'oublier qu'il s'agit de la directive de la honte et que ses effets favorables, même s'ils sont tout à fait appréciables, sont quasi involontaires. La rigueur de la politique européenne d'éloignement a ici paradoxalement créé une sorte d'effet d'aubaine.

I. 4. Cerise sur le gâteau : la Cour de cassation « flingue » aussi les contrôles directs de la régularité du séjour.

De manière totalement indépendante, mais parallèle, la cour de cassation a par ailleurs été saisie de la question de la conformité au droit de l'Union des dispositions de l'article L 611-1 du CESEDA qui étaient parfois mobilisées pour alimenter les garde à vue et, dans la foulée, les placements en centre de rétention administrative.

Elles prévoient qu'à la suite d'un contrôle d'identité ou, même, « *en dehors de tout contrôle d'identité* » les étrangers doivent être en mesure de présenter le titre les autorisant à séjourner en France. Elles permettaient donc aux policiers de procéder à des contrôles de régularité du séjour – à condition qu'ils puissent faire

état d'éléments extérieurs à la personne contrôlée permettant de présumer qu'elle est étrangère - sans avoir à justifier qu'ils se trouvaient bien dans l'un des cas permettant un contrôle d'identité.

Or, statuant dans une affaire où un étranger avait été contrôlé sur le fondement de l'article L.611-1 du CESEDA dans un car immatriculé à l'étranger (ce qui constituait l'élément extérieur à sa personne permettant de présumer qu'il était étranger) la Cour a considéré, par un arrêt du 6 juin 2012 (n° 10-25.233) que cet article est contraire au droit de l'Union « *dès lors qu'il n'est assorti d'aucune disposition de nature à garantir que l'usage de cette faculté [de contrôle] ne puisse revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières* ».

Autrement dit, ce texte est trop large puisqu'il permet en réalité d'opérer, sur l'ensemble du territoire national, des contrôles de même nature que ceux qui s'opéraient aux frontières avant l'entrée en vigueur du Code Schengen qui les a abolis.

Cette décision est explicitement fondée sur un arrêt de la CJUE en date du 22 juin 2010 (C 188/10 et C 189/10) qui avait censuré la rédaction de l'alinéa 4 de l'article 78-2 du code de procédure pénale (permettant les contrôles d'identité dans la bande des 20 km en deçà des frontières) au même motif tiré d'un effet

équivalent à celui des vérifications aux frontières. Le législateur français a, par la suite, ajouté des conditions à la mise en œuvre de l'article 78-2 alinéa 4 du code de procédure pénale afin de tenter de le rendre conforme au droit de l'Union. Il n'est toutefois pas certain qu'il y soit parvenu. Ni la Cour de cassation ni la CJUE ne se sont cependant – encore ? – prononcées sur cette nouvelle rédaction.

Quoi qu'il en soit et jusqu'à une éventuelle réécriture de l'article L. 611-1 du CESEDA, les autorités de police sont donc privées de toute possibilité de contrôle direct de la régularité du séjour sur le fondement de ce texte, déclaré non conforme au droit de l'Union.

II. Et maintenant ?

II. 1. Le droit applicable : qu'en reste-t-il ?

Que reste-t-il des dispositifs policiers par lesquels l'administration pouvait s'assurer de la personne de l'étranger soupçonné d'être en séjour irrégulier pour vérifier sa situation et préparer son placement en rétention ?

Trois hypothèses viennent à l'esprit : la garde à vue pour une autre infraction que le séjour irrégulier, la vérification d'identité et l'audition libre. Cependant, toutes ne résistent pas à l'analyse : plusieurs d'entre elles ne devraient donc pas pouvoir être utilisées comme antichambre de la rétention.

II. 1. 1. La garde à vue pour une infraction autre que le séjour irrégulier et punie d'une peine d'emprisonnement

Ne sont pas remises en cause les garde à vue infligées à des étrangers dont les policiers peuvent soupçonner, sur la base d'éléments objectifs, qu'ils ont commis ou tenté de commettre un délit – autre que le délit de séjour irrégulier – puni d'une peine d'emprisonnement.

La circulaire de la garde des Sceaux aux procureurs du 6 juillet 2012 rappelle cette possibilité et précise en exemple – avec, d'ailleurs, une feinte innocence – que le placement en garde à vue pour faux, usage de faux ou usurpation d'identité reste possible.

Elle relève encore l'hypothèse de violence envers les personnes dépositaires de l'autorité publique. De là à inciter à la qualification d'outrages justifiant un placement en garde à vue, il n'y aurait qu'un pas... (L'outrage envers une personne dépositaire de l'autorité

publique est puni de 6 mois d'emprisonnement en application de l'article 433-5 du code pénal).

Il faudra dès lors rester vigilant à toute tentation des agents de police de relever des infractions plus ou moins imaginaires dans le seul but de justifier une garde à vue et de notifier un placement en rétention, d'autant que l'on se souvient de la hausse très significative des poursuites pour outrage ces dernières années.

Il faut également préciser qu'un placement en GAV pour séjour irrégulier – ou soustraction à une mesure d'éloignement sur le fondement de L. 624-1 du CESEDA – reste possible lorsqu'il est démontré que l'intéressé a déjà été placé en rétention pendant la durée maximale – de 45 jours à l'heure actuelle.

