

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par

UNIVERSITE DE PERPIGNAN VIA DOMITIA

Préparée au sein de l'école doctorale

INTER MED ED 544

Et de l'unité de recherche

CDED

Spécialité : Droit privé

Présentée par Marine d'HERVÉ

LA NOTION DE MAUVAISE FOI ET L'AVOCAT

Soutenue le 19 novembre 2021 devant le jury composé de

M. Rémy CABRILLAC, Pr. Université de Montpellier
M. Christophe ALBIGÈS, Pr. Université de Montpellier

Rapporteur
Rapporteur

M. Emmanuel TERRIER, MCF. Université de Montpellier
M. Frédéric LECLERC, Pr. Université de Perpignan

Directeur de thèse
Directeur de thèse

Mme Michèle TISSEYRE, Ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Montpellier
M. Raymond ESCALE, Bâtonnier de l'Ordre des avocats des Pyrénées-Orientales

Invité
Invité



THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par

UNIVERSITE DE PERPIGNAN VIA DOMITIA

Préparée au sein de l'école doctorale

INTER MED ED 544

Et de l'unité de recherche

CDED

Spécialité : Droit privé

Présentée par Marine d'HERVÉ

LA NOTION DE MAUVAISE FOI ET L'AVOCAT

Soutenue le 19 novembre 2021 devant le jury composé de

M. Rémy CABRILLAC, Pr. Université de Montpellier
M. Christophe ALBIGÈS, Pr. Université de Montpellier

Rapporteur
Rapporteur

M. Emmanuel TERRIER, MCF. Université de Montpellier
M. Frédéric LECLERC, Pr. Université de Perpignan

Directeur de thèse
Directeur de thèse

Mme Michèle TISSEYRE, Ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Montpellier
M. Raymond ESCALE, Bâtonnier de l'Ordre des avocats des Pyrénées-Orientales

Invité
Invité

*À ma grand-mère, qui m'était si chère,
À mes parents, pour leur patience, leur sacrifice et leur amour,
À mon frère, pour son soutien sans faille,
À mes grands-parents, qui m'ont tant appris.*

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1 : LA DELICATE APPREHENSION DE LA MAUVAISE FOI DANS LA PRATIQUE PROFESSIONNELLE DE L'AVOCAT

Titre 1 : La détermination ardue de la notion de mauvaise foi

Chapitre 1 : La mauvaise foi dans les règles guidant la profession d'avocat

Section 1. L'impossible définition de mauvaise foi

Section 2. La mauvaise foi dans les règles guidant la profession d'avocat

Chapitre 2 : L'importance effective de la mauvaise foi dans les obligations professionnelles de l'avocat

Section 1. La manifestation de la mauvaise foi dans les relations entre l'avocat et son client

Section 2. La manifestation de la mauvaise foi dans les relations entre l'avocat et les tiers

Titre 2 : L'articulation entre la faute de l'avocat et la notion de mauvaise foi

Chapitre 1 : L'influence de la mauvaise foi sur le régime en matière de responsabilité civile et professionnelle

Section 1. Le rôle de la mauvaise foi dans l'appréciation des caractères de la faute

Section 2. Le rôle de la mauvaise foi dans l'appréciation de la faute au regard des missions professionnelles de l'avocat

Chapitre 2 : L'influence de la mauvaise foi sur le régime en matière de responsabilité comminatoire

Section 1. La qualification de la mauvaise foi à l'épreuve de la faute déontologique

Section 2. L'influence du droit pénal et de la fraude sur la qualification de la faute pénale

PARTIE 2 : LA SANCTION DE LA MAUVAISE FOI DE L'AVOCAT : UNE PROCEDURE ABONDANTE ET COMPLEXE SANCTIONNANT LES COMPORTEMENTS DE MAUVAISE FOI

Titre 1 : La mauvaise foi à la frontière du caractère répressif du droit pénal et de la notion de peine du droit disciplinaire

Chapitre 1 : Les manquements disciplinaires confrontés à la mauvaise foi, la protection des valeurs déontologiques

Section 1. L'étude accrue des manquements disciplinaires confrontés à la mauvaise foi, une éthique forte

Section 2. L'étude des manquements disciplinaires de l'avocat, l'impact direct de la mauvaise foi sur l'engagement de la responsabilité

Chapitre 2 : Les infractions pénales liées à la mauvaise foi, une sanction cohérente

Section 1. Le rôle indirect de la mauvaise foi en matière de responsabilité pénale

Section 2. La place de la mauvaise foi face à l'irresponsabilité pénale

Titre 2 : Le rôle de la mauvaise foi dans la mise en œuvre de la responsabilité civile

Chapitre 1 : La mauvaise foi face à la double nature juridique de la responsabilité civile de l'avocat

Section 1. L'influence de la mauvaise foi sur la nature contractuelle quant à la mise en œuvre de la responsabilité civile

Section 2. L'influence de la mauvaise foi sur la nature délictuelle sur la mise en œuvre de la responsabilité civile

Chapitre 2 : La mauvaise foi face aux conditions strictes de la responsabilité civile

Section 1. La soumission avérée aux qualifications communes de la responsabilité civile

Section 2. L'exercice délicat de la responsabilité civile de l'avocat comme conséquence d'un comportement de mauvaise foi

CONCLUSION GENERALE

** Voir la table des matières détaillée à la fin de l'ouvrage*

LISTES DES ABRÉVIATIONS

actu.	Actualité
act.	Actualisation
AJ	Actualité juridique du recueil Dalloz
AJCA	Actualité juridique des contrats d'affaires
AJDI	Actualité juridique du droit immobilier
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
aff.	Affaire
al.	Alinéa
anc.	Ancien
art.	Article
BICC	Bulletin d'information de la Cour de Cassation
Bull.civ	Bulletin civil des arrêts des chambres de la Cour de Cassation
Bull. civ. ass. plén	Bulletin civil de la Cour de Cassation – Assemblée Plénière
Bull. civ. ch. Mixte	Bulletin civil de la Cour de Cassation – Chambre mixte
Bull.crim	Bulletin criminel des arrêts la Cour de Cassation
BRDA	Bulletin rapide du droit des affaires, édition Francis Lefebvre
c/	Contre
CA.	Cour d'appel
C.ass.	Code des assurances
Cass.civ.	Cour de cassation chambre civile
Cass.com.	Cour de cassation chambre commerciale
Cass.crim.	Cour de cassation chambre criminelle
Cass.ass.plén.	Cour de cassation assemblée plénière
Cass.ch.mixte.	Cour de cassation chambre civile chambre mixte
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
C.civ.	Code civil
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CE.	Conseil d'Etat

CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
Chap.	Chapitre
chron.	Chronique
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
c/	Contre
COMP.	Comparer
Cons. Ord.	Conseil de l'Ordre des avocats
Cons. constit.,	Conseil Constitutionnel
Conv. EDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CNB. AG	Conseil National des Barreaux, Assemblée Générale
C. pén.	Code pénal
CPC.	Code de Procédure civile
CPP.	Code de procédure pénale
D.	Dalloz
Déc.	Décision
Décr.	Décret
dir.,	Directive
Doctr.	Doctrine
Dr. et Patr.	Droit et Patrimoine
DP.	Dalloz Périodique
éd.,	Edition
fasc.	Fascicule
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal.,	Gazette du Palais
<i>Ibib.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Ibidem</i>	Au même endroit
in.	dans
Infra	au-dessous (plus bas dans le texte)

IR	Informations rapides du recueil Dalloz
JDA	Journal du droit administratif
JCP	Jurisclasseur périodique
JCP E	Jurisclasseur période (semaine juridique) édition entreprise
JCP G	Jurisclasseur périodique (semaine juridique) édition générale
JCP N	Jurisclasseur périodique (semaine juridique) édition notariale
JO. Ass. nat	Journal Officiel des débats à l'Assemblée Nationale
JORF.	Journal Officiel de la République Française
Jur.	Jurisprudence
L. n°	Loi suivie du numéro de la loi et de la date de promulgation
LGDJ	Librairie générale du droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
n°	Numéro
NP	Non publié
obs.	Observations
Ord.	Ordonnance
op.cit.	<i>opere citato</i> cite précédemment
p.	Page
Pan.	Panorama
préf.	Préface
pub.	Publié
PUAM	Presse universitaire d'Aix Marseille
PUF	Presse universitaire de France
Rapp.	Rapport
RAPPR.	A rapprocher de
Rec.	Recueil
Rec. proc. coll.	Recueil des procédure collectives

Req.	Requête
Rép.civ	Répertoire de droit civil
Rép.com	Répertoire de droit commercial
Rép. pr. Pén	Répertoire de procédure pénale
Rép. pr. civ.	Répertoire de procédure civile
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal
Rev.	Revue
Rev. UE	Revue de l'Union Européenne
Resp.	Responsabilité
RCA	Responsabilité civile et assurance édition Lexis Nexis
RD banc. Fin	Revue de droit bancaire et financier
RDE	Répertoire de droit européen
RDC	Revue trimestrielle de droit civil
RDI	Revue de droit immobilier
RDCO	Revue des contrats
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RG	Répertoire général
RGAT	Revue générale du droit des assurances terrestres
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue lamy de droit des affaires
RLDC	Revue lamy droit civil
RSC	Revue de science criminelle
RIN	Règlement Intérieur National
RTD.civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
s.	suivant
S.	Librairie du Recueil Sirey
Sent. arb.	Sentence arbitrale
Somm.	Sommaire de jurisprudence

sous. dir	Sous la direction de
t.	Tome
Trib. corr.,	Tribunal correctionnel
T.civ.	Tribunal civil
TGI	Tribunal de grande instance
URL	Uniform Resource Locator
V°	Voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION

« Les avocats ne doivent pas prendre de mauvaises causes par appât du gain et, s'ils en acceptent, ils ne doivent pas les poursuivre, ils ne doivent pas plus favoriser par leurs écritures la passion injuste des parties, ils ne peuvent non plus consulter pour les deux parties dans la même cause, ni plaider trop longuement pour se faire mieux honorer [...] ils ne doivent accepter qu'un nombre limité de procès pour pouvoir les traiter avec diligence, ne doivent pas user de fraude pour gagner un procès injuste ni suborner des témoins, ni alléguer faussement des lois [...] ¹ »

1. Apparition de la mauvaise foi. La notion de mauvaise foi est une notion qui pourrait être analysée comme un « creux juridique » dans la mesure où celle-ci n'a jamais été définie de manière claire et concise. En effet, les concepts juridiques ou, *a fortiori*, le droit positif ne l'appréhendent que de manière indirecte, ou à l'instar d'un bon nombre de notions voisines, cela pouvant ainsi démontrer la place étroite qui lui est accordée.

Afin de comprendre les lacunes tenant à son interprétation, il est nécessaire d'évoquer son origine. En somme, l'origine de la mauvaise foi tient une place primordiale lorsqu'il est question d'en aborder le sens et la teneur.

Le sens et la teneur attachée à la notion de mauvaise foi impliquent de prendre en considération une autre notion, notamment celle de la bonne foi.

Face à la mauvaise foi, l'étude de la notion de bonne foi est primordiale, pour ne pas dire fondamentale.

¹ A. DAMIEN, « *La vie spirituelle de l'avocat au XVIIe siècle* », Versailles, 1975, p. 28.

2. S'agissant de la notion de bonne foi, il est nécessaire de comprendre que cette dernière a suscité de nombreuses évolutions. Les origines de cette notion remontent à l'Antiquité romaine, et les prémices attachés à la bonne foi amènent à affirmer que cette dernière détenait un caractère moral et religieux.

En effet, la foi, connue sous le nom de *fides*, représente une déesse qui « constitue la personnification de la bonne foi qui doit présider aux conventions publiques des peuples et aux transactions privées entre individus² » de sorte que la bonne foi « symbolise la loyauté³ ». Autrement dit, les relations contractuelles doivent être marquées par une certaine confiance « que l'on donne et que l'on obtient⁴ » et ce, sous l'influence de la déesse *fides*.

En somme, cette loyauté et cette confiance seront l'une des vertus les plus prégnantes de la bonne foi dans la mesure où ces notions sont, encore aujourd'hui, attachées aux mécanismes définissant la bonne foi.

Toutefois, cette *fides* connaîtra une évolution vers le dernier siècle avant Jésus Christ et ce, puisque cette dernière sera perçue sous le nom de *bona fides*.

3. Cette émanation juridique marque le passage entre une « loyauté de confiance – qui exigeait l'exécution scrupuleuse des promesses – à une loyauté de comportement – qui implique dans l'exécution des contrats une exigence d'honnêteté dont doit être capable l'homme de bien⁵ ».

En conséquence, ce passage explique l'importance accordée à la manière dont le contractant va exécuter le contrat de sorte que, là où le respect des formes jouait un rôle décisif, le comportement du cocontractant tend à devenir le socle de la force obligatoire du contrat.

² J.-A. HILD, « Fides » dans C. DAREMBERG et E. SAGLIO, « Dictionnaire des antiquités grecques et romaines », t.2, Paris, éd., Hachette, 1896, p. 1115.

³ G. FREYBURGER, « Fides – Etude sémantique et religieuse », Paris, éd., Les belles lettres, 1986, p. 230 à 232.

⁴ E. CHARPENTIER, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », RDUS (Revue de Droit l'Université de Sherbrooke », vol., 26, n°2, 1996, p. 306.

⁵ D. DEROUSSIN « Histoire du droit des obligations », 2^e éd., Economica, 2012, cité in Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, « Bonne foi », éd. Dalloz, Rép.civ., 2017.

4. A côté de cette émanation juridique, il est nécessaire d'évoquer l'impact du formalisme romain. En somme, ce formalisme ne laissait qu'une place timide à la notion de bonne foi dans la mesure où, étant inspirée d'une certaine confiance, la bonne foi ne présidait pas encore les relations contractuelles romaines. Un auteur énonce en ce sens que, « La force obligatoire du contrat était donc fondée d'abord sur le respect de certaines formes. Ainsi, bien que la volonté ait nécessairement joué un rôle dans la formation du contrat, elle n'en fut jamais le fondement⁶ ».
5. Le respect des formes est donc l'obligation fondamentale du contrat, la bonne foi, elle, n'est perçue que timidement à travers une certaine forme de loyauté dans l'exécution du contrat. Plus précisément, cette loyauté se manifeste à travers la conscience que pourrait avoir le cocontractant sur les conséquences attachées à l'irrespect du formalisme imposé par le droit romain.

Pour autant, « le formalisme, dont la société archaïque a très bien pu se satisfaire, est devenu insuffisant, avec la multiplication des échanges et la constitution de l'empire. La reconnaissance de certains contrats de bonne foi est donc devenue nécessaire⁷ ».

En conséquence, l'évolution attachée à la notion bonne foi lui fait acquérir une place de choix au sein de la procédure romaine.

6. Les contrats de bonne foi sont donc perçus comme des contrats consensuels nécessairement fondés sur la volonté des parties. Ainsi, ces contrats démontrent et font place à une certaine liberté contractuelle dans la mesure où les cocontractants n'ont qu'à être loyaux, honnête et de bonne foi au moment de la formation et de l'exécution du contrat. Ainsi, et comme l'affirme une partie de la doctrine, « le système des conventions basées sur la *bona fides*, [...] (est) fondé sur la loyauté et la confiance⁸ ».

⁶ E. CHARPENTIER, « *Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat* », *op. cit.*, 306.

⁷ *Ibid.*, p. 307.

⁸ *Ibid.*, p. 308.

7. Les développements attachés aux origines de la bonne foi amènent nécessairement à affirmer que les changements juridiques du droit romain ont laissé place, d'une certaine manière, à la notion de mauvaise foi.

L'apparition de la notion de mauvaise foi s'explique par « l'émergence et l'utilisation généralisée de contrats sans forme⁹ ». Naturellement, le relâchement du formalisme scrupuleux amène plus facilement l'accomplissement de techniques malicieuses qui permettent de détourner les obligations initialement prévues entre les contractants.

La mauvaise foi serait la manière dont un cocontractant pourrait – sans être lié par des formes – détourner le sens de la parole initialement donnée et présenter à ce titre un comportement qu'il serait possible de qualifier de blâmable.

En somme, la mauvaise foi surgit par la sanction de la bonne foi.

8. La mauvaise foi est donc indirectement perçue par le biais des actions que délivrera le prêteur à l'époque classique. En effet, face aux nouvelles injustices, le prêteur et le juge romain joueront un rôle régulateur afin de rétablir un certain équilibre contractuel et afin de sanctionner la partie déloyale.

En conséquence, « la bonne foi romaine porte les germes de l'articulation des éléments essentiels du contrat, dans la mesure où elle conduisit le prêteur à sanctionner la violence et le dol et à exiger que le contrat ait une cause valable¹⁰ ».

L'étude attachée à la bonne foi romaine démontre comment la notion de mauvaise foi a pu émerger. En effet, l'importance tenant aux comportements des contractants romains et l'apparition des contrats de bonne foi expliquent comment la notion de mauvaise foi a pu apparaître. Assurément, cette émergence s'explique par la place accordée à la volonté contractuelle lors de la formation et lors de l'exécution du contrat.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 309.

9. Si la notion de mauvaise foi est étroitement liée – pour ne pas dire radicalement liée – à la notion de bonne foi, le Moyen-Âge matérialisera la notion de bonne foi et par la même, accordera une place certaine à la mauvaise foi.

En effet, le Moyen-Âge est l'époque du consensualisme. En ce sens, Loisel affirmait que « Toutes les actions font de bonne foi¹¹ », de même que Domat affirma que « Il n'est aucune convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant dans la manière de s'exprimer dans la convention que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes ses suites¹² ». Aussi, la bonne foi au Moyen-Âge est appréhendée comme une perception bienveillante et ce puisque cette dernière semble d'ores et déjà présumée¹³.

La bonne foi de l'Ancien droit démontre l'abandon entre les contrats formalistes du droit romain et les contrats de bonne foi de sorte que la volonté des parties acquière une place fondamentale.

En somme, la bonne foi sera perçue comme une limite objective¹⁴ à cette volonté contractuelle, et ce puisque les intentions guidant les contractants doivent nécessairement être encadrées.

Cet encadrement est intéressant dans la mesure où – quoiqu'indirectement – il permettra de contrebalancer et/ou de sanctionner une possible mauvaise foi.

10. L'affirmation du consensualisme de l'Ancien droit conduit les rédacteurs du Code civil de 1804 à affirmer que « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites [...] Elles doivent être exécutées de bonne foi¹⁵ ».

¹¹ LOISEL, « *Institutes coutumières* », t. II, Paris, 1710.