Afin d'ailleurs de garder trace de toute précédente mesure d'exécution, la circulaire du ministre de l'intérieur du 6 juillet 2012 « *rappelle l'obligation* » qui est faite aux préfets d'inscrire sur le fichier des personnes recherchées (FPR) les mesures administratives prononcées contre les étrangers et ce, en application du décret n° 2010-569 du 28 mai 2010 relatif au fichier des personnes recherchées.

Cette formulation très large laisse entendre que devraient obligatoirement être inscrites sur le FPR, non seulement les obligations de quitter le territoire français, ce qui est déjà d'usage courant, mais aussi désormais les mesures de placement en rétention.

Cela consacrerait une lecture doublement erronée de ce décret, qui ne prévoit aucune obligation – mais une simple faculté – d'inscription sur le FPR à la charge des autorités administratives et qui, surtout, ne prescrit nullement que la mesure de placement en rétention soit inscrite sur ce fichier (à l'inverse des mesures d'assignation à résidence).

Il semblerait donc que le ministère invite à un usage détourné du FPR afin de tenter de favoriser des garde à vue faisant suite à une précédente mesure de placement en rétention.

Il faut noter enfin que la chambre criminelle a rappelé dans son avis n° 9002 du 5 juin 2012 qu'une mesure de garde à vue « *doit obéir à l'un des objectifs nécessaires à la conduite de la procédure pénale engagée* », en application de l'article 62-2 du code de procédure pénale, ce qui n'est pas le cas d'une garde à vue utilisée aux fins d'éloignement d'un étranger et en caractérise donc un détournement. Il est vrai, toutefois, que cette exigence n'a jamais suffi à obtenir l'annulation des garde-à-voir lorsque celles-ci étaient possibles quelle que soit la peine encourue.

II. 1. 2. La vérification d'identité

Elle est régie par l'article 78-3 du code de procédure pénale, selon lequel la personne faisant l'objet d'une telle vérification ne peut être retenue que pendant le temps strictement nécessaire à l'établissement de son identité et au maximum pendant quatre heures (ou huit heures à Mayotte).

La « marge de manœuvre » de l'administration est donc réduite, en comparaison du confort que représentaient, pour elle, les précédentes 24 ou 48 heures de la garde à vue... : elle ne dispose plus, en effet, que de quatre heures pour vérifier la situation de l'étranger et lui notifier, le cas échéant, une mesure d'éloignement et son placement en rétention.

Cependant, les délais contraints de la vérification d'identité empêchent-ils en pratique toute réaction de l'administration ? Cela ne semble pas être le cas puisque ce régime est désormais utilisé avec succès dans plusieurs régions et notamment celle de Strasbourg.

L'utilisation de cette vérification d'identité à des fins administratives d'éloignement des étrangers n'en constitue pas moins un nouveau détournement de la procédure pénale.

Une vérification d'identité n'est pas équivalente, en effet, à une vérification de la régularité de séjour et il est possible de justifier de son identité même pour un étranger en situation irrégulière. La présentation d'une pièce d'identité périmée, donc d'un titre de séjour expiré, permet de justifier de son identité. De même, un passeport, un permis de conduire, un permis de chasser, une carte professionnelle, une carte d'étudiant permettent d'établir une identité... La circulaire de la garde des Sceaux aux procureurs du 6 juillet 2012 le rappelle d'ailleurs.



II. 1. 3. L'audition dite « libre »

En réformant le régime de la garde à vue, le législateur français a également « *légalisé* » et encadré - aux articles 62, 73 et 78 du Code de procédure pénale - un régime d'audition libre qui n'existait auparavant que par l'effet d'une construction prétorienne, laquelle résultait d'ailleurs d'une jurisprudence assez incertaine et évolutive.

Il faut donc se demander dans quelle mesure ces dispositions pourraient être mobilisées, au lieu et place d'une garde à vue devenue illégale, pour la préparation des mesures d'éloignement.

Relevons tout d'abord, d'une manière générale, que l'audition libre est, par nature même, profondément antinomique de la recherche de l'infraction de séjour irrégulier : pour l'étranger, les enjeux liés à la mise en évidence de cette infraction sont tels, en effet, que c'est évidemment une vue de l'esprit de penser qu'il pourrait se soumettre librement à une audition dont l'issue n'est autre que son éloignement du territoire.

Autrement dit, si l'auteur d'une infraction dont les conséquences sont exclusivement pénales et d'une sévérité très relative peut parfaitement accepter de s'en expliquer de son plein gré, il est à l'inverse totalement exclu qu'il en aille de même lorsque la découverte de l'infraction en cause marque très certainement, pour l'intéressé, la fin du séjour en France et de toute l'organisation de sa vie professionnelle, familiale, affective, qui y est associée, souvent depuis de longues années.

De ce seul point de vue, la mobilisation de l'audition libre ne peut manquer d'apparaître comme un véritable détournement de procédure, basé sur la fiction d'un consentement qui, par hypothèse, ne pourrait jamais être donné s'il l'était en toute connaissance de cause.

Mais il y a plus : l'analyse minutieuse de la lettre des textes confirme en réalité cette incompatibilité qui se déduit déjà de leur esprit.

i. Les articles 62 et 78 excluent l'audition libre d'une personne à l'égard de laquelle il existe des raisons de soupçonner qu'elle a commis une infraction.

Bâtis sur le même schéma, ces deux articles sont relatifs, le premier, à la procédure de flagrance, et, le second, à la procédure d'enquête préliminaire. Disons d'emblée que l'article 78 ne nous intéresse guère dans la mesure où l'enquête préliminaire, qui suppose une audition sur convocation, n'apparaît pas très adaptée à la recherche des infractions de séjour irrégulier.



... la mobilisation de l'audition libre ne peut manquer d'apparaître comme un véritable détournement de procédure...

Même s'il peut arriver qu'une procédure d'éloignement soit initiée à l'occasion d'une enquête préliminaire, l'immense majorité l'est dans le cadre d'une enquête de flagrance.

Mais, en tout état de cause, l'un comme l'autre de ces textes apparaissent inapplicables pour une raison commune, qui s'impose à l'issue d'une lecture attentive.

Les deux articles se placent en effet dans l'hypothèse où une personne est entendue alors même qu'il n'existe aucune raison de soupçonner qu'elle a commis une infraction : ils disposent qu'elle peut alors être retenue le temps nécessaire à son audition et pendant quatre heures au maximum. On observera incidemment que même s'il ne semble pas s'agir, à proprement parler, d'une audition libre - puisque la personne peut être « retenue » pour les besoins de son audition, ce qui suggère bien l'exercice d'une contrainte - c'est néanmoins sur cette base que la construction prétorienne du régime de l'audition libre s'est élaborée, en partant de l'hypothèse que l'intéressé peut à tout moment mettre fin à cette « retenue ».

Mais il faut surtout souligner que dans la très grande majorité des cas, l'interpellation - et l'audition - d'un étranger interviennent à la suite d'un contrôle d'identité et ce, a fortiori depuis que la Cour de Cassation a invalidé le contrôle direct de la régularité du séjour sur le fondement de l'article L.611-1 du CESEDA par son arrêt du 6 juin 2012 (n° 10-25.233).

Or, de deux choses l'une :

- soit le contrôle d'identité est justifié par « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner » que l'intéressé a commis ou tenté de commettre l'infraction de défaut de titre de séjour (ou se trouve dans l'une des hypothèses équivalentes de l'article 78-2 al. 1 du CPP) et l'audition libre de l'article 62 n'est pas applicable, alors, puisqu'elle suppose il n'y ait pas de soupçon de commission d'une infraction au moment où l'audition débute ;

- soit le contrôle d'identité est effectué hors de tout soupçon d'infraction (c'est le cadre de l'article 78-2 al 2

qui organise les contrôles sur réquisitions du Procureur de la République) et deux hypothèses s'ouvrent alors ; dans la première, la présentation des pièces d'identité révèle d'emblée la suspicion d'une infraction au séjour et nous nous trouvons ainsi dans la situation précédente où l'audition libre est, pour cette raison, exclue ; dans la seconde hypothèse l'étranger n'est pas en mesure de justifier de son identité et c'est alors la procédure de vérification d'identité de l'article 78-3 qui s'ouvre ; or la personne qui fait l'objet de cette vérification « *ne peut être retenue que pendant le temps strictement exigé par l'établissement de son identité* » de sorte que sitôt cette identité établie elle doit être remise en liberté ; et si, d'aventure, cette vérification faisait apparaître, par elle-même, un soupçon d'infraction au séjour, ce soupçon ne pourrait justifier que l'ouverture d'une enquête de flagrance (laquelle ne pourrait plus, désormais, être assortie d'une mesure de garde à vue, comme cela est pourtant prévu à l'avant dernier alinéa de l'article 78-3, puisque sont intervenus les arrêts du 5 juillet 2012) mais il exclut en revanche, toujours pour la même raison, la mise en œuvre de l'audition libre de l'article 62. Le passage « *direct* » de la vérification d'identité de l'article 78-3 à l'audition libre de l'article 62 ne pourrait en effet constituer qu'un détournement de procédure tendant à éluder les conditions mises à une telle audition en enquête de flagrance.

Impossible, donc, d'échapper aux contraintes de cet article, qui n'organise en réalité l'audition libre que pour permettre d'entendre celui qui, à ce stade, ne peut être considéré que comme un simple témoin, à l'encontre duquel aucun début de commencement de charges ne peut être établi, ce qui n'est évidemment pas la situation de l'étranger dont le contrôle ou la vérification d'identité aura le plus souvent révélé la situation incertaine au regard du droit au séjour.

Le débat aurait donc été clos si la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue n'avait pas ajouté un alinéa précisant que si, au cours de l'audition de l'intéressé, apparaissent des raisons de soupçonner qu'il a commis une infraction punie d'une peine d'emprisonnement, il ne peut être alors maintenu sous la contrainte à la disposition des policiers que sous le régime de la garde

à vue. Or, par une décision du 18 novembre 2011, le Conseil constitutionnel a livré de cet alinéa une interprétation a contrario qui en fait en quelque sorte le support d'une audition libre spécifique au dit alinéa 2. Il considère en effet « *qu'il résulte nécessairement de ces dispositions qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaît qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis... une infraction peut être entendue par les enquêteurs en dehors du régime de la garde à vue dès lors qu'elle n'est pas maintenue à leur disposition sous la contrainte* ».

Exigeant alors seulement que la personne soit informée de la nature et de la date de l'infraction dont on la soupçonne et de son droit de quitter les lieux à tout moment, le Conseil constitutionnel consacre bien, en creux, la possibilité d'une audition libre qui, ayant débuté en l'absence de tout soupçon, se poursuit sous le même régime alors même qu'un soupçon est pourtant apparu au cours de l'audition.