¹² J. DOMAT, « *Les lois civiles dans leur ordre naturel* », éd., Paris, partie 1, livre 1^{er}, titre 1^{er}, sect., 3, 1767.

¹³ V° en ce sens : Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, « *Bonne foi* », éd. Dalloz, Rép.civ., 2017.

¹⁴ « L'exigence de bonne foi [...] est une limite à la force obligatoire du contrat (sanction de la mauvaise foi contractuelle) » : Y.PICOD, « *Contrat – Force obligatoire du contrat – Bonne foi* », Jurisclasseur civ. code, art. 1103 et 1104, Fasc. unique éd., Lexis 360, 2020. CSQ : La bonne foi sert à sanctionner les comportements de mauvaise foi.

¹⁵ C.civ., art. 1134 anc.

Ledit article s'inspire des affirmations de Domat qui indiquait de manière consciencieuse et réaliste que « Les conventions étant formées, tout ce qui est convenu tient lieu de loy à ceux qui les ont faites¹⁶ ».

11. Ainsi, la bonne foi sera, dès 1804, un principe omniprésent. La notion de mauvaise foi, non loin derrière la bonne foi, est perçue comme l'ombre de la bonne foi dans la mesure où la sanction de l'une dépend de l'interprétation de l'autre, et la violation de la première engendre la sanction de la seconde.

En conséquence, l'approche historique de la notion de bonne foi conduit à affirmer que cette dernière est une limite ainsi qu'un principe omniprésent dans le droit des contrats. Les limites attachées à la notion de bonne foi permettent de percevoir comment la mauvaise foi pourrait se manifester et son omniprésence permet de comprendre la place qu'occupe la volonté des contractants de l'Antiquité jusqu'au XXI^e siècle.

Assurément, l'émergence de la mauvaise foi s'explique par la violation de la notion de bonne foi mais également à l'aune de son interprétation.

12. Notion. De manière générale, la bonne foi est « une attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit [...]»¹⁷. Aussi la bonne foi « suppose que le consentement soit valable, que les parties s'abstiennent de toute trahison, de toute violence, de toute malhonnêteté, de toute fraude [...]»¹⁸.

A ce stade, la question qui se pose est celle de savoir si la notion de mauvaise foi ne serait-elle pas tout ce que la bonne foi elle, ne pourrait être ? Dans l'affirmative, la notion de mauvaise foi pourrait être perçue comme une vision amplement négative de la bonne foi.

¹⁶ DOMAT, « *Les lois civiles dans leur ordre naturel* », *op.cit.*, sect., 2.

¹⁷ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* » publié sous la direction de Gérard Cornu, 9^e éd., PUF, 2011, V^o Bonne foi.

¹⁸ P.OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, « *Histoire du droit privée* », éd., PUF, 1957, mis à jour en 1969, p. 83.

A ce titre, les dictionnaires définissent la mauvaise foi comme une « attitude contraire à la bonne foi¹⁹ ».

- 13.** En effet, la bonne foi suppose des abstinences et ces abstinences peuvent être perçues comme l'empêchement de véhiculer tels ou tels comportements malveillants, frauduleux ou plus généralement contraire à la bonne conduite des relations, qui causerait nécessairement un déséquilibre manifeste. Ainsi, tout ce que la bonne foi prohibe, la mauvaise foi l'accueille et ce puisque « le contractant de mauvaise foi, qui ne respecte pas la parole donnée dans ses tenants et aboutissants, sera sanctionné²⁰ ».

Reste que la notion de mauvaise foi est une notion floue, son intensité pouvant varier en fonction des circonstances dans laquelle elle intervient.

En effet, cette dernière emporte dans son sillage de nombreuses conséquences contractuelles dans la mesure où, étant définie de manière négative, elle sera automatiquement perçue comme un comportement malhonnête.

Aussi – sans tirer de conclusions hâtives – il est possible à ce stade de l'étude, d'affirmer que la mauvaise foi serait le résultat d'un comportement blâmable, qui ne respectant pas la parole donnée²¹, serait marqué par une forte malhonnêteté.

- 14.** Les conséquences attachées à la mauvaise foi peuvent être analysées à l'aune d'une locution latine ancienne qui énonçait que « *Malitiis non est indulgendum*²² ».

Autrement dit, il ne faut montrer aucune indulgence envers ceux qui sont de mauvaise foi. Dès son éclosion, la notion de la mauvaise foi empruntait des voies néfastes, et ce puisque cet adage démontre l'ampleur que peut présenter la

¹⁹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* » publié sous la direction de Gérard Cornu, *op.cit.*, V° Mauvaise foi .

²⁰ Ph. LE TOURNEAU et M. POUmarede, « *Bonne foi* », *op.cit.*

²¹ Cass.com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, Rép.com., 2007, n° RDCO 2007-4-005, p. 1110.

²² H. ROLAND, « *Lexique juridique des expressions latines* », éd., LexisNexis, 2021.

présence d'un comportement de mauvaise foi de sorte que, les sanctions pourront être radicales.

En effet, les sanctions afférentes à la notion de mauvaise foi s'analysent à l'aune de son interprétation négative.

- 15.** En somme, étudier la notion de mauvaise foi de manière négative – soit *a contrario* de la bonne foi – permet d'entrevoir dans quel rôle elle pourrait emprunter dans les relations contractuelles. Pour autant, cette notion – qui a la particularité d'être une notion floue – peut s'apparenter à de nombreux autres concepts.

L'opportunité de qualifier la notion de mauvaise foi à l'aune de notions voisines permet de cerner davantage son application ainsi que le lien qu'elle pourrait entretenir avec les autres mécanismes juridiques.

Si la notion de mauvaise foi peut s'apparenter à plusieurs notions, la faute a le mérite d'être énoncée. Ainsi, la première idée qui vient à l'esprit est celle attachée à une possible faute. S'agissant de la faute civile, cette dernière est définie comme « un comportement illicite qui contrevient à une obligation ou à un devoir imposé par la loi, par la coutume, ou par une norme générale de comportement²³ ».

- 16.** Mais encore, la faute civile pourrait être analysée comme « une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par la personne la plus avisée²⁴ ».

Autrement dit, la faute serait perçue comme « [...] l'inexécution d'une obligation préexistante²⁵ ».

De manière générale, la faute serait donc le résultat d'un comportement blâmable. En somme, ces définitions – aussi méthodiques que générales – s'appliquent à la mauvaise foi.

²³ Ph. LE TOURNEAU, « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », 12^{ème} éd. Dalloz Action, 2021- 2022, p. 799.

²⁴ H.-L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et A. TUNC, « *Traité de la responsabilité civile* », t. I : Montchrestien, 6^e éd., 1983, n°438.

²⁵ M. PLANIOL, G. RIPERT et J. BOULANGER, « *Études sur la responsabilité civile* », t.II, éd., LGDJ, coll., *Traité élémentaire de droit civil*, n°863, 1905.

L'assimilation de la mauvaise foi à la faute civile suppose de s'intéresser aux différentes typologies que peut présenter la faute civile puisque cette dernière peut être intentionnelle ou dolosive et lourde ou inexcusable.

- 17.** Aussi, la faute intentionnelle est définie comme « la volonté de causer le dommage, ce qui implique la conscience de sa certitude²⁶ » et ce puisque l'intention est l'« attitude de celui qui manque de loyauté envers autrui, surtout lorsque ses agissements relèvent la conscience ou la volonté de nuire²⁷ ».

La faute lourde, elle, résulte « soit de la gravité du comportement de l'agent, soit de la conscience qu'il avait de créer par son attitude des risques de dommage²⁸ ».

Les définitions attachées à la faute civile démontrent que cette dernière est, le plus souvent, le résultat d'un comportement qui ne répond pas aux normes tant légales que contractuelles. En somme, la faute civile aura nécessairement pour conséquence l'accomplissement d'un dommage ou d'un préjudice.

- 18.** La notion de mauvaise foi est facilement assimilable à la notion de faute dans la mesure où, toutes deux, impliquent un comportement volontaire et conscient qui causera un préjudice à autrui.

Ladite notion pourra s'apparenter tantôt à la faute dolosive et intentionnelle tantôt à la faute lourde et inexcusable puisque toutes deux présentent des facettes que la mauvaise foi est susceptible d'englober.

Autrement dit, la mauvaise foi est une notion impliquant nécessairement un comportement pouvant être qualifié de fallacieux de sorte que les caractéristiques de la faute semblent s'apparenter à ces éléments d'implications.

²⁶ P. JOURDAIN, fasc. 120-20, « *Droit à réparation – responsabilité fondée sur la faute – notion de faute : fautes qualifiées* », Jurisclasseur civ. code, art. 1240 à 1245-7, éd., Lexis 360, 2020.

²⁷ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* » publié sous la direction de Gérard Cornu, *op.cit.*, V° Mauvaise foi.

²⁸ *Ibid.*

19. Cette affirmation résulte de la jurisprudence attachée à l'admission de la responsabilité civile, en effet, lorsque les juges admettent la mise en œuvre d'une possible responsabilité civile, il est évident que ces derniers évaluent les comportements en présence si bien que – le plus souvent – la faute sera la sanction d'un comportement jugé contraire à la bonne foi, soit, qui par voie de conséquence sera assimilable à la mauvaise foi.

Autrement dit, « le dol devrait alors être retenu dès lors qu'il y'a violation délibérée d'une obligation contractuelle. Il sera caractérisé par tout manquement volontaire à la bonne foi contractuelle et se réduira donc à la simple mauvaise foi²⁹ ». Le dol ou plus précisément la faute dolosive serait donc « conçu comme une manifestation de la mauvaise foi contractuelle³⁰ ».

Par conséquent, il semble aisé d'assimiler la faute civile à une forme de mauvaise foi dans la mesure où leurs caractéristiques respectives et leurs perceptions par les juges semblent évidentes et communes.

A ce stade, les éléments de définition de la faute en droit civil permettent de qualifier la mauvaise foi comme une violation délibérée d'une norme ou d'un acte.

En somme, la mauvaise foi peut s'apparenter à un dol.

20. L'analyse de la faute suppose également de s'intéresser à la matière pénale. De manière générale, l'existence de la responsabilité pénale est conditionnée par l'article 121-1 du Code pénal³¹ qui dispose que « nul n'est responsable que de son propre fait ». En somme, la responsabilité pénale suppose « la culpabilité et l'imputabilité³² » de sorte que, tout comme le droit civil, cette responsabilité envisage l'accomplissement d'un comportement blâmable nécessairement assimilable à une faute.

²⁹ R. JAMBU-MERLIN, « *Dol et faute lourde* », D. 1055, chron. p. 84.

³⁰ *Ibid.*

³¹ C.pén., art. 121-1.

³² Fiches d'orientation, « *La responsabilité pénale* », éd., Dalloz, 2021.

En ce sens, la faute pénale intentionnelle est définie par l'article 121-3 *in limine* du Code pénal³³ qui dispose « qu'il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ».

En somme, l'intention en droit pénal est une notion clairement prévue et définie par le Code pénal.

De plus, certains auteurs donnent une définition claire de l'intention en droit pénal en énonçant que l'intention est perçue comme « la direction de la volonté vers l'action ou l'omission incriminée³⁴ ».

- 21.** La faute pénale, par son caractère intentionnel, pourrait facilement être une notion voisine de la mauvaise foi dans la mesure où « d'une part, l'agent doit avoir eu une exacte perception des actes qu'il a réalisés et donc s'être rendu compte de ce qu'il faisait. D'autre part, ces actes doivent être interdits par la loi pénale, ce dont l'agent doit, en théorie, avoir conscience³⁵ ».

Force est de constater que la faute intentionnelle du droit pénal prévoit ainsi une notion de « conscience infractionnelle³⁶ » et une notion de « conscience de commettre des faits incriminés³⁷ ».

La conscience infractionnelle se traduit par le comportement de l'auteur. En effet, celle-ci consiste à démontrer que l'auteur savait « que l'acte ou l'abstention est défendu et à vouloir cependant le commettre ou s'en abstenir³⁸ ».

³³ C.pén., art. 121-3 *in fine*.

³⁴ R. GARRAUD, « *Traité théorique et pratique du droit pénal français* », t. 1, 3^e éd., Librairie du recueil Sirey, 1913-1935, n°287.

³⁵ R. MERLE et A. VITU, « *Traité de droit criminel - Droit pénal général* », t. 1, 7^e éd., Cujas, 1997, n°579.

³⁶ J.-Y. MARECHAL « *Élément moral de l'infraction* », Jurisclasseur civ. code, art. 121-3, Fasc. 20, éd., Lexis 360, 2018 (actualisation 2021).

³⁷ *Ibid.*

³⁸ E. GARCON, « *Code pénal annoté* », vol. 3, 2^e éd., Librairie du recueil Sirey, 1952-1959, n°7.

22. La conscience de commettre des faits incriminés implique de « constater que l'agent a eu conscience que ses actes correspondaient à l'élément matériel d'une infraction pénale, quand bien même, d'ailleurs, ignorerait-il que la loi pénale prohibe lesdits agissements³⁹ ».

En somme, la richesse théorique attachée à la définition de la faute pénale intentionnelle permet de mieux cerner la notion de mauvaise foi et de fait, de mieux l'ajuster. Pour ainsi dire, la faute intentionnelle issue du droit pénal permet d'apporter des éléments de définition à la notion de mauvaise foi, et ce puisqu'il est loisible d'affirmer que la notion de mauvaise foi revêt elle aussi, un caractère intentionnel ainsi qu'une véritable conscience.

A ce stade, la notion de mauvaise foi peut être qualifiée par un volontarisme certain.

23. Pour autant, la suite de l'article 121-3 susvisé intéresse dans la mesure où ce dernier prévoit des cas où la responsabilité pénale pourrait être mise en œuvre sans intention de nuire.

Ainsi l'article 121-3 *in fine*⁴⁰ poursuit en disposant que « [...] les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement [...] ».

En somme, la faute pénale d'imprudence ou de négligence extraite de l'article susvisé serait « [...] liée à une forme de criminalité particulière, celle qui résulte de comportements involontaires ou d'actions non-voulues de l'homme⁴¹ ».

³⁹ J.-Y. MARECHAL « *Élément moral de l'infraction* », , *op.cit.*

⁴⁰ C.pén., art. 121-3 *in fine*.

⁴¹ B. PEREIRA, « *Responsabilité pénale, existence de la responsabilité pénale* », éd., Dalloz, Rép. pén., Rép. pr. Pén., 2017, V° Faute pénale.

24. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir si la mauvaise foi pourrait, ou non, être assimilée à la notion de faute pénale non intentionnelle ?

La seconde partie de l'article 121-3 *in limine* du Code pénal⁴² prévoit que « s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

En conséquence, l'article 121-3 du Code pénal prévoit des causes de responsabilité fondées sur une faute intentionnelle ou non intentionnelle.

Force est que constater que si la faute intentionnelle ou lourde du droit civil semble aisée à appréhender face à la notion de mauvaise foi, la faute pénale elle, semble plus complexe.

25. En effet, il existe des cas où la faute pénale d'imprudence ou de négligence ne requière pas une véritable conscience de nuire, sans pour autant abandonner la mise en jeu de la responsabilité, de sorte que c'est par analyse minutieuse de différents autres facteurs que la mauvaise foi pourrait ainsi être extraite d'un comportement présentant les caractères de la faute pénale.

Aussi, la faute de négligence ou d'imprudence est perceptible par le comportement ignorant de l'individu de sorte qu'elle pourrait être définie comme « l'attitude psychologique consistant à ne pas vouloir réaliser l'événement infractionnel survenu alors que ce dernier était prévisible⁴³ ».

Autrement dit, cette faute peut être caractérisée par la « maladresse, l'imprudence, la négligence, ou le manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements⁴⁴ ».

⁴²C. pén., art. 121-3 *in limine*.

⁴³R. BERNARDINI, « *Droit pénal général* », éd., Gualino, 2002, p. 309, n°440 ; Y.PIN, « *Droit pénal général* », 8^e éd., Dalloz, p. 187, n°193, 2017.

⁴⁴J.-Y. MARECHAL « *Élément moral de l'infraction* », *op.cit.*, V° Faute ordinaire.

26. En somme, la faute d'imprudence peut se manifester à travers plusieurs caractères de sorte qu'il est nécessaire de définir les contours de celle-ci. Ladite faute peut être simple ou caractérisée.

Comme déjà évoqué, la notion de mauvaise foi nécessite, afin d'être perceptible, un comportement actif et conscient qu'il est nécessaire de mettre en exergue afin de savoir si la faute pénale – qu'elle soit ordinaire ou qualifiée – pourrait s'y rapprocher.

La faute pénale ordinaire correspondrait « à la conscience ou non de commettre des faits correspondant à une infraction pénale⁴⁵ ». Autrement dit, la faute ordinaire n'a pas pour référence la seule volonté de l'auteur, cette dernière s'appuie sur la conscience que peut avoir l'agent du risque qu'il prend lorsqu'il agit de telle de telle manière.

La notion de mauvaise foi n'a pas vraiment de place en matière de faute pénale ordinaire dans la mesure où, malgré la commission de faits répréhensibles, le lien entre la volonté et le résultat causal ne sera pas établi.

En somme, « l'auteur d'une l'infraction non intentionnelle ne veut pas provoquer le résultat de ses actes⁴⁶ » de sorte que la notion de mauvaise foi est difficilement perceptible en matière de faute pénale ordinaire.

27. *A fortiori*, un auteur indique – en définissant la faute pénale ordinaire – une « inertie de la volonté⁴⁷ ». Cette inertie de la volonté démontre que la notion de mauvaise foi, de par son étymologie même et de par son côté fallacieux ne peut s'apparenter à ce genre de situations.

⁴⁵ F. DESPORTES et F. LE GUEHEC, « *Droit pénal général* », 12^{ème} éd., Economica, 2005.

⁴⁶ J.-Y. MARECHAL « *Élément moral de l'infraction* », *op.cit.*, V^o Définition de la faute ordinaire.

⁴⁷ J. PRADEL, « *Droit pénal général* », 21^e éd., Cujas, 2016, n^o575.

En conséquence, l'absence d'élément intentionnel et l'inertie de la volonté prévue par le régime de la faute ordinaire rendent difficile une possible assimilation à la mauvaise foi.

Pour autant, le défaut de diligence – également prévu par la faute ordinaire – peut laisser planer un certain doute quant au côté « laxisme » dont l'agent pourrait faire preuve. Notamment lorsque ce dernier ne respecte pas une règle écrite de prudence ou de sécurité, et ce puisque « celui qui agit en ne tenant pas compte de ces normes de prudence ou de sécurité ne peut être considéré comme ayant l'attitude de la personne normalement prudente⁴⁸ ».