Certes, ces précisions ne semblent pas changer grand-chose à la situation particulière des étrangers, puisqu'il ne s'agit que d'apprécier les conditions dans lesquelles peut être poursuivie une audition qui, en tout état de cause, n'a pu débuter qu'en l'absence de tout soupçon, ce qui ne peut être l'hypothèse qui nous occupe.

Mais le Conseil constitutionnel crée l'incertitude en précisant que « *le respect des droits de la défense exige qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaît, avant son audition ou au cours de celle-ci, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis une infraction pour laquelle elle pourrait être placée en garde à vue, ne puisse être entendue ou continuer d'être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée...* ». En évoquant indifféremment l'hypothèse d'un soupçon existant avant l'audition ou apparaissant au cours de celle-ci, le Conseil semble donc laisser entendre que l'audition libre de l'article 62 pourrait aussi bien trouver à s'appliquer ab initio – dans le cadre d'une audition débutée en l'état d'un soupçon préexistant – que comme issue à une audition débutée dans le cadre de l'alinéa 1, en l'absence de soupçon initial, puis continuée sous ce régime alors qu'un soupçon est apparu.

Plusieurs objections majeures s'opposent toutefois à cette lecture de la décision du Conseil et, partant, à une conception à ce point extensive du champ de l'audition libre de l'article 62 alinéa 2 :

► on observera, d'abord, que le Conseil se situe toujours dans l'hypothèse où le soupçon porterait sur une infraction « pour laquelle [l'intéressé] pourrait

être placé en garde à vue », ce qui devrait à nouveau écarter l'infraction de séjour irrégulier ;

► on remarquera, surtout, qu'avec cette précision le Conseil ne fait que poser les conditions minimales et générales de constitutionnalité auxquelles doit répondre tout régime d'audition qui ne relèverait pas des garanties spécifiques à la garde à vue ; or ces conditions minimales ne sont évidemment pas exclusives de conditions ou garanties complémentaires que le législateur entendrait ajouter, ce qu'il a précisément fait en réservant l'audition libre aux seules hypothèses où l'audition débute en l'absence de tout soupçon ;

► on soulignera enfin qu'à supposer même que le Conseil ait entendu considérer ces deux situations – soupçon ab initio ou apparaissant au cours de l'audition – comme équipollentes et ouvrir ainsi la possibilité d'une audition libre y compris lorsque le soupçon est préexistant il aurait, ce faisant, incontestablement ajouté au texte de l'article 62 alinéa 2, lequel ne régit explicitement que la situation dans laquelle le soupçon apparaît au cours de l'audition et ne préexiste pas, au contraire, à l'audition.

Pour l'ensemble de ces raisons il apparaît donc clairement, que l'article 62 du CPP ne peut en aucune manière – et l'article 78 encore moins – constituer le support d'une audition libre en matière de recherche d'infractions au séjour.

ii. Et quand bien même l'audition libre serait « mobilisable »...

Mais allons plus loin encore et supposons un instant que l'audition libre de l'article 62 soit mobilisable dans la situation, qui nous occupe, où la vérification de l'identité d'un étranger « débouche » sur la découverte d'indices laissant supposer l'existence d'une infraction au séjour. Devrions-nous considérer, alors, que les exigences posées par le Conseil constitutionnel (que la personne soit informée de la nature et de la date de l'infraction dont on la soupçonne et de son droit de quitter les lieux à tout moment) suffiraient à en assurer la régularité ? Rien n'est moins sur.

Contraint de faire entrer les droits de la défense par la porte de la garde à vue, le législateur français les a en effet évacués, dans le même temps, par la fenêtre de l'audition libre, qu'il a d'ailleurs assez maladroitement définie et encadrée.

Il a ainsi tenté d'atténuer les conséquences d'une réforme de la garde à vue que le conseil constitutionnel et la cour européenne des droits de l'homme le forçaient à adopter et dont il redoutait les conséquences sur l'efficacité policière.

Mais on ne résiste pas facilement au progrès : la mort de l'audition libre à la française - née contraire à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et aux projets de droit de l'Union - serait en réalité déjà programmée si elle devait concerner une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction.

Le Conseil Constitutionnel et la Cour de cassation continuent, en effet, de lier le plein exercice des droits de la défense et l'assistance d'un avocat à l'existence d'une contrainte exercée sur la personne retenue. Ils en déduisent que ces droits ne peuvent être revendiqués qu'en cas de garde à vue et non dans l'hypothèse d'une audition libre, laquelle pourrait se satisfaire des deux conditions minimales posées par le Conseil.

Or la Cour Européenne des Droits de l'Homme - de même qu'un projet de directive européenne - exigent le plein exercice des droits de la défense et l'assistance d'un avocat dès qu'une personne est soupçonnée, qu'elle soit privée de liberté ou non.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme le rappelle dans un arrêt récent (CEDH, 27 octobre 2011, STOJKOVIC c/France et Belgique, n° 25303/08, §§ 50 à 52 notamment). La proposition de directive adoptée par le Parlement européen et le Conseil est en parfaite conformité avec cette jurisprudence de la CEDH. Elle revendique même s'en être inspirée.