Alors, s'il est possible de rattacher la mauvaise foi à la faute ordinaire prévue par le droit pénal, c'est uniquement en prenant pour référence « le doute du risque » dont l'agent pourrait s'astreindre.

- 28.** En effet, la faute ordinaire pourrait être le résultat de « l'attitude de la personne qui cause un dommage en n'adoptant pas le comportement de l'homme normalement diligent⁴⁹ ».

Pour ainsi dire, « la faute apparaît comme un écart de conduite, sans doute consécutif à une défaillance de la volonté mais sans que celle-ci ait à être démontrée, écart que ne commettrait pas la personne normalement diligente, c'est-à-dire moyennement prudente⁵⁰ ».

À ce stade, la notion de mauvaise foi, timidement perceptible en matière de faute ordinaire non intentionnelle, pourrait dans certains cas – même si cela paraît difficile – être assimilée à un défaut de diligence, soit à un écart de conduite.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ J.-Y. MARECHAL « *Élément moral de l'infraction* », *op.cit.*, V° Non-accomplissement de diligences normales.

⁵⁰ E. DREYER, « *Droit pénal général* », 5^e éd., LexisNexis, 2019, n°861.

29. Après l'étude de la faute pénale ordinaire, la faute pénale qualifiée intéresse. Comme déjà énoncée⁵¹, la faute pénale d'imprudence ou de négligence prévoit deux catégories de faute, dont la faute pénale qualifiée. Cette dernière peut être caractérisée ou délibérée.

En effet l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal⁵² distingue selon que la faute résulterait d'un manquement à une obligation de prudence ou de sécurité ou d'une faute caractérisée. Plus précisément, la faute délibérée serait perçue comme « une mise en danger délibérée⁵³ » ou comme « une imprudence consciente⁵⁴ ».

Ainsi, la faute délibérée est-elle perceptible par la « volonté de violer la règle d'imprudence ou de sécurité⁵⁵ » ce qui « implique nécessairement un aspect volontaire⁵⁶ ». L'assimilation de la faute délibérée à la notion de mauvaise foi – contrairement à la faute ordinaire – semble opportune.

En effet, l'implication de l'aspect volontaire inhérent à la faute délibérée permet de rattacher la notion de mauvaise foi dans la mesure où cette dernière suppose une certaine volonté d'agir.

30. Au demeurant, cette volonté d'agir ne permet pas de qualifier la faute délibérée de faute intentionnelle dans la mesure où « le résultat consécutif aux actes de l'agent n'est pas voulu ni même envisagé [...]»⁵⁷.

Alors, contrairement à la faute pénale intentionnelle, la mauvaise foi sera perceptible par une certaine forme d'incurie de l'agent. En somme, ce dernier sait qu'il s'expose délibérément à un risque sans pour autant vouloir l'envisager de manière certaine. La notion de mauvaise foi est donc appréciable par la mise en danger d'autrui.

⁵¹ V°supra, §n°26 et s.

⁵² C. pén., art. 121-3 al. 4.

⁵³ Ph. SALVAGE, « *La loi n°2000-647 du 10 juillet 2002, Retour vers l'imprudence pénale* », JCP G. 2000, I, 281, §15.

⁵⁴ J.-H. ROBERT, « *Droit pénal général* », 6^e éd., PUF, 2005, p. 337.

⁵⁵ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, « *Droit pénal spécial* », éd. LGDJ, 2020, p. 86.

⁵⁶ F. DESPORTES et F. LE GUEHEC, « *Droit pénal général* », *op.cit.* n°494.

⁵⁷ J.-Y. MARECHAL « *Élément moral de l'infraction* », *op.cit.*, V° Notion de faute délibérée.

- 31.** A ce stade, la mauvaise foi peut être analysée aux côtés de la faute délibérée, notamment à l'aune de la mise en danger délibérée d'autrui, soit, plus largement, à travers la violation d'une règle de prudence ou de sécurité.

La faute caractérisée, elle, résulte « d'un comportement d'action ou d'omission, ce comportement ne correspondant pas nécessairement à une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité [...]. Ce comportement présente un certain degré de gravité : c'est le comportement blâmable⁵⁸ ».

Certains auteurs indiquent que « la faute caractérisée est recherchée alors que le résultat, consistant généralement en une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique, est déjà survenu [...]. Le fait que résultat ait été causé par l'agent permet d'établir que le comportement de ce dernier était porteur risques graves puisque ces derniers ont dégénéré en atteinte⁵⁹ ».

Plus encore, la faute caractérisée implique une conscience. Autrement dit, « la faute doit exposer à un danger qui ne peut être ignoré de l'auteur des faits⁶⁰ ».

- 32.** Assurément, la reconnaissance de cette faute présente des conséquences qui pourront s'avérer lourdes. En somme, si l'élément intentionnel n'est pas un élément de qualification de cette faute, les conséquences juridiques semblent être identiques.

La gravité de la faute caractérisée permet d'appréhender la notion de mauvaise foi. En effet, la notion de mauvaise foi implique la conscience pour son auteur des actes commis. En somme, l'aspect fallacieux que peut souvent présenter la mauvaise foi n'est pas automatiquement requis de sorte qu'il est possible d'affirmer que la seule connaissance du risque inhérent à l'accomplissement d'une infraction suffit à qualifier la notion de mauvaise foi.

⁵⁸ B. PEREIRA, « *Responsabilité pénale, existence de la responsabilité pénale* », *op.cit.*, V° Faute caractérisée. Plus spécifiquement, V° E. TERRIER, « L'insoutenable imprécision de la faute caractérisée dans la réparation du handicap de naissance », in *Le handicap*, Actes du colloque des 6 et 7 novembre 2003, éd., PUAM, juin 2004.

⁵⁹ J.-Y. MARECHAL « *Élément moral de l'infraction* », *op.cit.*, V° Notion de faute caractérisée.

⁶⁰ *Ibid.*

33. A ce stade, la notion de mauvaise foi peut être appréciée à travers une action blâmable qui peut être active ou passive et ayant pour conséquence un certain degré de gravité.

En somme, cette dernière est une notion impliquant nécessairement un comportement pouvant être qualifié d'indulgent ou totalement fallacieux de sorte que les caractéristiques de la faute semblent s'apparenter à ces éléments d'implications.

34. L'appréhension de la notion de mauvaise foi amène à affirmer que sa perception passe par l'étude de notions voisines de sorte que la notion est une notion protéiforme. Les notions voisines peuvent donc être qualifiées comme étant des notions qui gravitent autour de la notion de mauvaise foi. Elles peuvent être identifiées comme des comportements marqués par un certain volontarisme, une certaine conscience ou encore comme une intention de nuire.

La définition de la mauvaise foi semble donc s'éclaircir, et ce par l'interprétation et le rapprochement effectué avec d'autres notions ainsi que par une analyse positive et négative de celles-ci.

35. La manifestation de la mauvaise foi. La notion de mauvaise peut également être définie par les manifestations qu'elle renvoie. En effet, la notion est une notion qui peut être analysée par les pratiques juridiques et judiciaires de sorte qu'il est nécessaire de confronter la notion de mauvaise foi à l'aune des différentes techniques que le droit prévoit.

D'une manière générale, la question qui se pose est celle de savoir comment la mauvaise foi peut se manifester et de fait, comment la mauvaise foi peut devenir la source d'une conséquence pouvant être sanctionnée.

36. Dans un premier temps, les mécanismes du droit privé doivent être abordés, notamment ceux attachés au droit des obligations. L'obligation étant définie comme « le lien de droit créé par l'effet de la loi ou par la volonté de celui ou de deux qui s'engagent en vue de fournir ou de recevoir un bien ou une prestation⁶¹ », cette dernière aura pour conséquence la naissance de droits et de devoirs de sorte que le droit privé implique de confronter le droit des contrats avec la notion de mauvaise foi.

37. Comme déjà énoncé⁶², la bonne foi est le revers de la mauvaise foi de sorte que, l'étude de la mauvaise foi en droit privé implique de s'intéresser à la vision négative de la bonne foi.

En somme, c'est ce que l'on retrouve dans les dispositions du droit des contrats puisque l'article 1104 du Code civil⁶³ dispose que « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». Autrement dit, la notion de bonne foi est une notion fondamentale qui doit être nécessairement – pour ne pas dire obligatoirement – s'étendre de la phase précontractuelle jusqu'à la phase prévoyant l'extinction du contrat.

Ainsi, l'article 1102 *in limine* du même code⁶⁴ poursuit en disposant « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ».

38. La manifestation de la mauvaise foi lors des négociations contractuelles peut être perçue à l'aune de la rupture abusive dans la mesure où celle-ci « ne peut priver son auteur de la réparation qui lui est due en raison des dommages qui lui ont été causés par la rupture abusive [...]»⁶⁵.

⁶¹ S. BRAUDO, « *Dictionnaire juridique* », [En ligne], URL : www.dictionnaire-juridique.com, V° Notion d'obligation.

⁶² V° supra, §n° 11 et s.

⁶³ C.civ., art. 1104.

⁶⁴ C. civ., art. 1102.

⁶⁵ Cass.com., 21 juin 2017, n°15-29. 127 P : D. 2017. 1301 ; AJ contrat 2017. 392, obs. Ancelin.

Mais encore, « le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers, avec un tiers, ne constitue pas en lui-même une faute, sauf intention de nuire ou manœuvres frauduleuses⁶⁶ ».

39. Ce genre de comportement, contraire à la notion de bonne foi, amène à affirmer que la notion de mauvaise foi peut – à l’aune de cette vision négative – être perçue comme le résultat d’une rupture abusive, ou comme le résultat d’un comportement dicté par une intention de nuire. En somme, ce n’est pas la rupture qui peut être assimilée à la notion de mauvaise foi mais seulement le caractère abusif de celle-ci dans la mesure où une jurisprudence constante⁶⁷ indique que la notion de bonne foi est applicable aux négociations entreprises sans pour autant rendre obligatoire la conclusion du contrat.

40. *A fortiori*, la phase précontractuelle implique d’évoquer la négociation quant au contenu du contrat. En effet, l’article 1171 du Code civil⁶⁸ prévoit que « Dans les contrats d’adhésion toute clause [...] qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

Toutefois, la notion de bonne foi n’est pas, à elle seule, un motif pouvant amener les juges à éliminer la clause abusive⁶⁹ de sorte que la notion de mauvaise foi, en l’espèce, peut aller au-delà de la notion de bonne foi et ne plus être cantonnée à la vision négative de celle-ci.

La notion de mauvaise foi, en dépassant les éléments attachés à la notion de bonne foi, peut être perçue à l’aune d’un déséquilibre entre les parties, soit à l’aune d’une certaine forme d’inégalité contractuelle.

⁶⁶ Cass.com., 26 nov. 2003, n°00-10.243 P : R., p. 391 ; D. 2004. 869, note Dupré- Dallemagne ; *ibid.* Somm. 2922, obs. Lamazerolles ; JCP 2004. I. 163, n°18 s., obs. Viney ; JCP E 2004. 738, note Stoffel-Munck ; *ibid.* 601, n°5, obs. Caussain, Deboissy et Wicker ; Dr. et patr. 3/2004. 102, obs. Poracchia ; RTD civ. 2004. 80 et 85, obs. Mestre et Fages ; Rev. sociétés 2004. 325, note Mathey ; RDC 2004. 257, obs. D. Mazeaud.

⁶⁷ Cass.com., 2 juill. 2002, RTD civ. 2003. 76, obs. Mestre et Fages.

⁶⁸ C.civ., art. 1171.

⁶⁹ Cass.civ. 1^{re} 17 nov. 1998, n°96-17.341 P : CCC 1999, n°21, note Leveneur.

41. A ce stade, si la phase précontractuelle peut être frappée par la notion de mauvaise c'est au travers de la rupture abusive des pourparlers, ou au travers d'une intention de nuire et enfin à travers une situation d'inégalité dans la détermination du contenu du contrat.

Mais encore, la formation du contrat implique de s'intéresser à sa validité. A ce titre, les situations impliquant la notion de mauvaise foi semblent être nombreuses de sorte qu'il est nécessaire d'étudier les conséquences attachées aux vices du consentement. Il existe trois formes de vices de consentement en droit privé, l'erreur, le dol ainsi que la violence.

Les formes qui semblent retenir l'attention sont le dol et la violence dans la mesure où celles-ci semblent être des vices qui impliquent nécessairement – pour ne pas dire automatiquement – la présence d'une certaine forme de mauvaise foi.

42. Ainsi, l'article 1137 du Code civil⁷⁰ dispose-t-il que « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ».

Comme déjà énoncé⁷¹, la mauvaise foi peut s'apparenter à une certaine forme de dol dans la mesure certains auteurs indiquent que le dol peut être perçu comme la manifestation de la mauvaise foi contractuelle⁷².

43. Plus précisément, « il s'agit d'un comportement malhonnête intentionnellement dommageable [...]»⁷³. Ainsi, les manœuvres dolosives sont constituées par le mensonge et la réticence. Le dol est donc le résultat d'un comportement présentant une certaine volonté à dissimuler des informations nécessaires à la conclusion du contrat.

⁷⁰ C.civ., art. 1137.

⁷¹ V°supra, §n°19 : Sur l'assimilation du dol.

⁷²R. JAMBU-MERLIN, « *Dol et faute lourde* », *op.cit.*

⁷³ M. STORCK, « *Consentement* », *Jurisclasseur civ. code*, Lexis 369, 2021, V° Dol.

Ce vice peut ainsi se manifester par le silence – connue également sous le terme de réticence dolosive – d’une partie, qui agissant ainsi « dissimule à son cocontractant un fait qui, s’il avait été connu de lui, l’aurait empêché de contracter⁷⁴ ». Ces éléments matériels sont évidemment soutenus par un élément moral qui prévoit que le dol « repose sur une faute intentionnelle : il faut que l’auteur des manœuvres, mensonges ou réticences ait agi intentionnellement pour tromper le contractant⁷⁵ ».

- 44.** A titre d’illustration, il a été jugé « qu’au nom du devoir de bonne foi qui s’impose à lui, le dirigeant social auquel un associé cède ses parts dans une société qu’il dirige, est tenu l’informer de tous les éléments relatifs à la valeur des parts cédées dont il dispose⁷⁶ ». Le dol, au même titre que la notion de mauvaise foi, apparaît sanctionné au nom de la bonne foi.

En conséquence, la manifestation de la mauvaise foi semble ne faire aucun doute. En effet, en matière de dol, la notion de mauvaise foi paraît nettement plus claire. La mauvaise foi peut donc être assimilée à des mensonges, des manœuvres frauduleuses ainsi qu’à une dissimulation volontaire d’informations nécessairement déterminantes.

La manifestation de la notion de mauvaise foi en matière d’intention dolosive semble être aisée à caractériser. Reste que, les juges n’employant que rarement la notion de mauvaise foi, le constat de cette assimilation reste indirect.

- 45.** L’étude des vices du consentement nécessite d’appréhender la notion de violence. A ce titre, l’article 1140 du Code civil⁷⁷ dispose qu’« Il y’a violence lorsqu’une partie s’engage sous la pression d’une contrainte qui lui inspire la crainte d’exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable ».

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, Cass.civ. 1^{er} 12 nov. 1987, n°85-18.350 : JurisData n°1987-001928 ; Bull.civ. I, n°293 ; RTD civ. 1988, p. 339, obs. Mestre.

⁷⁶ Cass. civ. 1^{er} 25 mars 2010, n°08-13.060 : JurisData n°2010-002590; RDC 2010, n° 3, p. 811, note D. Mazeaud.

⁷⁷ C.civ., art. 1140.

A fortiori, la violence est perçue comme « le fait de susciter ou d'exploiter un sentiment de crainte afin de contraindre une personne à donner son consentement⁷⁸ ». Les éléments qui fondent la violence sont intéressants dans la mesure où ils déterminent sa reconnaissance de sorte que, pour être sanctionnée par les juges, cette dernière doit inspirer la crainte et la menace, et doit donc être « illégitime [...] (et avoir été) et déterminante⁷⁹ ».

En somme, si la violence est constatée, elle présentera nécessairement des formes graves de sorte que, par déduction logique, la notion de mauvaise foi sera présente toutes les fois où la violence constituera un vice avéré du consentement.

46. Jusqu'à présent, l'étude attachée à l'assimilation ou à la manifestation de la notion de mauvaise foi démontre que cette dernière est présente lorsqu'il s'agirait d'évoquer les notions d'intention de nuire, d'abus, de dissimulation, de conscience.

Plus généralement, la notion de mauvaise foi peut être présente lorsqu'il s'agit d'évoquer la violation d'une règle de droit de sorte que l'influence d'une personne qui use de menaces ou inspire la crainte pour obtenir des éléments ou des actions d'une autre personne peut également s'apparenter à une forme de mauvaise foi.

Par conséquent, le côté néfaste attaché à la notion de mauvaise foi peut renvoyer à la violence prévue par les articles 1140 et suivants du Code civil.

47. La mauvaise foi est une notion amplement justifiée en matière de vice de consentement et notamment à travers ceux attachés au dol ainsi qu'à la violence. *A fortiori*, la mauvaise foi peut également se manifester lors de la négociation du contrat soit lors de la phase pré contractuelle de celui-ci.

⁷⁸ M. STORCK, « Consentement », *op.cit.*, V° Violence.

⁷⁹ *Ibid.*

Enfin, le droit privé et notamment le droit des contrats impliquent de confronter la notion de mauvaise foi avec certains mécanismes relatifs à l'extinction du contrat. En l'espèce, le mécanisme qui est le plus intéressant est celui de la résolution.

A ce titre, l'article 1224 du Code civil⁸⁰ dispose que « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur d'une décision de justice ».

48. A la lecture de cet article, la clause résolutoire ainsi que le caractère « suffisamment grave » intéressent puisque c'est sur ces fondements là que la mauvaise foi pourrait éventuellement se manifester. Alors, s'agissant du caractère suffisamment grave, il a été jugé que « la faute grave [...] est celle qui, par son importance, rend impossible le maintien du contrat⁸¹ » de sorte que la manifestation de la mauvaise foi peut s'évaluer à travers un caractère présentant une extrême gravité.

Autrement dit, la présence d'un comportement de mauvaise foi – s'il peut être assimilé au caractère suffisamment grave prévu par la résolution – aurait pour conséquence l'impossible maintien du contrat. En somme, cette affirmation serait rendue possible par le caractère déséquilibré et grave que peut contenir la notion de mauvaise foi.