La proposition de directive *relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation*, prévoit ainsi dans son article 3 que toute personne soupçonnée, qu'elle soit privée de liberté ou non, doit pouvoir bénéficier du droit à l'assistance d'un avocat dès son audition (Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, COM (2011) 326, du 8 juin 2011).

Ainsi, on le voit, la tentation de mobiliser l'audition libre à l'égard d'une personne que des indices désignent comme l'auteur possible d'une infraction au séjour se heurterait, en tout état de cause, à l'inconventionnalité manifeste de son régime, dès lors qu'il n'assure pas à la personne soupçonnée le plein exercice des droits de la défense et l'assistance d'un avocat.

iii. L'article 73 du CPP ou comment la chancellerie patauge entre force publique et agent de la force publique

Lui aussi relatif à l'enquête de flagrance, cet article dispose en son alinéa premier que « *dans les cas de crime flagrant ou de délit puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire* ». Mais il comprend maintenant un alinéa 2, également introduit à l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à la garde à vue, aux termes duquel « *lorsque la personne est présentée devant l'OPJ, son placement en garde à vue, lorsque les conditions de cette mesure sont réunies, n'est pas obligatoire dès lors qu'elle n'est pas tenue sous la contrainte de demeurer à la disposition des enquêteurs et qu'elle a été informée qu'elle peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie* ».

Bien que les parlementaires s'en soient vigoureusement défendus, il s'agit bel et bien, là encore, de créer un régime d'audition libre, spécifique à la personne dont ni l'interpellation (effectuée par un simple quidam comme il est précisé à l'alinéa 1) ni l'audition ne sont caractérisées par l'usage de la contrainte. Certes, le texte ne l'envisage que lorsque les conditions de la garde à vue sont réunies, ce qui pourrait encore l'écarter en matière d'infractions au séjour. Mais une autre interprétation de l'article pourrait conduire à considérer que ce régime d'audition sans contrainte aurait, au contraire, a fortiori vocation à s'appliquer lorsque l'infraction flagrante qui a justifié l'interpellation n'est même pas punie d'une peine d'emprisonnement et que la garde à vue n'est en conséquence pas possible.

Sans écarter a priori cette lecture du texte, il faut en revanche préciser que les parlementaires ont complété cet alinéa 2 d'une phrase aux termes de laquelle « *Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable si la personne a été conduite par la force publique devant l'officier de police judiciaire* », ce qui est une façon de rappeler que cet article 73 concerne l'hypothèse particulière (précisée à l'alinéa 1) où l'auteur de l'infraction flagrante a été appréhendé et conduit devant un OPJ par « *toute personne* », autrement dit quelqu'un qui n'appartient pas à un corps doté de la « force publique ».

L'audition libre de l'article 73 al 2 n'est donc pas applicable quand l'étranger a été conduit devant un OPJ par un policier ou un gendarme...

Pourtant, la chancellerie a cru devoir, en présentant ces dispositions, en tordre le sens pour tenter d'y faire entrer à tout prix l'audition libre de l'étranger qui fait

“

... La rétention doit rester la mesure de dernier ressort



Mais la circulaire précise tout de suite : « *L'audition libre, immédiatement après la constatation de l'infraction, n'est envisageable que dans les circonstances suivantes : La personne a été appréhendée par les agents de la force publique (souligné par nous) mais elle a ensuite été conduite jusqu'à l'OPJ sans avoir subi aucune contrainte, en particulier un menottage (souligné par la chancellerie)* ». Là, c'est donc l'exercice de la contrainte qui devient clairement le critère d'exclusion de l'audition libre.

Autrement dit, alors que la loi exclut l'audition libre lorsque l'intéressé a été appréhendé et conduit par un agent de la force publique, la circulaire la permet néanmoins, dans cette hypothèse, sous la seule réserve que cet agent n'ait pas usé de contrainte, ce qui n'est évidemment pas du tout la même chose.

En un mot comme en mille, la loi considère qu'il y a contrainte ou présomption de contrainte dès lors qu'un agent de la force publique intervient et en tire la conséquence que, dès lors, l'audition libre n'est pas possible « par hypothèse » ... alors que la chancellerie « oublie » l'exigence du texte et le triture pour admettre la fiction qu'un étranger suivra évidemment sans difficulté le policier ou le gendarme qui lui demandera gentiment de monter dans son fourgon...

Pourtant, les travaux parlementaires ne laissent aucun doute quant à la volonté du législateur d'écarter cet ersatz d'audition libre lorsque l'auteur du délit flagrant a été interpellé par un agent de la force publique.

l'objet d'une procédure de flagrance au titre du séjour irrégulier. Par sa circulaire du 6 juillet 2012 faisant suite à la décision de la Cour de cassation écartant l'application de la garde à vue, elle précise en effet que « *l'audition sans placement en garde à vue [façon pudique de désigner une audition libre qui n'existe pas officiellement] est juridiquement concevable (!) mais suppose, conformément à l'article 73 du CPP, que la personne n'a pas été conduite par la force publique sous la contrainte devant un officier de police judiciaire* ».

La formule est déjà ambiguë : on ne sait pas si c'est l'intervention de la force publique ou l'exercice de la contrainte qui fait obstacle à l'audition libre...