49. S'agissant de la clause résolutoire, l'assimilation à la notion de mauvaise foi semble plus aisée dans la mesure où cette dernière doit automatiquement être invoquée de bonne foi de sorte que, si la clause résolutoire est mise en œuvre contrairement au devoir de bonne foi, la vision négative de celle-ci conduit à affirmer que la clause résolutoire peut être invoquée de mauvaise foi.

⁸⁰ C.civ., art. 1219.

⁸¹ Cass.civ., 1^{er} 14 nov. 2018, n°17-23. 135 P : D. 2018. 2229 ; RDV 1/2019. 10, note Génicon.

En définitive, ce raisonnement laisse la place à une certaine déduction logique d'autant qu'une jurisprudence constante indique que « la clause résolutoire ne peut pas jouer si elle n'a pas été invoquée de bonne foi⁸² ».

Force est de constater que, en droit privé, la manifestation de mauvaise foi, si elle était clairement définie et utilisée plus fréquemment par les juges lors de leur analyse *in abstracto* et *in concreto*, pourrait être un mécanisme qui surplomberait le droit des contrats.

La notion de mauvaise foi doit également être confrontée au droit public ainsi qu'au regard du droit comparé.

- 50.** A ce titre, le droit public ne laisse qu'une place timide – voire inexistante – à la notion de mauvaise foi de sorte que son analyse semble être inopportune. Pour autant, la mauvaise foi du contribuable peut être envisagée de manière succincte.

Ainsi, certaines dispositions fiscales évoquent le terme de mauvaise foi en l'assimilant à des manœuvres frauduleuses, à une intention de nuire ou plus encore à une certaine forme de dissimulation.

S'agissant du fondement de ces allégations, l'article 1729 du Code général des impôts⁸³ indique que « Les inexactitudes ou les omissions relevées dans une déclaration ou un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt [...] entraînent une majoration », l'article poursuit en disposant en son dernier alinéa que « 80% en cas de manœuvres frauduleuses ou de dissimulation d'une partie du prix [...] ».

- 51.** Ainsi, les manœuvres frauduleuses ou les dissimulations volontaires attachées à l'assiette de l'impôt auront pour conséquence une majoration du prix initialement prévu, soit une pénalité.

Là encore, la mauvaise foi n'est perçue qu'indirectement par le juge administratif de sorte qu'elle devra être déductible des termes énoncés dans l'article susvisé.

⁸² Cass.civ. 3^e, 17 juill. 1992, n°90-18.810 P : D. 1992. Somm. 399, obs. Aubert : à propos d'un bailleur.

⁸³ CGI., art. 1789.

Pour autant, la mauvaise foi du contribuable n'est pas totalement absente. En effet, l'article L.250 du Livre des procédures fiscales⁸⁴ y fait expressément référence en disposant que « les demandes présentées par les contribuables en vue d'obtenir la remise des majorations de droit prévues par l'article 1729 du Code général des impôts, dans les cas où la mauvaise foi du contribuable est établie, sont soumises à la commission départementale des taxes [...] ».

52. Le droit administratif reste timide sur une possible manifestation de la notion de mauvaise foi et ce, en utilisant des termes voisins. Pour autant, certains articles démontrent que celle-ci n'est pas totalement absente.

Il n'en demeure pas moins que, la notion de bonne foi n'étant pas érigée en principe, la notion de mauvaise foi s'avère être difficilement perceptible, ou pour le moins, cette dernière sera perçue à l'aune de la fraude volontaire.

53. La manifestation de la notion de mauvaise foi peut être également appréhendée à l'aune d'une étude de droit comparé. En effet, malgré les lacunes françaises attachées à la notion, certains droits y accordent une place prépondérante. Cette vision extensive de la notion permet de cerner le rôle qu'elle pourrait avoir en droit français.

L'émergence de la notion de bonne foi en droit comparé permet d'appréhender la place que pourrait occuper la notion de mauvaise foi. Les exemples intéressants proviennent du droit allemand ainsi que du droit anglais.

54. En droit allemand, la bonne foi joue un rôle fondamental. Deux textes prévoient cette notion, le paragraphe 157 du BGB⁸⁵ qui dispose que « les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi, eu égard aux usages admis » ainsi que le paragraphe 242⁸⁶ qui énonce que « le débiteur est tenu de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi, eu égard aux usages admis en affaire ».

⁸⁴ Livres des proc. Fiscales, art. L.250.

⁸⁵ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), §157.

⁸⁶ *préc.*, §242.

En somme, le principe de bonne foi est un principe clair et concis, prévu de façon certaine par le droit allemand.

55. *A fortiori*, le rayonnement attaché au principe de bonne foi en droit allemand détient un aspect protecteur. En effet, ce droit a mis en œuvre des obligations afin de protéger la partie faible du contrat, mais également afin de déterminer la manière dont le débiteur doit exécuter sa mission. Enfin, la place accordée à la bonne foi permet au juge de paralyser l'usage d'un droit qui a été acquis dans des conditions malhonnêtes.

Autrement dit, la prédominance de la notion de bonne foi en droit allemand permet de mieux appréhender la notion de mauvaise foi qui sera perceptible par la sanction de la bonne foi. Le juge allemand sanctionne les contractants malveillants au nom de la mauvaise foi de sorte que cette dernière, même si elle reste la vision négative de la bonne foi, est une notion plus souvent utilisée.

56. A côté de cela, le droit anglais est réticent à faire jouer la bonne foi dans le droit des contrats. Cette réticence provient du fait que la bonne foi porterait atteinte à la sécurité juridique ainsi qu'à la force obligatoire du contrat. Pour autant, une affaire en date de 2013 démontre que le juge anglais va admettre le principe de bonne foi en indiquant qu'il ne voit aucun inconvénient à admettre un principe de bonne foi fondé sur la volonté implicite des parties.

57. Contrairement aux différents pays de *Common Law* qui eux, ont accordé une place importante à la bonne foi⁸⁷, le droit anglais reste hostile à reconnaître la bonne foi comme un principe. En effet, les juges anglais estiment que les notions de bonne et de mauvaise foi seraient des notions beaucoup trop incertaines pour servir de référentiel⁸⁸.

⁸⁷ Cour suprême du Canada, arrêt *Bhasin v. Hynnew*, 13 nov. 2014, SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494.

⁸⁸ V° par exemple : R. CABRILLAC, « *Introduction générale au droit* », 13^e éd., Dalloz, 2019, n°30.

En conséquence, l'analyse du droit comparé démontre, une fois encore, que les notions de bonne et de mauvaise foi sont des notions complexes qui peuvent s'avérer être difficilement perceptibles. En effet, ces notions sont perçues à la fois comme des notions vastes et abondantes ce qui notamment cause des difficultés de précision, soit comme des notions floues ce qui cause une certaine vulnérabilité quant à leur application.

58. Au vu des raisonnements précédemment énoncés – qui démontrent que la notion de mauvaise foi est, en droit français, une notion plus ou moins insaisissable – l'article 2274 du Code civil⁸⁹ qui dispose que « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver » n'améliore pas ces lacunes puisque ce dernier implique la démonstration d'une notion qui n'est que très peu définie. En somme, la présomption de bonne foi, perçue comme une règle de preuve, permet d'analyser les comportements en cause et d'appliquer une sanction adéquate.

59. Ainsi, cette présomption de bonne foi pose des difficultés quant à la reconnaissance d'une possible mauvaise foi. Un des cas attachés à cette difficulté est illustré par un arrêt de la Cour de cassation qui a jugé que « la bonne foi du débiteur qui se trouve en situation de surendettement est présumée, il s'ensuit que le juge ne peut soulever d'office son absence⁹⁰ ».

⁸⁹ C.civ., art. 2274.

⁹⁰ Cass.civ., 1^{er} 13 juin 1995, n°93-04.208, Bull.civ. I, n°262 ; CCC 1995, n°193, obs. Raymond ; RTD com. 1995. 653 ; D. 1996. Somm. 79, obs. Chatain et Ferrière.

60. Autrement dit, « il résulte de la présomption de bonne foi que le juge ne peut pas relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la mauvaise foi du contractant⁹¹ ».

Pour ainsi dire, la partie qui s'estimera lésée devra rapporter la preuve que son cocontractant a agi de mauvaise foi et ce, sans l'aide préalable du juge.

En conséquence, les difficultés tenant à la définition de la notion de mauvaise foi auront des conséquences en matière de preuve. De plus, il est difficile de pouvoir prouver la notion de mauvaise foi dans la mesure où cette dernière est une notion complexe, qui ne peut être enfermée dans une définition unique et qui par conséquent demeure être une notion floue.

61. Les lacunes théoriques de la notion de mauvaise foi doivent être confrontées à la profession d'avocat.

En effet, cette profession est une profession qui nécessite le respect scrupuleux de certaines règles et, ne bénéficiant pas de Code général regroupant toutes ces dernières, l'avocat devra faire preuve d'une immense prudence et devra dans cette perspective, respecter minutieusement la déontologie que sa profession lui impose.

La notion de mauvaise foi est, par conséquent, une notion intéressante.

62. Origines, éthique et déontologie. L'origine des règles s'imposant à la profession d'avocat provient d'une source appelée la Déontologie.

La Déontologie était initialement perçue comme un ensemble de « règles morales et juridiques qui doivent régir une profession⁹² ». Plus précisément, d'un point de vue étymologique, la Déontologie évoquerait deux termes issus du Grec ancien, *deon* qui signifie « ce qu'on a le devoir de faire⁹³ » et *logos* qui s'interprète comme un « discours⁹⁴ ».

⁹¹ Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, « Bonne foi », *op.cit.*, V° Présomption de bonne foi - Rôle du juge.

⁹²H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat » 16^e éd., Dalloz action, 2018- 2019, p.383.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

63. La Déontologie a toutefois fait l'objet de nombreuses évolutions. En ce sens, un auteur indique que « initialement entendue comme la science morale, la déontologie s'est peu à peu vidée de son sens philosophique, pour revenir à son sens premier, celui qui, du moins, est le plus proche de son sens étymologique⁹⁵ » de sorte que l'auteur poursuit en indiquant que « [...] la déontologie ne concerne plus la morale en général, mais l'ensemble des devoirs appliqués à l'exercice d'une profession⁹⁶ ».

En conséquence, ramenée à la profession d'avocat la Déontologie primitive « a su se doter, rapidement, d'un mode d'organisation spécifique visant à sauvegarder l'esprit d'honneur et de probité, inhérents à la profession⁹⁷ » pouvant ainsi devenir un socle inhérent à la profession des avocats⁹⁸.

La portée de la déontologie amène à évoquer les règles et principes qui s'appliquent à l'avocat et ce afin de définir les contours de la profession.

64. A ce titre, la Déontologie apparaît comme étant la « source des devoirs des avocats⁹⁹ » et les devoirs s'appliquant à l'avocat sont perçus comme des valeurs comprenant « des principes, des devoirs et des obligations¹⁰⁰ ». Aussi, la place fondamentale qu'occupe la Déontologie au sein de la profession d'avocat est justifiée par la promulgation d'un décret¹⁰¹ qui organise celle-ci et qui est relatif aux règles déontologiques que l'avocat se doit de respecter.

⁹⁵ E. TERRIER, « *Déontologie médicale et droit* », éd., les études hospitalières, coll., Thèse, 2002, p. 37.

⁹⁶ E. TERRIER, « *Déontologie médicale et droit* », *op.cit.*, p. 35.

⁹⁷ E. TERRIER, « *Déontologie médicale et droit* », *op.cit.*, p. 26.

⁹⁸ V° *infra*, §n°143 : Sur la valeur de la déontologie.

⁹⁹ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p. 396.

¹⁰⁰ *Ibid.*,

¹⁰¹ Décr. n°2005-790, du 12 juill. 2005 relatif aux règles déontologiques de la profession d'avocat, *JORF* 16 juillet., p. 11688.

65. A ce stade, le terme de valeur interpelle et amène à aborder la notion d'éthique¹⁰².

En effet, la notion d'éthique est une notion inhérente à la profession d'avocat, cette dernière est définie comme une « science qui traite des principes régulateurs de l'action et de la conduite morale¹⁰³ » ou encore comme « l'ensemble des principes moraux qui sont à la base de la conduite de quelqu'un¹⁰⁴ ».

En matière professionnelle, l'éthique servirait à « rehausser leur image d'honnêteté dans l'esprit du public et écarter les soupçons de corruption¹⁰⁵ ». Ainsi, l'éthique professionnelle de l'avocat le conduirait à agir avec prudence et honnêteté de sorte l'éthique professionnelle sert à assurer la confiance que doit inspirer l'exercice de cette profession. Autrement dit, l'avocat qui fera preuve de malignité pourra être sanctionné au nom de l'éthique professionnelle.

66. En conséquence, les règles qui s'imposent à la profession d'avocat puissent leurs sources et leurs portées au sein de la notion de Déontologie de sorte que cette dernière a eu des conséquences notoires sur la réglementation professionnelle de l'avocat.

En somme, les piliers de la profession d'avocat, que sont la Déontologie et l'éthique, permettent d'assurer une certaine légitimité, une certaine rigueur et forment ainsi un socle de règles et principes essentiels que l'avocat se doit de respecter.

67. La réglementation professionnelle de l'avocat. Les règles guidant la profession d'avocat sont analysées comme des devoirs et des obligations qui aujourd'hui, forment « le socle de la déontologie commune des avocats¹⁰⁶ ».

¹⁰² V°infra, §n°580 : Sur la forte éthique.

¹⁰³ Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales, (En ligne), URL : www.cnrtl.fr, V° Éthique.

¹⁰⁴ Dictionnaire français Larousse, V° Ethique, p.1389.

¹⁰⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.31.

¹⁰⁶ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.396.

Ces règles essentielles de valeurs normatives¹⁰⁷ sont relayées par des règlements intérieurs (RIN) qui ont eux-mêmes été adoptés par des décisions à caractère normatif du Conseil National des Barreaux¹⁰⁸.

- 68.** Autrement dit, le décret du 12 juillet 2005¹⁰⁹ ainsi que le Règlement intérieur national (RIN)¹¹⁰ articulent les principes essentiels applicables à l’avocat et disposent tous deux que « L’avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment. Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d’honneur, de loyauté, d’égalité* et de non-discrimination*, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie. Il fait preuve, à l’égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence¹¹¹ ».

Pour ainsi dire, les principes essentiels de l’avocat – qui sont au nombre de seize – peuvent être perçus tantôt comme une référence, afin de garantir la bonne foi de l’avocat, ou tantôt comme une conséquence, pouvant justifier l’engagement d’une sanction disciplinaire.

- 69.** Ces principes sont renforcés par le serment que prête l’avocat au moment de son entrée au sein de la profession, en effet celui-ci énonce que « Je jure, comme avocat, d’exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité¹¹² » de sorte que le but de ce serment « est bien de s’assurer de la confiance d’un individu dans l’exercice d’une profession donnée dont on attend qu’il se comporte selon ce que lui dictera son devoir d’État¹¹³ ».

¹⁰⁷ Décr. n°007- 932, 15 mai 2007 portant diverses dispositions relatives à la profession d’avocat, *JORF* 16 mai, p. 9230, art. 3; créant art. 38- 1 du décr. n°91- 1197, 27 nov. 1991.

¹⁰⁸ CNB, AG., décision n°2005-003 du 4 nov. 2005 portant réforme du règlement intérieur national de la profession d’avocat.

¹⁰⁹ Décr. n°2005-790, 12 juill. 2005 *préc.*, art. 3.

¹¹⁰ RIN, art. 1.3.

¹¹¹ V° infra, §n°148 : Sur les principes essentiels du serment.

¹¹² L. n°71- 1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* 5 janv. 1972, p. 131, art. 3. al.2.

¹¹³ B. BEIGNIER, « *L’honneur et le droit* », éd., LGDJ, coll. Thèse, 1995, p.524.

70. En conséquence, la réglementation de l'avocat lui impose une certaine rigueur qui est justifiée par l'objet même de la profession.

Il est vrai que, en tant que défenseur des Droits et en tant que garant des Libertés, l'avocat se doit d'inspirer une confiance sans faille et se doit d'accomplir sa mission de façon désintéressée. Un auteur indiquait à ce titre qu' « Il est vrai que l'avocat, lorsqu'il sait manier le verbe et le mettre au service d'une cause, particulière ou publique, fascine autant qu'il inquiète, dans l'enceinte judiciaire ou dans l'arène politique¹¹⁴ ».

A ce stade et au vu des termes organisant la réglementation de l'avocat, la notion de bonne foi semble être l'une des valeurs fondamentales attachées à la profession. En effet, ce rôle accordé à la bonne foi de l'avocat est justifié par la rédaction même des textes organisant la profession de sorte que le but de ces derniers serait d'empêcher l'avocat d'être de mauvaise foi ou du moins, de l'en dissuader.

71. Au-delà du cadre législatif et réglementaire prévoyant les principes essentiels applicables à la profession d'avocat, le rôle des institutions de la profession d'avocat intéresse¹¹⁵, notamment celui du Bâtonnier. En effet, ce dernier, de par ses compétences, peut être perçu – et même si cette perception est indirecte – comme le garant de la bonne foi de l'avocat.

En somme, le rôle du Bâtonnier est intéressant dans la mesure où ce dernier exerce – en plus de ses missions de représentation, d'administration, d'enregistrement, de conciliation, doctrinale, de défense permanente de l'ordre et de ses membres – un rôle prédominant en matière disciplinaire.

¹¹⁴ N. DERASSE, « L'indépendance des avocats. Le long chemin d'une liberté », in « *Les sens du droit* », L. ASSIER-ANDRIEU (sous. dir), éd. Dalloz, coll., 2015, p. 126, cité in RTD civ. 2016, p. 488.

¹¹⁵V°infra, §n°288 et s.

D'une part, ce dernier détient une compétence unique en matière de fixation des honoraires de sorte que « les réclamations sont portées devant le bâtonnier du barreau dont relève l'avocat concerné¹¹⁶ » et d'autre part, il détient une véritable autorité de poursuite – qui ne peut toutefois être assimilée à une autorité juridictionnelle – ce qui expliquerait son rôle accru lors de la procédure disciplinaire.

72. Le Bâtonnier peut être perçu comme le garant de la moralité de la profession dans la mesure où il exerce une réelle compétence en matière de sanction. En effet, dans le cadre de sa mission de surveillance et de sa fonction disciplinaire ce dernier devra examiner le comportement de l'avocat en cause de sorte qu'il est possible d'affirmer qu'il peut être perçu comme le garant de la bonne foi de l'avocat.