C'est ainsi que le rapport de la Commission des lois du Sénat précise : « *Ces dispositions ne seraient toutefois pas applicables lorsque la personne a été conduite par la force publique devant l'officier de police judiciaire : on peut en effet considérer qu'il existe dans ce cas une certaine continuité dans la contrainte (la personne ayant été appréhendée par la force publique est tenue de demeurer dans les locaux de police ou de gendarmerie où elle a été conduite, sauf avis contraire de l'officier de police judiciaire), - continuité qui n'existe pas nécessairement lorsque la personne a été amenée de force dans le service de police ou de gendarmerie par une personne privée et que l'officier de police judiciaire n'estime pas nécessaire de la contraindre à y demeurer* ».

La chancellerie est donc prise en flagrant délit de tripatouillage des textes et l'utilisation de l'audition libre dans les procédures d'éloignement des étrangers devra être contestée en toute occasion et, à tout le moins, devant le juge des libertés et de la détention.

II.2. Le droit prospectif : que faut-il faire ?

II. 2. 1. Revendiquer un statu quo !

Ils viennent d'être détaillés : les dispositifs policiers « *préalables* » à la rétention des étrangers en séjour irrégulier n'ont pas disparu. Ils sont redéfinis et circonscrits.

Ces nouvelles limites marquent la fin de l'utilisation dévoyée de la garde à vue au profit de la procédure administrative d'éloignement. Il conviendra néanmoins de rester vigilant à l'égard de nouveaux détournements de la procédure pénale : les circulaires de la ministre de la justice ne sont guère rassurantes à ce sujet.

Toute rétention est-elle pour autant désormais impossible, en droit ou en pratique ? Non ! Le placement en rétention pourra notamment continuer d'être notifié à l'issue d'une garde à vue pour autre cause que le séjour irrégulier.

La rétention devient-elle, en revanche, un peu plus exceptionnelle ?

Oui ! Et cela est parfaitement conforme aux exigences du droit de l'Union européenne sur l'usage de la rétention, soumise aux principes de gradation et de proportionnalité. La rétention doit rester la mesure de dernier ressort et n'intervenir qu'après que les autres mesures d'exécution d'une décision de retour ont échoué, notamment l'assignation à résidence.

L'éloignement d'un étranger ne peut-il être réalisé qu'en recourant à la rétention ?

Non ! D'autres mesures d'exécution existent, comme le délai de départ volontaire ou l'assignation à résidence. Le droit de l'Union exige que ces mesures d'exécution soient utilisées de manière graduée, de la mesure la moins coercitive à la mesure la plus coercitive.

La directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 prévoit d'ailleurs diverses obligations pouvant être imposées durant le délai de départ volontaire afin d'accroître la coercition de cette mesure (article 7.3 de la directive).

La politique française d'éloignement des étrangers n'est donc pas contrainte de faire de la rétention une étape incontournable de la procédure d'éloignement. Elle est, au contraire, contrainte de ne l'envisager qu'en dernier recours.

La jurisprudence de la cour de cassation permet de replacer la rétention à la seule place qu'elle peut occuper : la dernière.

Un « statu quo » du droit positif - dans l'état où les arrêts de la Cour de cassation l'ont remodelé - serait ainsi propice à une nouvelle réflexion d'ensemble tant sur le principe que sur les conditions de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière, en conformité avec le droit de l'union européenne. Il aurait pu, à tout le moins, être envisagé le développement des autres mesures d'exécution et des obligations à contrainte variable qui peuvent les assortir.

Le droit européen censure le droit interne français au moment où une nouvelle majorité politique accède au pouvoir. Une telle opportunité - politique et juridique - de refondation de la conception française du statut des étrangers est inédite.

Le gouvernement s'est pourtant empressé de l'ignorer...

II. 2. 2. Vers une « retenue administrative »

Dès le 31 juillet 2012, le ministre de l'intérieur, Manuel VALLS, annonçait qu'un projet de loi sera déposé fin octobre 2012 prévoyant une « *retenue administrative* » de douze heures pour vérification de la régularité du séjour d'un étranger.

Auparavant, l'idée d'une « *garde à vue administrative* » ou « *garde à vue spécifique aux étrangers* » avait pu être évoquée, par quelques commentateurs.

Quelle que soit la formule, il s'agit donc toujours d'une privation de liberté.

Sa parenté avec la garde à vue paraît d'ores et déjà inévitable.

Reste à savoir quel régime de garanties lui sera assorti et quels garde-fous (constitutionnels – européens ?) pourront être revendiqués.

Malheureusement, il n'est pas trop tôt pour déplorer, déjà, le manque de courage politique et d'imagination juridique. ■

Congrès : Quel choix incongru pour Avocabulaire



Ce n'est pas un mot appartenant au lexique juridique ou déontologique, croyons-nous. Nous aurions tort.

Outre que le mot Congrès désigne, en France, *le Parlement réuni pour une révision de la Constitution*, ce signifiant a eu, dans l'histoire, un autre rôle – nous le verrons plus loin.

Le Congrès du SAF, les 9, 10 et 11 novembre à CAEN, répond, bien sûr, à son acception moderne : *réunion*

*de personnes qui se rassemblent pour échanger leurs idées ou se communiquer leurs études*¹.

Il rejoint sa définition constitutionnelle : il s'agit bien au SAF de se réunir pour soumettre des propositions aux gouvernants, car *La Justice, c'est maintenant*.

Mais un mot ayant un même signifiant (ici, congrès) peut avoir deux signifiés², et d'autres encore.