En conséquence, ses fonctions disciplinaires et de surveillances démontrent que le Bâtonnier se doit de protéger les valeurs attachées à la bonne foi, et ce en étant capable de déceler un comportement empreint de mauvaise foi.

Pour autant, malgré les nombreuses obligations auxquelles l'avocat est astreint, les manifestations de mauvaise foi au sein de cette profession ne sont pas méprisables.

73. Les possibles manifestations de la mauvaise foi. Les possibles manifestations de la mauvaise foi impliquent de rappeler que les principes essentiels qui guident la profession d'avocat le sont en toutes circonstances¹¹⁷ de sorte que les règles applicables à l'avocat ne doivent pas être négligées, et ce peu importe les circonstances.

¹¹⁶ A. HADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p. 1487 ; Cass.civ., 1^{re}, 13 mai 2003, n°00- 18.184, Bull. civ. I, n°113 ; D. 2003. 1545 ; JCP 2004. I. 117, n°25, obs. R. Martin ; Gaz. Pal. 2003. 1858.

¹¹⁷ RIN, art. 1.3.

74. A côté de cela, l'avocat est, comme tout justiciable, une personne responsable de sorte que les cas envisageant la responsabilité de celui-ci sont notables. Reste à savoir comment il serait possible de rattacher la notion de mauvaise foi à la profession d'avocat.

Le rattachement entre la notion de mauvaise foi et l'avocat n'est pas une chose aisée et implique de s'intéresser aux devoirs dont est astreint l'avocat. Autrement dit, étudier la notion de mauvaise foi à travers la profession d'avocat implique d'envisager d'une part les obligations de ce dernier et d'autre part les sanctions applicables, et ce puisque comme déjà énoncé, la notion de mauvaise foi est perceptible par un comportement blâmable¹¹⁸.

75. Assurément, l'avocat est tenu par de nombreux principes essentiels, pour autant le principe attaché à l'honneur intéresse. Un auteur indique à ce titre que « le rôle de la loi d'honneur dans les professions libérales tient donc à ce que cette règle sert à fonder les rapports existants entre le professionnel et son client, mais également entre lui et ses pairs. L'honneur est bien la pierre angulaire de l'autodiscipline professionnelle¹¹⁹ ».

Par conséquent, l'honneur de l'avocat¹²⁰ peut être perçu comme « le vif sentiment de sa propre dignité qui anime un individu et qui le pousse à agir de manière à conserver l'estime des autres ainsi que les principes moraux qui sont à la base de ce sentiment ¹²¹ ».

L'honneur est donc un principe fondamental que l'avocat se doit de respecter, et ce puisque « tout manquement délibéré au serment prêté est nécessairement contraire à l'honneur¹²² ». D'une façon générale, « toute faute de l'avocat d'une particulière gravité porte nécessairement atteinte à l'honneur de la profession¹²³ ».

¹¹⁸ V°supra, §n°7 et s.

¹¹⁹ B. BEIGNIER, « *L'honneur et le droit* », *op.cit.*, p. 395.

¹²⁰ V°infra, §n°181 : Sur la valeur de l'honneur.

¹²¹ E. LITTRÉ, « *Le dictionnaire de la française* », *op.cit.*, V° Honneur.

¹²² A. HADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p. 476.

¹²³ *Ibid.*

76. Aussi, le manquement imputable à l'avocat permet de considérer que ce dernier peut être amené à agir de mauvaise foi. Par exemple, lorsqu'il se soustrait de façon malhonnête à ses obligations financières, ce dernier constitue indéniablement un manquement à l'honneur¹²⁴. Ce comportement peut franchement être rattaché à une certaine forme de mauvaise foi.

L'avocat qui agit de la sorte sera nécessairement qualifié comme un « avocat débiteur de mauvaise foi¹²⁵ » dans la mesure où son volontarisme fallacieux pourra être démontré. De plus, la notion de mauvaise foi semble emporter dans son sillage des comportements malhonnêtes de sorte que le rattachement entre les deux notions semble laisser place à une certaine logique.

En conséquence, le manquement de l'avocat – qui peut être qualifié de mauvaise foi – porte nécessairement atteinte à l'honneur de la profession de sorte que la mauvaise foi de ce dernier peut être perceptible à travers un comportement déshonorant la profession.

77. *A fortiori*, un comportement empreint de mauvaise foi présentera des conséquences. En effet, l'avocat fautif pourra voir sa responsabilité engagée et ce puisque, « les membres du barreau savent depuis toujours qu'ils doivent rendre compte de leur mission [...], par référence à un droit disciplinaire¹²⁶ ».

Pour autant, la responsabilité de l'avocat n'est pas seulement une responsabilité disciplinaire. En effet ce dernier pourra être responsable sur le plan civil ainsi que sur le plan pénal, et ce par référence au droit commun.

Si la mauvaise foi de l'avocat peut être perceptible, cette reconnaissance passe par l'étude d'un certain nombre de principes, d'usages ainsi que par l'étude de différentes notions voisines.

¹²⁴ Y. AVRIL « *Responsabilité des avocats* », 4^e éd., Dalloz référence, 2021- 2022, p.29.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Idid.*, p. 35.

78. La notion de mauvaise foi est une notion difficilement perceptible, car difficilement définie. Pour autant, celle-ci ne doit pas être négligée ou abandonnée. Parallèlement, la profession d'avocat est une profession qui fait l'objet de nombreux textes, ce qui laisse penser que les règles guidant celle-ci sont morcelées par diverses sources.

Quoi qu'il en advienne, l'avocat étant le défenseur des Droits et Libertés d'autrui, sa légitimité doit être imparable. Pour autant, demeure des situations où, ce dernier faillit à ses obligations déontologiques, civiles, ou pénales.

L'objet de cette thèse sera de comprendre le fonctionnement de la profession afin de pouvoir évaluer l'impact que pourrait avoir la notion de mauvaise foi sur cette dernière.

79. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir s'il est possible de rattacher la notion de mauvaise foi avec la profession d'avocat ? Ou encore, comment la mauvaise foi pourrait-elle s'articuler avec l'exercice de la profession d'avocat sans même faire l'objet d'une définition générale claire et concise ? Ou enfin, est-il possible, dès lors que l'avocat commet un manquement, de qualifier la mauvaise foi de façon automatique ?

En somme, l'intérêt de ces questionnements permettrait de savoir s'il est concrètement possible d'assimiler la notion de mauvaise foi à l'avocat fautif.

80. « A chaque seigneur, tout honneur¹²⁷ », les prémices de cette étude résident dans la délicate appréhension de la mauvaise foi à l'aune de la pratique professionnelle de l'avocat (**PARTIE 1**) ayant pour aboutissement une analyse attachée à la sanction de cette mauvaise foi, qui, ramenée à la profession d'avocat, présente une procédure abondante et complexe (**PARTIE 2**).

¹²⁷ E. BARILIER, « *Albert Camus : philosophie et littérature* », L'Âge d'Homme, éd., Collection Amers, 1977, p. 104.

PREMIÈRE PARTIE – La délicate appréhension de la mauvaise foi dans la pratique professionnelle de l’avocat

81. La notion de mauvaise foi est une notion floue qui nécessite dans un premier temps une étude particulière quant à sa détermination générale puis dans la pratique professionnelle de l’avocat (*Titre 1*), dans un second temps, il adviendra nécessaire d’articuler la notion de mauvaise foi avec la notion de faute, et ce afin de mesurer l’influence qu’elle pourrait avoir sur la faute de l’avocat. Cette articulation expliquera en quoi la mauvaise foi serait une faute pour l’avocat en droit civil, en droit disciplinaire et en enfin en droit pénal (*Titre 2*).

Plan.

- **Titre 1. La détermination ardue de la notion de mauvaise foi**
- **Titre 2. L’articulation entre la faute de l’avocat et la notion de mauvaise foi**

TITRE 1 – La détermination ardue de la notion de mauvaise

foi

82. La détermination de la notion de mauvaise foi n'est pas chose aisée dans la mesure où cette définition est rarement définie clairement. Toutefois, cette notion est bien présente dans le droit positif et elle sert généralement dans le prononcé d'une sanction. Ainsi, il semble opportun d'étudier cette notion dans les règles guidant la profession d'avocat (Chapitre 1), pour ensuite mesurer son importance dans les obligations professionnelles de ce dernier (Chapitre 2).

Plan.

- **Chapitre 1. La mauvaise foi dans les règles guidant la profession d'avocat.**
- **Chapitre 2. L'importance effective de la mauvaise foi dans les obligations professionnelles de l'avocat.**

CHAPITRE 1. La mauvaise foi dans les règles guidant la profession d'avocat

83. L'étude de la mauvaise foi au sein des règles guidant la profession d'avocat implique dans un premier temps de s'intéresser à l'aspect général de la notion de mauvaise foi (section 1), pour, dans un deuxième temps, s'intéresser à l'impact de la mauvaise foi dans les règles régissant la profession d'avocat (section 2).

SECTION 1. L'impossible définition de mauvaise foi

84. Étudier la notion de mauvaise foi est une analyse complexe dans la mesure où elle n'est pas définie ni dans les Codes juridiques ni dans les textes de loi. Cette absence de définition rend certes cette notion plus difficile à cerner, mais présente l'avantage d'être une notion large, pouvant s'appliquer à différentes situations. Ainsi, l'étude de cette notion doit être analysée en effectuant une lecture *a contrario*, notamment en prenant en compte des notions voisines, comme la notion de bonne foi (§1), ou encore avec des notions doctrinales et jurisprudentielles pouvant être enrichissantes (§2).

§1 - L'étude de la mauvaise foi à travers la notion de bonne foi

85. Apparition de la notion de bonne foi à travers les siècles. S'agissant de l'histoire de la notion de bonne foi, il semble évident que les premières manifestations marquantes de la bonne foi datent des origines de Rome, sous la forme de *fides* désignant « la confiance, la bonne foi et le respect de la parole donnée ¹²⁸ », plus encore Cicéron définissait la *fides* comme « la fidélité et la sincérité dans les paroles et les engagements pris ¹²⁹ ».

¹²⁸ W. FALKOWSKI et Y. SASSIER, « *Confiance, bonne foi, fidélité* », éd., Garnier, coll., Rencontres, n°364, histoire n°4, 2018.

¹²⁹ CICÉRON, « *Traité des devoirs : De officiis, Livre I : de l'Honestum* », VII, 23, cité in Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, « *Bonne foi* », *op.cit.* V° De la fides à la bonne foi.

Ainsi, d'après la mythologie romaine, la *fides* était synonyme de bonne foi et d'honneur, c'est en ce sens que la bonne foi se manifestait à l'époque.

86. Pour Volansky, la *fides* « est d'abord l'adoption d'une direction de vie et c'est ensuite la soumission complète des actes de vie à des injonctions¹³⁰ ».

En somme, la *fides* revêt plusieurs formes dans la mesure où elle peut aussi être l'abandon total d'une personne à une autre. Selon Imbert, la *fides* adopte à Rome, vers le deuxième siècle avant notre ère, le sens de « confiance, de croyance à la parole donnée qui ne suppose plus qu'un engagement intellectuel et non pas personnel¹³¹ ».

En conséquence, le terme originel de *fides* a pris deux sens à l'époque romaine : l'abandon d'une personne envers une autre et l'importance de la confiance donnée. La *fides* va donc acquérir une double signification. De nos jours, la seconde signification paraît être celle qui a été retenue par les professionnels du droit¹³².

Pour résumer, la *fides* est la notion source de la bonne foi, et elle nécessite un respect de la parole donnée.

87. L'implication religieuse et sociale à Rome. Initialement, la *fides* est une notion religieuse et sociale. Elle est une notion sociale dans la mesure où elle constitue chez les Romains une des valeurs fondamentales sur lesquelles se fonde la vie en société. Selon CIZEK, la *fides* « était de tout temps au nombre des mœurs de la cité¹³³ ».

¹³⁰ A. VOLANSKY, « *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi* », éd., Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, Thèse, 1929, p.190.

¹³¹ J. IMBERT, « *de la sociologie au droit : la fides romaine* » in *droits de l'antiquité et sociologie juridique*, in mélanges Henri LEVY-BRUHL, 1959. Publié par l'Institut de droit romain de l'Université de Paris, p.413.

¹³² Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, « *Bonne foi* », éd., Dalloz, Rép.civ.,1995, vol III, pour lequel la *fides* n'est définie que comme caractérisant le respect des engagements pris (actualisation janvier 2017).

¹³³ CIZEK, « *Mentalités et institutions politiques romaines* », éd., Fayard, 1990, p.36

Par cette remarque, l'auteur s'interroge alors sur les types de conduite des citoyens à Rome et énonce qu'il « est d'un Romain de pratiquer la *pietas*, piété envers la patrie, ses parents et ses proches : *la fides* est le respect de la parole donnée ». En conséquence, la notion est un principe de conduite en société.

Il faut retenir qu'à l'origine, la bonne foi ne constitue nullement une notion exclusivement juridique.

Ce n'est qu'à partir du deuxième siècle avant Jésus Christ, que la *fides* s'introduit dans le domaine juridique via la *bona fides*, c'est donc « l'émanation juridique de la *bona fides*¹³⁴ ». En conséquence, la manière d'exécuter le contrat devient importante puisque cette époque marque le passage d'une loyauté-confiance à une loyauté-comportement. Cependant, la *fides* garde ce côté religieux à Rome car tout concept social fondamental était divinisé. Volansky a d'ailleurs invoqué le « caractère religieux fondamental de la *fides*¹³⁵ ».

88. L'implication juridique au II^e siècle avant Jésus Christ. A partir du II^e siècle avant notre ère, un phénomène de renouvellement de la notion de *fides* se développe, et ce, suite à la transformation de la ville en État, à l'intrusion des étrangers et à l'essor du commerce et des rapports d'affaires.

Ces mutations transforment les rapports entre les individus, si bien que « l'usage des actes fondés sur la *fides* si naturels entre les gens qui se connaissent nécessite modification¹³⁶ ».

Ainsi, le développement et les mutations des rapports humains changent, et les craintes de malhonnêteté sont présentes.

¹³⁴ R.-M. RAMPELBERG, « *Repères romains pour le droit européen des contrats* », éd., LGDJ, coll., Systèmes, 2005, p. 43.

J.-P. LEVY et A. CASTALDO, « *Histoire du droit civil* », éd., Précis Dalloz, 2002, p. 690.

M.J. SCHERMAIER, « *Bona fides in Roman contract law* », in *Good Faith in European Contract Law*, R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER eds., Cambridge University Press, 2000, p. 63.

¹³⁵ A. VOLANSKY, *op. cit.*, p.192.

¹³⁶ G. LEPOINTE et R MONIER, « *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français* », éd., Librairie du recueil Sirey, 1954.

Les besoins changent et c'est l'autorité publique, par l'intermédiaire du prêteur, qui, s'inspirant des arbitrages coutumiers et des philosophes, introduit dans le domaine juridique l'obligation du respect de la conception de la *fides* : la *bona fides*.

Le but devient alors de respecter des devoirs, des précisions imposées par les normes juridiques et de les sanctionner juridiquement. La *fides* devient, à ce moment-là, la source des obligations et des contrats de bonne foi.

De ce fait, les conséquences de ces mutations et transformations de comportements obligent la population à repenser la notion de bonne foi.

89. En effet, la bonne foi en plus d'être une notion qui implique le respect de la parole donnée, devient une norme comportementale qui vient expliquer quel pourrait être le comportement adéquat. Ainsi, la notion de mauvaise foi émerge et cette émergence s'explique de par le changement sociétair et commercial à Rome.

La bonne foi devient une notion qui pourrait être une règle de comportement qui suppose l'absence de mauvaise foi et une conduite active, loyale et honnête¹³⁷. C'est en ce sens que l'apparition du terme norme comportementale fait surface.

En conséquence, la bonne foi trouve ses sources à Rome, étant initialement une notion sociale, religieuse, sans être une notion fondamentalement juridique puisque ce n'est que progressivement qu'elle pénètre dans le droit.

Cette notion, en pénétrant dans le droit sera protégée puisque le non-respect de cette exigence de *bona fides* sera sanctionné, son importance est donc grandissante et sa notion flexible.

90. Lien avec la mauvaise foi. Il est intéressant de s'apercevoir que si la notion de *fides* est apparue dans le domaine juridique, c'est pour contrebalancer et sanctionner des comportements devenus malhonnêtes, ainsi, la mauvaise foi des individus dans leur rapport contractuel pourrait avoir été un des éléments déclencheurs de mutation de la notion.

¹³⁷ Exemple tiré de la « *Treu und Glauben* » allemande, érigée en principe et signifiant bonne foi, désormais codifié à l'article 242, le Code civil allemand- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

91. La notion de mauvaise foi apparaît donc présente dans un contexte marqué par les échanges au sein d'une société archaïque. En somme « l'émergence et l'utilisation généralisée des contrats sans forme ont amené le préteur à les sanctionner, en se fondant sur la bonne foi [...] ¹³⁸ ».

En conclusion, l'origine de la règle est unique, en ce sens qu'elle vient du droit romain, toutefois un droit romain qui a évolué au cours des siècles et dont il est quasiment impossible d'en retracer la progression. La confusion qui y règne est en partie à l'origine de celle qui caractérise la notion dans nos droits contemporains.

92. La réception de la bonne foi au XIX^e siècle. Cette réception fut essentiellement doctrinale, malgré la présence des tentatives d'éclaircissement de la notion, ces dernières n'étaient que trop générales.

Par exemple, certains auteurs comme Aubry et Rau se contentent simplement d'affirmer que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi », c'est-à-dire conformément à la commune intention des parties, et au but en vue duquel elles ont été formées ¹³⁹, ou encore, Capitant se borner à exprimer quelques lignes sur la question, notamment à travers une définition qui énonce que la « bonne foi évoque la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière, que cette croyance repose sur la seule ignorance, ou sur une apparence trompeuse » ¹⁴⁰.

Les travaux doctrinaux révèlent que la bonne foi n'est envisagée que comme instrument d'interprétation de la volonté des parties, mais d'autres semblent privilégier une approche plus dynamique.

¹³⁸ E. CHARPENTIER, « *Le rôle de la mauvaise foi dans l'élaboration de la théorie du contrat* », *op.cit.*, p. 308.

¹³⁹ C. AUBRY et C. RAU, « *Cours de droit civil français* », éd., Cosse, 1856, t. III, p.223.