1 - Le nouveau Petit Robert de la langue française

2 - La Lettre du SAF, avril 2011, Avocabulaire, Auxiliaire de Justice



PAR Marianne LAGRUE
Présidente SAF Paris,
Élue SAF au CNB

Si le congrès du SAF, les 9, 10 et 11 novembre à CAEN, colle à l'actualité avec le thème choisi « La justice, c'est maintenant », le SAF n'oublie pas l'histoire, tout en évoluant.

Il en est de même des mots et le substantif CONGRES, les 9, 10 et 11 novembre à CAEN, n'échappe pas à la règle.

Un même signifié peut avoir plusieurs définitions selon le champ lexical et la science dans lesquels il est utilisé³, mais aussi l'histoire.

Mais revenons, Ici et Maintenant au Congrès du SAF, les 9, 10 et 11 novembre à CAEN.

Les congrès sont bien connus des syndicalistes - safistes ou non -. Ils apprécient l'intérêt de ce lieu de fusion... des idées, les 9, 10 et 11 novembre à CAEN.

Cette année, c'est donc décidé : vous venez les 9, 10 et 11 novembre à CAEN.

Malheureusement, cette déclaration n'est pas performative⁴, ici le dire ce n'est pas le faire.

L'effet d'annonce de cette décision ne réalise donc pas l'action au moment même de la parole : *dire c'est faire*⁵ (souvenez-vous lorsque « *je jure, comme avocat...* », je réalise l'acte de prêter serment et je deviens avocat en disant ce serment même)⁶.

Pascale dire, ce n'est pas suffisant, c'est Taelman mieux de venir⁷.

N'oubliez pas, ELLE y sera et son discours moral ne le sera pas tant que ça : nous sommes au SAF, les 9, 10 et 11 novembre à CAEN.

Je n'irai pas plus loin dans le discours subliminal⁸ pour revenir à la linguistique.

L'intérêt du congrès est multiple : ses éminents intervenants – je ne peux en faire ici la promotion, mais www.lesaf.org vous éclairera - vous transporteront et démontreront que « *ce sont moins les conclusions identiques qui font les intelligences parentes que les contradictions qui leur sont communes* »⁹ »

Le transport – à CAEN, les 9, 10 et 11 novembre – peut être autre. Et j'en arrive à l'histoire.

Historiquement, le mot CONGRES a été introduit au sens d' « union charnelle » propre au XVI^e et XVII^e siècle. Il est à l'origine de la spécialisation juridique ancienne d' « épreuve légale destinée à constater l'impuissance du mari avec le témoignage d'une matrone ou sage-femme, cas invoqué pour annuler un mariage »¹⁰ ».

« Ce terme d'ancienne jurisprudence consistait en une épreuve qu'ordonnait autrefois la justice pour constater, en présence de chirurgiens et de matrones, la puissance ou l'impuissance des époux qui plaidaient en nullité de mariage. Le congrès a été supprimé en 1667 »¹¹ ».

Si l'on en croit Boileau, les juges ne se seraient jamais compromis à ces basses œuvres :

« *Et jamais juge entre eux ordonnant le congrès
De ce burlesque mot n'a sali ses arrêts* »¹².

L'analyse étymologique permet de comprendre l'ancienne signification. Congrès, nom masculin, est emprunté au latin *congressus* « action de se rencontrer » d'où « union sexuelle » et « entrevue, réunion », nom d'action correspondant au verbe *concredi* « se rencontrer », de *cum* (U co) et *radi* « marcher », de *gradus* « pas » (U grade)¹³.

À ne pas confondre avec *congression*, nom féminin, terme d'histoire naturelle, pour accouplement du mâle et de la femelle¹⁴.

Entendons-nous bien, une information n'est pas une incitation : les journalistes le savent bien.

Toutefois, les intérêts sont multiples, et parfois se superposent (si je puis dire). Il ne faut en tirer (à prendre au sens commun) aucune autre conclusion.

Les congressistes - je ne peux vraiment pas en faire ici la promotion -, à CAEN, les 9, 10 et 11 novembre 2012, peuvent aussi se rapprocher de concepts nouveaux et se battre pour leur CAMP : l'avocature. ■

3 - La Lettre du SAF, avril 2011, Avocabulaire, Auxiliaire de Justice

4 - Voir La Lettre du SAF, avril 2012, Avocabulaire, Foi du Palais, la crise ?

5 - Quand dire, c'est faire, John Austin

6 - idem

7 - À dire avec l'accent caennais

8 - Message publicitaire construit de manière à atteindre l'inconscient du consommateur, Le nouveau Petit Robert de la langue française

9 - Le mythe de Sisyphe (1942), Albert Camus

10 - Dictionnaire historique de la langue française, sous la direction d'Alain Rey, Le Robert

11 - Le Littré

12 - Satires, Boileau

13 - Dictionnaire historique de la langue française, sous la direction d'Alain Rey, Le Robert

14 - Le Littré

■ SAMEDI 8 DÉCEMBRE 2012

Colloque social - Université Paris Dauphine

Les travailleurs observent que de plus en plus souvent il existe une dissociation entre celui qui s'affiche comme leur employeur et celui qui utilise leur force de travail ». C'est en ces termes que le Professeur Antoine Lyon-Caen introduisait ses propos tenus il y a plus de 30 ans à l'occasion de notre colloque de décembre 1980 sur le thème de «L'entreprise éclatée».