¹⁴⁰ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* » publié sous la direction de Gérard Cornu, 7^e éd. PUF, 1998, p.109-110.

93. Ainsi, la doctrine partisane de la première signification, autrement dit celle du cantonnement au rôle de la bonne foi par l'exigence du respect de la volonté des parties indique que « la bonne foi est l'âme des relations sociales, elle doit toujours régner dans l'exécution des conventions, que les parties ont formées.

Et c'est toujours, en effet, le devoir du juge, *id officio ejus contineri*, d'interpréter la convention et d'en ordonner l'exécution, conformément à l'interprétation des parties, eu égard au but qu'elles se sont proposé d'atteindre »¹⁴¹.

Mais encore, en reprenant la citation d'Aubry et Rau vu précédemment, la bonne foi serait rattachée seulement à la volonté des parties, elle permettrait seulement d'interpréter la volonté de celles-ci.

94. Au cours des siècles, la bonne foi n'a pourtant jamais été cantonnée au domaine de l'interprétation des contrats puisqu'à Rome la *bona fides* permettait non seulement l'interprétation des contrats, mais jouait également un rôle au regard de la formation de l'acte et de son exécution.

Cette explication est due par les prédominances de l'époque, c'est-à-dire, l'amplification du principe de force obligatoire du contrat.

Toutefois, certains auteurs préconisent une définition plus dynamique, autrement dit, Larombière par exemple, ne parait pas limiter excessivement le rôle du juge à la volonté des parties puisqu'il énonce que « de même que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, toutes les actions sont également de bonne foi, en ce sens que le juge estime, suivant la loi et l'équité, ce qu'il doit apporter à chaque partie¹⁴² », en conséquence, ce serait l'équité et non la volonté des parties qui guiderait le juge.

¹⁴¹ C. DEMOLOMBE, « Cours de Code Napoléon XXIV », t. I : « *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général* », éd., Lahure, 1877.

¹⁴² L. LAROMBIERE, « *Théorie et pratique des obligations ? ou commentaire des Titre III et IV du Livre III, du code napoléon* », éd., Durand, 1857, p.362. – Rappelant que « le droit romain avait deux grandes classes d'actions, l'une qui comprenait les actions appelés stricti juris, de droit strict, et l'autre, les actions dites bonae fidei, de bonne foi. »

95. En somme, les différentes interprétations de la notion de bonne foi peuvent la rendre floue et d'application générale, ce qui en conséquence biaise la notion de mauvaise foi qui elle, apparait au moment où le principe de bonne foi semble avoir été violé.

En conclusion, la bonne foi est avant tout une règle d'interprétation des volontés des contractants, mais qui peut produire des effets plus dynamiques et ainsi permettre au juge d'aller au-delà de cette volonté. Quoi qu'il en advienne, elle reste un principe matriciel du Code civil d'une forte importance pouvant pallier le manque d'interprétation de la mauvaise foi, et sanctionner les comportements déloyaux.

96. Définition actuelle. L'étude de la bonne foi passe par sa définition générale actuelle, toutefois il faut garder à l'esprit que, tout comme la mauvaise foi, la bonne foi n'est pas et ne peut être dotée d'une définition, mais son contenu est constitué d'une accumulation de différentes choses qui sont d'une part le résultat de son évolution historique et d'autre part le fruit de théorie juridique développée aux XIX^e et XX^e siècles, en tout état de cause, la bonne foi s'est peu à peu insérée dans les rapports juridiques et est aujourd'hui de droit positif.

97. Dualité de la notion de bonne foi. La majorité des auteurs reconnaissent que la bonne foi présente plusieurs facettes¹⁴³.

La dualité de la notion de bonne foi s'entend généralement de la distinction faite entre la bonne foi et la croyance erronée ; et la bonne foi et la norme de comportement.

Le vocabulaire Capitant fait ressortir cette dualité et définit la bonne foi en ces termes, la bonne foi serait ainsi une « croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière ; un comportement loyal que requiert, notamment l'exécution d'une obligation ; une attitude d'intégrité ou d'honnêteté »¹⁴⁴.

¹⁴³ VOUIN, « *La bonne foi : Notion et rôle actuel en droit privé français* », éd., LGDJ, 1939.

¹⁴⁴ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* » publié sous la direction de Gérard Cornu, 5^e éd. PUF, 1996, p.105.

Mais encore, aux côtés de ces définitions tenant à la dualité de la notion de bonne foi et de ses multiples interprétations, un adage célèbre consacra la place de la bonne foi au sein du Code civil de 1804 lui faisant ainsi prendre une place fondamentale dans le droit.

98. *Pacta sunt servanda*. Dans le code civil de 1804, l'ancien article 1134 en son alinéa 1^{er} disposait que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Cette codification est le prolongement d'une locution latine « *pacta sunt servanda* » interprétée de la manière suivante, les contrats doivent être respectés de bonne foi par les parties. Ici encore, la notion de bonne foi indique un respect de la parole donnée, reconnu aujourd'hui comme « un principe fondamental en droit des contrats »¹⁴⁵.

Cet adage¹⁴⁶ est né sous la plume de Cicéron dans ses Offices et a réellement été appliqué lors de la naissance du « droit des gens » à Rome, notamment et comme dit précédemment lors de la multiplication des échanges.

En conséquence, l'adage précité est un adage célèbre puisque, applicable de nos jours, et il rassure, car il évoque la force des engagements pris et la fidélité romaine à la parole donnée, tout en s'appuyant sur des conceptions morales et historiques auxquelles s'ajoutent d'autres fondements.

99. Moralité. La bonne foi a pour but de moraliser les rapports entre les différents sujets de droit, en effet « Elle doit être un mode de vie, un comportement continu, guidant les faits et gestes de toutes les parties contractantes, au début de leurs rapports, et ce, jusqu'à leur achèvement¹⁴⁷ ». L'individu sera donc orienté par la bonne foi et devra agir contrairement aux impératifs tirés de la mauvaise foi ce qui sera équivalent à agir à la morale du contrat.

¹⁴⁵ D. DEROUSSIN, « *Histoire du droit des obligations* », 2^e éd., Economica, 2012, p. 472.

¹⁴⁶ H. ROLAND, « Lexique juridique des expressions latines », éd., LexisNexis, 2021

¹⁴⁷ F. DUDEZERT, « *De l'existence d'un principe de confiance légitime en droit privé* », Thèse de doctorat en droit privé sous la direction de G. JAZOTTES, Université de la Rochelle, [En ligne] URL : www.theses.fr, 2016.

100. Un auteur fait référence à cet aspect moral en soulignant que la bonne foi et la loyauté font partie d'une « exigence découlant d'une conception morale [...] des rapports contractuels¹⁴⁸ ».

Ainsi, la bonne foi a pour vocation de gouverner les comportements durant toute la phase contractuelle, c'est-à-dire durant la formation et l'exécution du contrat. En conséquence, c'est donc par une lecture *a contrario* de la notion de bonne foi que la mauvaise foi pourra faire surface, autrement dit, être de bonne foi se limiterait donc à ne pas être de mauvaise foi¹⁴⁹.

101. Notion floue. En effet, l'article 1104 du Code civil dispose que « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.* », c'est donc l'Ordonnance du 10 février 2016¹⁵⁰ qui consacre la place de la bonne foi dans le Code civil.

La bonne foi devient alors « un devoir général de comportement qui irradie l'ensemble de la matière contractuelle¹⁵¹ ».

Toutefois aucun article ne dédit la sanction de cette bonne foi. Ainsi, le juge en faisant application de cet article va sanctionner l'usage déloyal ou malveillant d'une prérogative contractuelle.

102. Ordre public. L'alinéa 2 de l'article 1104 du Code civil précise que la disposition est d'ordre public, ce qui souligne son importance. De fait, la notion de bonne foi étant devenue l'un des éléments essentiels de chaque contrat, elle peut être qualifiée de « principe général du droit »¹⁵², de sorte qu'il est impossible de limiter ou d'exclure les conséquences de sa défaillance contractuelle quant aux fautes dolosives, commises de mauvaise foi.

¹⁴⁸ Y. PICOD, fasc. unique « *Contrats et obligations, effet obligatoire des conventions, exécution de bonne foi des conventions* », Jurisclasseur civ. code, art.1134 et 1135, éd., Lexis 360, 2014.

¹⁴⁹ D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, « *Portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 46, 15/11/2007.

¹⁵⁰ Ord.n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁵¹ B. FAGES, « *Droit des obligations* », 7^e éd., LGDJ, 2017, n° 36.

¹⁵² J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, « *La formation du contrat - Le contrat - Le consentement* », éd., LGDJ, coll., Traité de droit civil, 1993, p.237.

En ce sens, l'association d'Henri Capitant prévoit que « les parties ne peuvent exclure ce devoir, ni le limiter¹⁵³ ». En conséquence, la montée en puissance de la bonne foi, notamment à travers cette consécration en principe général d'ordre public, resserre d'autant plus la présence des comportements de mauvaise foi.

103. Implication de la notion de mauvaise foi. Une fois encore, il apparaît que plusieurs notions s'entremêlent et font référence à la mauvaise foi sans pour autant énoncer cette notion « clairement ».

De plus, les applications de l'exigence d'exécution de bonne foi se manifestent soit au nom de la sanction de la mauvaise foi, soit au nom de la sanction de l'abus. Ainsi, il ne fait aucun doute que la bonne foi joue un rôle à tous les stades de la vie du contrat, et si cette bonne foi n'est pas respectée, c'est donc au nom de la violation de celle-ci qu'intervient la notion de mauvaise foi.

104. Quoi qu'il en soit, il faut comprendre par cela que tout comportement qui ne se rapproche pas d'une norme comportementale ou d'une intention honnête pourra être assimilé à un comportement dit de mauvaise foi.

Le passage par la notion de bonne foi pour essayer de cerner la notion de mauvaise foi est inévitable. L'expression - bonne foi - qui traduit la *bona fides* romaine a été concurrencée par d'autres vocables tels que « la loyauté ». Ainsi, la bonne foi pourrait traduire la devise : liberté, sécurité, loyauté.

105. A Rome la bonne foi résultait de l'inadaptation du formalisme et de l'évolution de la procédure. En conséquence, à son apparition la bonne foi faisait ainsi figure de substitut de la sécurité et de la garantie d'exécution précédemment assurée par les formes.

Le XIX^e siècle marque également un renouveau doctrinal sur la notion, ainsi, la bonne foi devient une règle d'interprétation des volontés des contractants, produisant aussi des effets dynamiques.

¹⁵³ B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAU, « *Principes contractuels communs* », éd., Société de législation européenne, 2008, p. 158.

106. Le contractant de mauvaise foi sera sanctionné par les règles régissant le droit des obligations et la mauvaise foi peut s'avérer être le miroir d'un comportement déloyal qui ne répond pas au bon comportement que doit adopter le contractant lors des différentes phases contractuelles.

Autrement dit, il apparaît que la mauvaise foi, en plus d'être connue et définie *a contrario* de la bonne foi, semble être la sanction de celle-ci. A ce titre, un auteur relève que l'appréciation de l'attitude des parties vis-à-vis de la bonne foi fait systématiquement appel à la notion de mauvaise foi¹⁵⁴.

§2 - L'étude de la mauvaise foi à travers les notions doctrinales et jurisprudentielles

107. Amorce. Les notions jurisprudentielles sont des références nécessitant de s'intéresser à la pratique juridique, tandis que les propos développés ci-dessus impliquent d'évaluer la notion de bonne foi pour appréhender celle de la mauvaise foi et cela relève ainsi de la théorie juridique.

En conséquence, les notions doctrinales permettront d'analyser comment la mauvaise foi est perçue et sanctionnée. Les notions jurisprudentielles elles, permettront d'appuyer les juges dans le rendu de leur décision. L'objet du présent paragraphe est donc d'étudier la valeur de la mauvaise foi au travers des différentes notions de droit.

108. Implication de la mauvaise foi. La plupart du temps, la mauvaise foi ressort au moment de l'évaluation d'un comportement individuel et dans le but de sanctionner un comportement contraire à la bonne foi. Comme le souligne une part de la doctrine « la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à sanctionner les prédispositions malhonnêtes de la volonté. Dans un certain nombre d'hypothèses, l'appréciation de la mauvaise foi est chose délicate, voire impossible. Or, l'article 1134 alinéa 3 du Code civil peut servir aussi à déterminer le contenu contractuel.

¹⁵⁴ Y. PICOD, « *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* », éd., LGDJ, Thèse, 1987.

109. La bonne foi permet alors de fixer *in abstracto* des lignes de conduite aux parties, et ce conformément aux exigences de la règle morale¹⁵⁵ ».

Malgré quelques confusions, la jurisprudence énonce que « le contractant de mauvaise foi, qui ne respecte pas la parole donnée dans ses tenants et aboutissants sera sanctionné¹⁵⁶ ».

En conséquence, la manifestation de la mauvaise foi s'analyserait par un comportement qui ne respecterait pas la morale du contrat ni l'équilibre contractuel, de sorte que la référence à une norme comportementale est toujours présente.

110. Le référentiel de la mauvaise foi. La mauvaise foi est donc classiquement présentée comme l'une des sources de responsabilité civile¹⁵⁷ si bien que certaines décisions visent la notion de manière explicite et un arrêt l'a même édifié en condition nécessaire à toute condamnation¹⁵⁸.

Ainsi, si dans certaines situations les tribunaux se réfèrent au comportement du contractant, c'est-à-dire à sa conduite objective, point ne serait besoin de caractériser la mauvaise foi : « il suffirait alors de démontrer que l'auteur de la rupture ou d'un mauvais comportement (*contraire à la bonne foi*) a adopté une attitude objectivement critiquable, contraire à ce que l'on est en droit d'attendre de tout bon contractant¹⁵⁹ ».

111. Il existe d'autres hypothèses où les juges ne font pas référence à la notion de mauvaise foi pour rendre leur décision. Pour exemple, la Chambre commerciale a rejeté le pourvoi d'une société, en retenant que, de ses appréciations et constatations, la Cour d'appel avait pu déduire « sans avoir à

¹⁵⁵ Y. PICOD, « *La clause résolutoire et la règle morale* », JCP 1990. I. 3447.

¹⁵⁶ Cass.com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, Rép.com., 2007, n° RDCO 2007-4-005, p. 1110.

¹⁵⁷ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, « *La formation du contrat - Le contrat - Le consentement* », t. I., éd., LGDJ, coll., Traité de droit civil, 2013, n° 733.

¹⁵⁸ Cass.civ. 1^{re} 12 avr. 1976, n°74-11.770, Bull. civ. I, n° 122, p.98, (En ligne), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006996255>

¹⁵⁹ B. FAGES, « *Le comportement du contractant* », préf. Mestre J., éd., PUAM, Thèse, 1997, n° 573.

caractériser l'existence de la mauvaise foi d'une intention de nuire¹⁶⁰» que la société avait agi avec légèreté, attitude constitutive d'une faute dont elle devait réparer les conséquences. De nombreuses autres décisions ont également retenu l'existence d'une faute sans faire référence à la notion de mauvaise foi¹⁶¹, et cela y compris dans des hypothèses où la mauvaise foi aurait pu être très facilement caractérisée¹⁶².

112. La référence à la notion de mauvaise foi n'est pas retenue automatiquement par les juges, qui peuvent fonder leur décision sur d'autres circonstances. C'est pourquoi la notion de mauvaise foi n'est pas, aux vues de certaines décisions jurisprudentielles, une notion centrale.

En règle générale, les textes de loi indiquent un régime applicable, qui selon le comportement du contractant pourra avoir une application différente. C'est en ce sens que l'étude de certains articles de loi est nécessaire, ainsi il est opportun d'élargir l'étude de cette notion à quelques techniques juridiques.

113. Restitutions. En matière de restitutions, l'article 1352-3 du Code civil¹⁶³ détermine le régime des restitutions en cas de vente du bien, ce texte distinguant selon que le restituant est de bonne ou de mauvaise foi, sans pour autant définir les notions, alors, chacun comprend qu'elles renvoient à l'état de connaissance que le restituant avait, ou devait avoir, de la fragilité du contrat et par-là même de la possibilité qu'on lui demande restitution.

¹⁶⁰ Cass.com., 12 oct. 1993, n°91-19-456, Bull. civ. IV, n° 79, RJDA 1994, n° 765, RTD civ. 1994, p. 849, obs.J. MESTRE « dans lequel une société condamnée en appel à réparer les conséquences de l'échec des négociations s'était en vain pourvue en cassation en faisant valoir que la rupture des pourparlers ne pouvait entraîner de responsabilité qu'en cas de mauvaise foi. »

¹⁶¹ Cass.com., 7 janv. 1997, n°94-21.561, NP, (En ligne), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007319876/>

¹⁶² Cass.civ. 1re 6 janv.1998, n°95-19.199, Bull. civ. I, n° 7, JCP G 1998, II, n° 10066, obs. B. Fages.

¹⁶³ C.civ., art. 1352-3 « La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée. La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce. Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation. »

L'alinéa premier du texte oblige le restituant de bonne foi à restituer le prix qu'il a reçu, tandis que l'alinéa second rend le restituant de mauvaise foi redevable de la valeur du bien au jour de la restitution, lorsqu'elle est supérieure au prix.

En conséquence, la notion de mauvaise foi a ici un rôle déterminant pour qualifier le régime des restitutions, le référentiel à la mauvaise foi joue en fonction du comportement du contractant.

114. Bail d'habitation et clause résolutoire. S'agissant de la mauvaise foi du bailleur, l'article 1104 du Code civil exige que les conventions soient exécutées de bonne foi. S'appuyant sur ce principe d'ordre général, les tribunaux ont parfois mis en échec une clause résolutoire en relevant des éléments de fait permettant de caractériser la mauvaise foi du bailleur.

Ainsi, la résiliation a pu être écartée dans une affaire où les bailleurs avaient, en pleine connaissance de cause, fait notifier leur mise en demeure à une date où le locataire était légitimement absent, de sorte que dernier « n'a pas exécuté la convention de bonne foi¹⁶⁴ ».

115. Cette résolution est également prévue par les articles 1224 et 1225 du Code civil¹⁶⁵. En effet ces textes ne mentionnent pas expressément la notion de bonne foi, mais pour autant les décisions jurisprudentielles démontrent l'importance tenant au comportement du bailleur. Quoi qu'il en soit, si une clause résolutoire est invoquée, elle doit l'être de bonne foi.

En somme, « un bailleur n'invoquant pas de bonne foi la clause résolutoire d'un bail ne peut obtenir le constat de la résiliation de celui-ci¹⁶⁶ ».

¹⁶⁴ Cass.civ. 3^e 16 oct.1973, n°72-11.956, Bull.civ.III, n°529, p. 386, (En ligne), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006990206>

¹⁶⁵ C.civ., art. 1224, 1225.

¹⁶⁶ Cass.civ. 3^e 27 mai 1987, n°85-18.076, Bull.civ.III, n°108, p. 63, (En ligne), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007018410>

Alors que la mauvaise foi du bailleur pourra faire échec à l'exercice d'une prérogative, les juges ne donnent pas de définition formelle et globale de la mauvaise foi, mais en analysant les décisions, démontrant une nouvelle fois encore que la mauvaise foi est définie en prenant en compte le comportement subjectif de la personne objet du litige.

116. Droit des assurances. La mauvaise foi peut être constituée par la réticence ou la fausse déclaration intentionnelle. Ce principe est une notion légale, car il est spécialement établi par l'article L.113-8 du Code des assurances. Cette notion de mauvaise foi est donc contrôlée par les juges du fonds qui recherchent toute forme de mauvaise foi dans l'intention de tromper l'assureur et apprécient également la valeur et la portée des éléments de preuve¹⁶⁷.

Or l'analyse de la jurisprudence montre que la recherche de cette mauvaise foi peut s'avérer assez succincte¹⁶⁸. En effet, la Cour de cassation peut retenir que n'a pas agi de mauvaise foi l'assuré qui n'a pas voulu tromper l'assureur sur le risque à assurer¹⁶⁹ de sorte que la mauvaise foi ici est observée en fonction d'un comportement prédéterminé.

117. Droit des successions. La notion de mauvaise foi peut aussi être une notion très importante en droit des successions. L'appréciation de la bonne ou mauvaise foi du défendeur évincé sera souvent une question importante faisant dépendre la décision des juges.

L'héritier sera considéré comme de bonne foi lorsqu'il se croyait héritier par suite d'une erreur de fait ou de droit et sera au contraire de mauvaise foi s'il savait dès l'origine qu'il n'était pas héritier¹⁷⁰.

Ainsi, l'appréciation de la mauvaise et son implication peut, en fonction du droit applicable et de la personne, avoir une application très différente.

¹⁶⁷ Cass.civ. 1^{re} 15 juin 2000, n°98-22.087, RGDA 2000, p. 816, obs., A. Favre-Rochex.

¹⁶⁸ Cass.civ. 1^{re} 4 juin 1980, n°79-12.074, n° 79-12.074, D. 1981. 88 note C-J Beer et H. Groutel.

¹⁶⁹ Cass.civ. 1^{re} 20 janv. 1998, n°90-10.736, RGAT 1993, p. 280, obs., R. Maurice.

¹⁷⁰ C. VERNIERES, « Preuve de la qualité d'héritier » in *Les sources du droit patrimonial de la famille*, Chapitre 249, M. GRIMALDI (sous. dir), éd. Dalloz action, 2019.

118. L'intention coupable. L'intention et la mauvaise foi sont deux notions assez semblables et certaines décisions éclairent les similarités en termes d'application. L'intention consiste dans « la conscience, pour le prévenu, que ses allégations atteindront autrui dans son honneur ou sa considération »¹⁷¹.

La constatation de l'existence d'imputations diffamatoires visant une personne déterminée est suffisante pour caractériser l'intention coupable.

Il n'est pas nécessaire pour les juridictions de jugement et à plus forte raison pour les juridictions d'instruction, de constater expressément la mauvaise foi de leur auteur¹⁷², et ce, dans la mesure où la conscience de causer un dommage à autrui suffit pour caractériser l'intention.

Toutefois, il est nécessaire de s'apercevoir que la mauvaise foi peut être également perçue comme l'intention malveillante, le fait d'avoir agi sciemment.

119. De plus, alors que la règle générale en droit pénal est que le ministère public doit apporter la preuve de l'intention coupable, la jurisprudence a dégagé le principe selon lequel, en matière de diffamation, la mauvaise foi est « présumée »¹⁷³.

Ce principe est posé par la loi dans le cas spécial d'une imputation qui a été jugée diffamatoire, de sorte que les juges peuvent ainsi faire référence à cette notion de mauvaise foi au moment du prononcé de leur décision.

En conséquence, si la notion de mauvaise foi peut être totalement absente au moment du prononcé, elle pourra être à l'origine de la qualification et seule une qualification *a contrario*, c'est-à-dire en démontrant l'absence de mauvaise foi, influencera les juges dans le prononcé de leur décision.

¹⁷¹ Cass.crim., 3 juin 1975, n°73-93.645, Bull. crim., n° 142, p. 385, D. 1975. 157.

¹⁷² Cass.crim., 24 juin 1920, DP 1920. 1. 48 – Cass.crim., 16 mars 1948, Bull. crim. n°93 – Cass.crim., 3 mai 1972 : *ibid.*, n°151 – Cass.crim., 24 oct. 1972 : *ibid.*, n°303 – Cass.crim., 24 janv. 1973 : *ibid.* n°41 – Cass.crim., 15 oct. 1985 : *ibid.*, n°315 – Cass.crim., 19 nov. 1985 : *ibid.*, n°363 ; RSC 1986. 612, obs. Levasseur – 12 juin 1987, Bull. crim. n°247 - Cass.civ. 2^e, 14 janv. 1998, n° 94- 19.867 P : D. 1999. 134, note Tavieaux- Moro – Cass.civ. 24 févr. 2005, n°02- 19.136 P. – TGI Paris, 9 mars 1998 : Gaz. Pal., 1998. 1. 228.

¹⁷³ L. du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 35 bis « Toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire sera réputée faite de mauvaise foi, sauf preuve contraire par son auteur ».

120. La présomption de mauvaise foi. Il y'a des régimes où la mauvaise foi est érigée en condition pour obtenir réparation ou moduler celle-ci, par exemple, en matière de vice caché, aux termes de l'article 1645 du Code civil, il faut distinguer entre le vendeur qui connaissait les vices, tenu aux dommages et intérêts, et celui qui ne les connaissait pas.

Si certaines décisions jurisprudentielles énoncent que le vendeur occasionnel est considéré comme étant de bonne foi, c'est-à-dire qu'il n'est pas censé connaître les vices de la chose vendue, et de ce fait, n'est pas tenu aux dommages et intérêts¹⁷⁴, *a contrario*, le vendeur de mauvaise foi sera celui qui connaissait effectivement le vice de la chose au moment de la vente¹⁷⁵.

121. L'acquéreur devra ainsi rapporter la preuve de cette mauvaise foi, qui sera chose aisée si le vendeur a certaines connaissances techniques par exemple. Mais encore, est considéré comme étant de mauvaise foi le fabricant de la chose qui n'a pas le droit d'ignorer les défauts de la chose qu'il fabrique¹⁷⁶.

A fortiori, par-delà le fabricant et de façon plus générale, tout vendeur professionnel est considéré comme censé connaître les vices de la chose vendue et est donc assimilé comme tel à un vendeur de mauvaise foi.

Cette présomption de mauvaise foi a pour conséquence de priver ledit vendeur de se dégager de sa responsabilité en invoquant son absence de faute ou l'impossibilité dans laquelle il se trouve de connaître les vices de la chose. Bien au contraire, la preuve de son ignorance ne peut qu'aggraver la situation qui lui est faite, son impéritie ne faisant que l'accabler davantage¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Cass.civ. 1^{re}, 4 févr. 1963, n°57-10.892, Bull. civ. I, n°77 ; JCP 1963. II. 13159, note R. Savatier.

¹⁷⁵ Cass.com., n° 89- 19.546 P – Cass.com.,21 janv. 1992 : CCC 1992. 94, note Leveneur – Cass.civ. 2^e, 30 mars 2000, n°98- 15.286 P : D. 2000. IR 132.

¹⁷⁶ Cass.civ. 3^e 4 juin 1975, Bull. civ. III, n°190, R., p. 61 ; Gaz. Pal., 1975. 2. 857.

¹⁷⁷ Cass.civ. 3^e 16 déc. 2009, n°09-10. 540 P, D. 2010. AJ 207.

122. Bien que présomption, le caractère irréfragable de celle-ci en fait une véritable règle de fond et non une simple règle de preuve. Cette assimilation entre vendeur professionnel et vendeur de mauvaise foi vaut même si l'acheteur est un professionnel, ainsi la qualité de professionnel de celui-ci ne suffit pas à exonérer le vendeur de sa responsabilité¹⁷⁸.

Toutefois, il faut noter que le principe peut connaître une atténuation si l'acheteur est un professionnel de même spécialité que le vendeur, la responsabilité du vendeur sera alors réduite si l'acheteur a commis une faute¹⁷⁹.

En conséquence, le rôle de la mauvaise foi prend ici un tournant assez fondamental dans la mesure où en matière de vice caché la mauvaise foi conditionne l'engagement de la responsabilité dudit vendeur, ou dudit fabricant.

123. Droit de la famille. Par principe, « le mariage doit, pour procurer ses effets, respecter des conditions de formes et de fond, si toutes les conditions de validité ne sont pas réunies celui-ci sera frappé de nullité »¹⁸⁰.

Ainsi, le mariage dont la nullité a été judiciairement déclarée est dépourvu de tout effet, même dans le passé, cependant une exception existe, notamment pour le ou les époux de bonne foi.

En conséquence, l'annulation ne produira d'effet que pour l'avenir, mais les effets antérieurement produits subsisteront¹⁸¹.

124. La doctrine donne ainsi un nom à cette situation : le mariage putatif. Une condition¹⁸² à ce mariage putatif intéresse en l'espèce puisqu'elle conditionne son application. En effet, selon l'article 201 alinéa 1^{er} du code civil « le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi », la bonne foi est donc au centre de l'application de ce

¹⁷⁸ Cass.com., 17 févr.1965, n°61-13.657, D. 1965, jur., p. 353.

¹⁷⁹ Cass.civ, 1^{re} 17 déc.1968, n°67-12.380, *Bull. civ. I*, n° 328.

¹⁸⁰ P. MALAURIE et H. FULCHIRON « *Droit civil. La famille* », 4^e éd., Defrénois, 2011, n° 252.

¹⁸¹ C.civ., art. 201 et 202.

¹⁸² Cass.civ. 1^{re}, 14 juin 1957, D. 1957. 557.

régime, d'autant que cette bonne foi est, par principe, présumée¹⁸³. Cette présomption de bonne foi implique qu'« aucun doute ne subsiste à l'encontre du bénéficiaire sur sa conviction d'être marié¹⁸⁴ ».

125. En présence de mauvaise foi, la jurisprudence a eu l'occasion de refuser le mariage putatif aux concubins ou concubines qui, pressés de se marier, n'attendaient pas, en connaissance de cause, la décision de divorce libérant leur futur conjoint¹⁸⁵.

Nul doute pour affirmer que la présence de mauvaise foi chez un cocontractant pourra et viendra selon les cas altérer le régime et les sanctions applicables aux faits et ce puisque, la présence d'une possible mauvaise foi « semble apparaître comme une sanction à l'égard de l'époux fautif¹⁸⁶ ». Ainsi, là où la bonne foi est érigée en condition, la mauvaise foi sera elle, érigée en sanction.

126. En conclusion. L'étude de la mauvaise foi par les décisions jurisprudentielles et doctrinales démontre que cette notion, en plus d'être floue, est une notion protéiforme, c'est-à-dire qu'en fonction du droit et des principes applicables son implication aura ou non une place importante.

Cette étude aide toutefois à cerner la notion puisqu'il est possible de déduire de celle-ci que la mauvaise foi permet d'identifier la sanction la plus appropriée à l'espèce. Ainsi, la définition de la mauvaise foi oblige d'appréhender l'usage.

Enfin, la mauvaise foi se définit négativement comme l'absence de bonne foi, impliquant une intention malveillante du cocontractant dans son comportement contractuel.

¹⁸³ Cass.civ. 5 nov. 1913, GAJC, 12^e éd., n° 35; DP 1914. 1. 281, note Binet; S. 1920. 1. 370 ; Cass.civ. 1^{re}, 15 janv. 1980, n° 78-15.084.

¹⁸⁴ Cass.civ. 1^{re}, 7 mai 1957, D. 1957. 559. – V. aussi Paris, 17 févr. 1961, D. 1961. Somm. 102. – COMP. DESBOIS, obs. RTD civ. 1958. 229, n° 1.

¹⁸⁵ T. civ. Lyon, 10 nov. 1951, D. 1952. Somm. 27.

¹⁸⁶ M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULIN, « *Mariage : sanctions de l'inobservations des conditions de formation* », éd., Dalloz, Rép.civ., 2019, V° Bonne foi.

SECTION 2. La mauvaise foi dans les règles guidant la profession d'avocat

127. La profession d'avocat est exercée de manière indépendante et à titre personnel, cette dernière peut faire l'objet d'obligation particulière, ainsi, le rôle du serment peut avoir son importance, surtout, quand il sera confronté à la mauvaise foi (§1). De plus, la liberté contractuelle étant la pièce maîtresse du droit des obligations, il est intéressant de confronter son application avec celle de la mauvaise foi et ce, au sein de la profession d'avocat (§2).

§1 - La mauvaise foi et le rôle du serment dans la profession d'avocat

128. Amorce. S'agissant des règles applicables à la profession d'avocat, il est important de les énoncer, car il existe des textes fondamentaux. En effet, le cœur de ces règles se trouve dans la loi du 31 décembre 1971¹⁸⁷ portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ainsi que dans le décret du 27 novembre 1991¹⁸⁸ organisant la profession d'avocat. Il convient d'ajouter à cela le décret du 12 juillet 2005¹⁸⁹ relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat qui consacre les principes essentiels de la profession en définissant les devoirs des avocats envers les clients, envers la partie adverse et enfin, envers les confrères. Enfin, il faut savoir que le dispositif étatique est relayé par des règles d'origines professionnelles : les usages et les règlements intérieurs.

129. S'agissant des règlements intérieurs, il existait un certain désordre comblé par la loi du 31 décembre 1999 qui a donné mission au Conseil National des Barreaux de « veiller à l'harmonisation des règlements intérieurs ». En conséquence le Conseil National des Barreaux a adopté par décision « à caractère normatif¹⁹⁰ » le règlement intérieur harmonisé (RIH) des barreaux de France que chaque Ordre devait alors intégrer dans son propre règlement.

¹⁸⁷ L. n°71- 1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* 5 janv. 1972, p. 131, art. 21- 1 ; mod. par L. n°2014- 1654, 29 déc. 2014, art. 35.

¹⁸⁸ Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, *JORF* 28 novembre 1991.

¹⁸⁹ Décr. n°2005-790, du 12 juill. 2005 relatif aux règles déontologique de la profession d'avocat, *JORF* 16 juillet., p. 11688.

¹⁹⁰ Décision n°1999-001 des 26 et 27 mars 1999.

130. Mais encore, et s'agissant de l'action des règlements intérieurs attachée à la profession d'avocat, la loi du 11 février 2004¹⁹¹, confie une compétence réglementaire au Conseil National des Barreaux et l'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 précise que, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires le Conseil National des Barreaux « unifie par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat ». Dès le 19 et 20 mars 2004 une décision à caractère normatif¹⁹² va instituer le règlement intérieur unifié (RIU).

131. Pour finir, le décret du 15 mai 2007¹⁹³ donne un véritable pouvoir d'unification au Conseil National des Barreaux, ainsi le 12 juillet 2007, ce dernier a élaboré le règlement intérieur national (RIN) qui devient la consécration du RIU et RIH.

L'énumération de cette liste est nécessaire, et ce afin de mesurer la densité des règles guidant la profession d'avocat.

En conséquence, la profession d'avocat est une profession encadrée, tant au niveau législatif que réglementaire, et la violation de ces règles entrainera une sanction disciplinaire.

132. Définition historique du serment. Le serment est une promesse ou une affirmation faite en prenant à témoin la divinité de la sincérité de celui qui affirme ou qui promet ; telle aussi est la définition que Cicéron en donne dans un ouvrage *De Officiis*¹⁹⁴ : « *est enim jusjurandum affirmatio religiosa, quod autem affirmate quasi Deo teste, promiseris, id tenendum est*¹⁹⁵ ».

¹⁹¹ L. n°2004- 130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques, *JORF* 12 févr., p. 2847.

¹⁹² Décision à caractère normatif n°2004-001 du 19 et 20 mars 2004.

¹⁹³ Décr. n°007- 932, 15 mai 2007, *préc.*

¹⁹⁴ CICERON, « *Traité des devoirs : De Officiis, Livre III : Negotium, Otium* », 1560, 29.

¹⁹⁵ « Le serment est une affirmation religieuse, c'est affirmativement à Dieu comme mon témoin, je le promets, qui doit être tenu ».

Les Romains avaient une fidélité inébranlable au serment, à ce sujet Montesquieu¹⁹⁶ énonce que « le serment eut tant de force chez ce peuple que rien ne l'attacha plus aux lois ». Ainsi il est démontré à quel point le serment peut avoir une force obligatoire, imposante et que le parjure est synonyme de honte.

133. Le serment acquiert donc une forme de promesse générale qui pourra être interprété de différente manière au fil des siècles. En somme, le serment est divisé en deux branches, le serment promissoire¹⁹⁷ et affirmatif¹⁹⁸.

En l'espèce seul le serment promissoire intéresse puisqu'il est perçu comme une promesse pour l'avenir, ou par exemple comme une promesse d'exercice. Ainsi, il est une garantie offerte par celui qui se dispose de dire ou de faire quelque chose, qu'il se conformera à la vérité.

En définitive, le serment est l'engagement solennel de remplir au mieux sa mission.

134. Définition générale. Du latin *sacramentum*, serment de *sacraren* rendre sacré. Le serment est une « affirmation solennelle, à l'origine religieuse, orale ou écrite, par laquelle une personne promet (jure) de se comporter d'une certaine manière ¹⁹⁹ ».

135. Le rôle du serment promissoire dans la profession d'avocat. Une partie de la doctrine fonde la profession d'avocat sur trois éléments. De fait, l'avocat est « celui qui, nanti des diplômes exigés par la loi, ayant prêté serment devant la justice, appartient à un barreau, à la discipline duquel il est soumis²⁰⁰ ». Cette définition montre à quel point le serment joue un rôle fondamental dans la profession d'avocat.

¹⁹⁶ MONTESQUIEU, « *De l'Esprit des lois* », Livre VIII, Chap., XIII, 1772.

¹⁹⁷ D. GUÉVEL, 1, Fasc. unique « *Contrat et obligations, preuve par serment* ».