Ce colloque avait été consacré à l'analyse des différentes formes d'organisation juridique conduisant à un éclatement de la collectivité de travail et de la relation d'emploi : intérim, externalisation, organisation des groupes...

Trente ans sont passés mais ces réalités juridiques et sociales se sont encore développées et impriment plus que jamais leurs conséquences sur le marché du travail.

Salariés et représentants du personnel ont dû saisir les Juges de situations dans lesquelles il s'avère indispensable d'atteindre le véritable responsable. L'unité économique et sociale a été l'objet de nombreuses quêtes, contentieux et réflexions. Les notions d'employeur conjoint et de co-emploi se sont développées en jurisprudence. Le prêt de main d'œuvre a été l'objet d'une loi récente mais a été peu exploré encore devant les Juges. La nécessité de se saisir du droit des sociétés s'impose de plus en plus pour la défense des travailleurs.

Toujours attaché à identifier ensemble « les outils de la riposte », le colloque du 8 décembre 2012 sera l'occasion de réfléchir de nouveau aux contours de «l'entreprise» et à la meilleure défense possible de salariés en quête de leurs véritables employeur et communauté de travail. ■

HOMMAGE

La famille du SAF a été une nouvelle fois endeuillée



Alain CORNEVAUX,
nous a quittés
le 2 mai dernier.

Alain s'était éloigné du SAF ces dernières années ; mais il y avait adhéré en 1974, a été membre du conseil syndical de 1988 à 1990, membre du bureau en qualité de trésorier sous la présidence de Tiennot GRUMBACH.

Il a participé à la création, en 1988, d'AFI Avocat. AFI Avocat, il y a 25 ans, permettait le financement de l'activité des confrères et, par exemple, des stages à l'étranger. AFI Avocat répondait à un vrai besoin et fut un vrai succès, et Alain en a été l'un des pionniers.

Puis il sera élu membre du conseil d'administration de la CARPA en 1992 et 1993.

Il a été le premier élu SAF au conseil de l'Ordre de Paris en 1994/1996 ; de 1997 à 2003 il sera élu au conseil d'administration de l'école de Formation des Barreaux et élu au CNB en 2000 et 2003.

C'est une grande figure de la profession et de notre syndicat qui disparaît. ■



Mikaël GOUBIN, avocat à
Rennes après un passage à
Grenoble est lui parti début août.

Mikaël, comme tous ceux qui sont aux côtés des étrangers dans les procédures dont ceux-ci font l'objet, comme autant de brimades et d'injustices, était un combattant.

Lumineux et tourmenté, tourné exclusivement vers les autres, à son détriment souvent, il a créé à Rennes le groupe de Défense des étrangers et était l'un des animateurs de notre section. Sa force de conviction et de travail nous épatait tous, avocats et magistrats. Au-delà de tout, il y avait son humanité.

Nous n'avons vu Mikaël que debout, fier de sa robe, fier de ses luttes et pourtant si fragile...

Il faisait notre admiration, au-delà de l'affection infinie que nous avions pour lui.

Il laisse un vide impossible à combler. Alors, il doit rester vivant dans nos cœurs et nos esprits, même si nous sommes tristes au-delà de ce que les mots peuvent exprimer. ■

La voix de l'équilibre



Institution de retraite et de prévoyance
Depuis 1959

Depuis 1959, par la volonté des partenaires sociaux, le groupe CREPA est devenu pour l'ensemble des cabinets d'Avocats l'acteur essentiel pour la gestion des enjeux de prévoyance et de retraite.

L'équilibre nécessaire entre les syndicats des employeurs et des salariés garantit une gestion mutualisée et à but non lucratif. Cette gouvernance paritaire est également à l'origine d'offres de protection sociale novatrices en matière de prévoyance et de dépendance.

www.crepa.fr

DÉCIDEZ AUJOURD'HUI D'ÊTRE L'AVOCAT DE DEMAIN



 LexisNexis®
PARTENAIRE OFFICIEL ANAAFATECH 2012



ÈRE DU PAPIER
1454 - 1967



ÈRE DU NUMÉRIQUE
1967 - 2011

ÈRE DU CLOUD
AUJOURD'HUI

CLOUD COMPUTING / GESTION ÉLECTRONIQUE DOCUMENTAIRE /
LOGICIELS DE GESTION DE CABINET / EXTERNALISATION INFORMATIQUE & SÉCURITÉ /
DÉONTOLOGIE DE L'ÉLECTRONIQUE / ACCESSOIRES BUREAUTIQUES /
BANQUES & ASSURANCES

1 DATE, 1 LIEU

La 2^{ème} édition d'ANAAFATECH se tiendra

le **VENDREDI 19 OCTOBRE 2012**
de **9H00** à **18H00**

à l'**EUROSITES GEORGE V**
28 avenue George V, **PARIS 8**

**VALIDEZ JUSQU'À 6 HEURES AU TITRE
DE LA FORMATION CONTINUE**



INSCRIVEZ-VOUS

www.anaafatech.fr - contact@anaafatech.fr

Jeunes avocats : 80 € HT
Avocat **adhérent** ANAFA : 120 € HT
Avocat **non adhérent** : 160 € HT

ANAAFATECH.FR 2012
LE 1^{er} WORKSHOP DES TECHNOLOGIES NOUVELLES DU CABINET D'AVOCATS
EUROSITES GEORGE V - PARIS 8 - VENDREDI 19 OCTOBRE