« Le serment-promesse ou engagement du futur qu'il s'agisse d'un futur immédiat et instantané ou d'un futur lointain et durable, (...) qui peut prendre la forme de promesse professionnelle » preuve par serment », Jurisclasseur civ. code, art. 1384 à 1386-1, éd., Lexis 360, 2020.

¹⁹⁸ CARBONNIER, « *Droit civil, Introduction* », coll., Thémis, 27^e éd., 2002, n° 177, p. 353.

« Serment judiciaire, (...) qui est l'affirmation solennelle, par une partie, d'un fait qui lui est favorable »

¹⁹⁹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », *op.cit.*

²⁰⁰ J. HAMELIN et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* » 9^e éd., Dalloz, 2002, n° 1.

En effet ce dernier, au moment de son entrée en fonction, prête serment, ainsi il jure et promet de remplir sa mission en respectant certains principes.

En conséquence, le serment est essentiellement un engagement imposé expressément par la loi à certaines professions afin de garantir l'accomplissement et le respect scrupuleux des devoirs à leur charge.

136. Le serment. Le serment qui a longtemps été du domaine réglementaire est entré en 1982 dans le domaine législatif et figure à l'article 3 de la loi du 31 décembre 1971²⁰¹.

S'agissant des devoirs, le serment d'avocat énonce « Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité²⁰² ».

137. Alors, l'avocat doit respecter ce serment au risque d'être sanctionné. La jurisprudence disciplinaire réprime toute atteinte à l'esprit de la profession dont le fondement juridique est justement le respect dû au serment prêté par les avocats. L'importance attachée au serment est forte puisqu'il arrive que certaines juridictions, pour un manquement relatif à la dignité ou à l'indépendance énonce la formule suivante « l'avocat a méconnu les principes régissant sa profession et les devoirs résultants de son serment²⁰³ ».

138. S'agissant des principes essentiels faisant partie du serment d'avocat, celui-ci énonce plusieurs principes qu'il conviendra de détailler avant de s'intéresser à leurs possibles sanctions.

Au sein de la profession d'avocat, il existe seize principes essentiels et c'est le décret du 12 juillet 2005²⁰⁴ ainsi que le Règlement Intérieur National (RIN)²⁰⁵ qui les énoncent, mais ils peuvent figurer dans la Charte des principes essentiels de l'avocat européen et le Code de déontologie des avocats européen.

²⁰¹ Décr.n°72-468 du 9 juin 1972., art.23.

²⁰² L.n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.3.

²⁰³ CA. Paris, 27 avr. 1988, *Gaz.Pal.*, 12 juill. 1988, 14 note A. Damien.

²⁰⁴ Décr. n°2005-790, 12 juill. 2005, *préc.*, art.3.

²⁰⁵ RIN, art.1.3.

139. Ces principes essentiels « guident le comportement de l’avocat en toutes circonstances »²⁰⁶ et la violation de ces principes donnera lieu à des sanctions disciplinaires²⁰⁷.

S’agissant de ces seize principes, cinq découlent du serment de l’avocat, en outre l’avocat doit, dans cet exercice respecter les principes d’honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération, et de courtoisie²⁰⁸

A l’égard des clients, les principes essentiels imposent à l’avocat de faire preuve de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence.

140. Cependant, l’origine de ces principes émanant du serment provient d’une norme, appelée déontologie.

La déontologie tient une place tout aussi fondamentale dans la mesure où le terme de serment et celui de déontologie s’accordent au sein des professions libérales. La déontologie est synonyme de morale professionnelle, impliquant alors le respect par les membres d’un corps d’un ensemble de règles de conduite, reposant sur une axiologie de la profession.

Le serment lui, comme dit précédemment, implique un engagement solennel jurant de remplir fidèlement les devoirs à la charge de ces professions, notamment celle de l’avocat.

Ainsi, le serment peut apparaître comme l’accomplissement de formalités afin de faire respecter les obligations imposées par la déontologie.

141. Définition de la déontologie. La notion de déontologie est une notion vaste. D’ailleurs un auteur l’a très justement indiqué en énonçant que « comme tout ce qui est peu connu, mal connu, ou méconnu, la déontologie dérange. C’est un ensemble qui paraît flou, difficile à cerner et qui, par conséquent, ne peut être *a priori*, apprécié²⁰⁹ ».

²⁰⁶ Décr. n°2005-790, 12 du juillet 2005, *préc.*, art.1.

²⁰⁷ Décr. n°91-1197 du 27 novembre 1991, *préc.*, art.183, p.15502.

²⁰⁸ Décr.n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art.3.

²⁰⁹ E. TERRIER, « *Déontologie médicale et droit* », *op.cit.*, p. 33.

Ainsi il semble opportun d'essayer de la définir et de retracer son histoire afin de comprendre pourquoi cette notion est une notion fondamentale au sein de la profession d'avocat.

La définition initiale énonce que « la déontologie est le nom barbare que l'on donne à la science dont l'objet est l'étude des règles morales et juridiques qui doivent régir une profession²¹⁰ ».

L'étymologie de ce mot explique le sens que cette notion implique aujourd'hui, *deon* signifie « ce qu'on a le devoir de faire » et *logos* « la raison ».

142. Jérémy Bentham, philosophe anglais fondant la morale sur l'intérêt crée le mot déontologie au début du XIX^e siècle et éclaire son étymologie en énonçant que « le mot déontologie provient de l'association du grec ancien *deon* et *logos*, respectivement devoir et connaissance, en d'autres termes, la connaissance du devoir²¹¹».

En France, la déontologie est perçue comme un « ensemble d'usages professionnels visant à encadrer l'exercice d'une profession, d'une fonction ou d'une responsabilité²¹² ». La déontologie apparaît alors comme la science des devoirs de la profession d'avocat, et cette notion guide l'avocat dans l'accomplissement de ses missions professionnelles.

143. Valeur de la déontologie. La déontologie est initialement une science morale qui, par déduction acquière une valeur morale, pour ainsi dire, non contraignante d'un point de vue normatif. Toutefois, ces usages, cette science morale, devient et est présentée comme un « code » d'exercice, de bonnes conduites du professionnel, elle pèse sur l'avocat tant « d'un point de vue moral, que d'un point de vue institutionnel²¹³ ».

²¹⁰ E. LITTRÉ, « *Dictionnaire de la langue française* », éd., Paris, 1874, V^o Déontologie, p.1062.

²¹¹ J. BENTHAM, « *Déontologie ou science de la morale* », revue, mis en ordre et publié par J. Bowing, traduit sur le manuscrit par B. Laroche, Charpentier, Paris, 1838, éd., François Dagognet, Encre Marine, 2006, p. 32-36.

²¹² J. MORET-BAILLY, « *Essai sur les déontologies en droit positif* », pub., par la Presse universitaire d'Aix en Provence, Thèse, 1996 - 2001, p. 101 à 110.

²¹³ J. MORET-BAILLY, « Chapitre 2 : Qu'est-ce que la déontologie ? », in « *Essai sur les déontologies en droit positif* » *op.cit.*

Mais, cette institutionnalisation n'a pas été automatique. En effet, certains auteurs commencent, dès le XVII^e siècle à réfléchir sur la nécessité de définir les règles. Par exemple, Janet, dans un article de la Revue des Deux mondes du 1^{er} novembre 1874 écrit que « si la morale doit continuer à être déontologique, comme nous le pensons, n'est-il pas évident qu'il faut connaître nos devoirs avant de les pratiquer²¹⁴».

144. Alors, la morale suffisait à définir l'esprit de chaque profession et suffit à enseigner les devoirs à ses membres²¹⁵. Au XIX^e siècle, la déontologie devient alors la science des devoirs professionnels, c'est donc le passage de la notion d'usage à celle de déontologie.

Toutefois, la fracture sociétale marquée par l'explosion antireligieuse de la Révolution qui intervient au XIX^e siècle vient balayer les travaux de la doctrine. En conséquence, les principes essentiels de la profession d'avocat disparaissent dans la faillite de la société.

Cette fracture énonce le début d'un mouvement impliquant le besoin d'écrire ces principes afin de pouvoir les enseigner aux avocats, chose qui sera réalisée par l'avocat Mollot dès la fin du XIX siècle²¹⁶.

En conséquence, les règles déontologiques vont peu à peu s'inscrire dans le droit positif. C'est la loi du 31 décembre 1971 qui fera référence aux règles déontologiques en permettant au pouvoir réglementaire de fixer lesdites règles.

145. La déontologie qui, est née en ayant un caractère moral, s'impose dans la société, et devient petit à petit un droit nouveau. En effet, comme l'indique remarquablement un auteur, « Réduire le sens de la déontologie à la morale reviendrait, en outre, à en élargir notablement son champ d'action. La déontologie professionnelle, pour être efficace, efficiente et utile, a besoin d'être précise²¹⁷ ».

²¹⁴ P. JANET « *La science morale et la philosophie anglaise* », Revue des Deux mondes, t. VI, 1832, première quinzaine, p.6.

²¹⁵ V° infra, §n°457 et s.

²¹⁶ A. MOLLOT, « *Règle de la profession d'avocat (Usages, Lois et Règlements)* », 2^e éd., Durand, 1866, vol., 2.

²¹⁷ E. TERRIER, « *Déontologie médicale et droit* », *op.cit.*, p. 42.

146. L'analyse de cet auteur ne revient pas à supprimer le terme attaché à la morale dans l'interprétation même de la déontologie. Pour ainsi dire, cette analyse vise à affirmer que la déontologie présente un double aspect.

En conséquence, il est nécessaire d'évaluer la déontologie à l'aune du droit positif, et ce afin de pouvoir en délimiter les contours.

147. Le droit positif et la déontologie. La déontologie, devenue un droit professionnel, est une branche du droit positif dont la source peut être la loi ou les décrets. La doctrine, l'interprétation ordinaire, la tradition et la raison deviennent alors une source secondaire de cette notion devenue un droit²¹⁸.

De nos jours, la déontologie est la science morale qui traite les devoirs à remplir.

Le terme de déontologie professionnelle fait référence à l'ensemble des principes et règles éthiques qui gèrent et guident une activité professionnelle. Ces normes sont celles qui déterminent les devoirs minimums exigibles par les professionnels dans l'accomplissement de leur activité.

Dans les devoirs du professionnel, on peut retrouver dans toutes les déontologies des principes communs. Par exemple, le professionnel devra respecter une moralité et une probité, le secret professionnel ou encore l'indépendance professionnelle etc.

148. Principes essentiels du serment. L'avocat est en effet soumis à une discipline rigoureuse, toutefois il faut garder à l'esprit que l'avocat, avant de respecter les règles techniques, doit avant tout respecter des règles éthiques. C'est en ce sens que la déontologie montre le rapport qu'elle entretient avec le serment puisque celle-ci « conduit l'avocat à comprendre que sa profession ne peut susciter la confiance que s'il cultive les vertus de son serment²¹⁹». Pour ainsi dire, les principes essentiels de la profession d'avocat constituent le socle des règles déontologiques auquel l'avocat est asservi.

²¹⁸ A. DAMIEN « *Élément de civilité puérile et l'honnête à l'usage des avocats* » Gaz. Pal., 1985.

²¹⁹ J.-J. TAISNE, « *La déontologie de l'avocat* », 11^{ème} éd., Dalloz, 2019, p.1.

S'agissant de ces principes essentiels, « l'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité dans le respect des termes de son serment.

Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneurs, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie²²⁰ ».

149. Cinq principes essentiels du serment. La dignité « se rapporte à la fois au respect de soi même²²¹ » et au respect que l'on mérite, soit « au respect que l'avocat doit inspirer aux autres par sa noblesse, sa retenue et sa réserve²²² ».

En somme, la dignité entre dans la catégorie de plusieurs principes, soit la dignité dans l'exercice de la profession, la dignité dans les conditions d'exercice, dans les modalités d'exercice, vis-à-vis de toutes personnes, des magistrats, et enfin, dans la vie privée de l'avocat. Ainsi, les faits, même extraprofessionnels de l'avocat doivent être empreint de dignité.

150. S'agissant de la conscience, elle est « la rigueur morale et professionnelle, la reconnaissance de la cause ou des intérêts que l'on défend, la volonté de faire bien son travail²²³ ». En conséquence là où il y'a conscience il y'a vérité, et la vérité pour un avocat est un sujet assez sensible puisque son but premier est la défense de son client, ainsi il doit tout mettre en œuvre pour répondre à son objectif.

En conséquence, plusieurs problématiques se posent, notamment celle de savoir si l'avocat doit une vérité ? Certains auteurs avaient déjà répondu à cette question, par exemple Boucher d'Argis considérait que « son honneur et sa conscience l'engagent à dire la vérité, et à aider la justice dans la décision de son procès [...] C'est pourquoi j'appelle un avocat un homme vertueux et véridique²²⁴ ».

²²⁰ Décr. du 12 juillet 2005, *préc.*, art.3.

²²¹ E. LITTRÉ, « *Le dictionnaire de la langue française* », *op.cit.*, V° Dignité, 1874, p.1163.

²²² H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.437.

²²³ *Ibid.*, p. 444.

²²⁴ A.G. BOUCHER D'ARGIS, « *Règles pour former un avocat* », éd., Durand, 1758, in Maxtor 2015, p.381.

Toutefois, la réponse n'est pas tellement évidente, mais la logique l'emporte.

L'avocat ne peut mentir pour sortir un client d'un mauvais pas, et ce, car « on ne peut obtenir par des moyens illicites un but même considéré comme souhaitable ²²⁵ ». Le devoir de conscience implique ainsi une part de vérité dans la défense de son client.

151. A ce stade, une question se pose. Notamment celle de savoir si l'avocat peut, dans l'intérêt de la défense de son client, ne pas respecter cet usage attaché à la vérité ?

Les auteurs de l'ouvrage qui exposent les règles de la profession d'avocat indiquent, de manière tranchée que, « L'avocat, partenaire de justice, ne peut user de moyens mauvais [le mensonge] mêmes pour une fin estimée bonne [la défense]²²⁶ ».

152. Ainsi, un équilibre entre l'intérêt du client et la vérité dont l'avocat est astreint devra être recherché. S'agissant des magistrats²²⁷, le devoir de conscience impose une certaine vérité de l'avocat à leurs égards.

Autrement dit, « l'avocat ne peut exprimer une opinion erronée alors qu'il connaît la réalité ; il ne peut sous peine de perdre son âme, sa dignité et son honneur, mentir sciemment devant le juge²²⁸ ».

En conséquence, le devoir de conscience dont est investi l'avocat est un devoir impérieux, et ce puisqu'il englobe un bon nombre d'obligations. Malgré la nature même de la mission de l'avocat, ce dernier doit, en vertu du devoir de conscience, être animé par la vérité lorsqu'il défend les intérêts de son client.

²²⁵ A. DAMIEN, « *L'avocat et la vérité* », Gaz. Pal., 1984. 2, 543 – Cass.crim. 25 janv. 1984, n°83- 90.646, Bull. crim. n°33; Gaz. Pal., 1984. 2, 493 ; in DAMIEN, *Les grands arrêts*, 1991, p. 73.

²²⁶ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.446.

²²⁷ V° infra, §n°273 : De la déontologie au respect envers les magistrats.

²²⁸ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.446.

153. S'agissant de l'indépendance, elle « est le fait de jouir d'une entière autonomie à l'égard de quelqu'un ou de quelque chose²²⁹ ». Le principe d'indépendance a d'abord été celui de l'indépendance de la profession pour devenir celui de l'indépendance de l'avocat²³⁰.

Du principe découlent plusieurs branches, l'indépendance est l'état permanent de l'avocat, en somme il est indépendant dans son exercice professionnel, à l'égard de toutes les personnes avec qui il traite.

S'agissant de la probité, elle se définit comme « l'exacte régularité à remplir tous les devoirs de la vie civile, la probité c'est donc l'honnêteté, la droiture et l'intégrité²³¹ »

En conséquence la probité est synonyme de jugement de valeur dans le comportement de l'avocat et cette probité doit être présente au moment de l'inscription au barreau et dans l'exercice de sa profession.

154. S'agissant de l'humanité, elle représente la bonté, « la bienveillance de l'homme pour ses semblables²³² », en somme l'humanité concerne tous les êtres humains, toutefois elle est érigée en principe pour l'avocat.

²²⁹ Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales, (En ligne), URL : www.cnrtl.fr, V° Indépendance.

²³⁰ J.-L. HALPÉRIN, « L'indépendance de l'avocat en France au XIXe et XXe siècle » in « *L'indépendance des avocats, le long chemin d'une liberté* », L.-L. ASSIER-ANDIEU (sous. dir), éd., Dalloz, 2015, p.69.

²³¹ E. LITTRÉ, « *Le dictionnaire de la langue française* », *op.cit.*, V° Probité, p.1329.

²³² *Ibid.*, V° Humanité, p.2063.

155. Ainsi il question ici d'évaluer l'impact du serment promissoire ou professionnel en cas de confrontation avec la mauvaise foi et ce, car l'application des principes généraux influence la conduite de l'avocat et pourraient avoir des conséquences quant à l'exercice de sa profession.

L'avocat ne peut avoir un comportement indigne, déloyal ou contraire à son éthique, qui contreviendrait ainsi aux règles déontologiques.

156. La confrontation avec la mauvaise foi. Tout manquement, même extraprofessionnel, donne lieu à une sanction, à ce titre c'est la faute déontologique qui donne lieu à une sanction disciplinaire.

Cette analyse semble logique. En effet, la discipline et la déontologie semblent être deux notions étroitement liées. Cette liaison s'analyse notamment à l'aune de l'étymologie des termes de sorte que « le retour à la référence étymologique amène à définir la déontologie comme seule science des devoirs, ceux-ci devenant professionnels, lorsque l'objet de l'étude est une déontologie professionnelle²³³ ».

157. La déontologie est donc, de manière indéniable, rattachée à la discipline d'une profession de sorte que la faute déontologie engendrera, par nature, une sanction disciplinaire prévue par les règles guidant ladite profession.

Les avocats sont alors justiciables du conseil de discipline en raison de leurs activités juridiques et judiciaires, mais également du fait de leur vie privée.

En somme, enfreindre les règles de déontologie, c'est-à-dire ne pas respecter les obligations imposées par le serment, expose le professionnel à des sanctions de l'ordre judiciaire, mais aussi à des sanctions disciplinaires qui sont prononcées par ses pairs par le biais de la procédure disciplinaire.

²³³ E. TERRIER, « *Déontologie médicale et droit* », *op.cit.*, p. 42.

158. L'avocat étant un défenseur des droits et libertés des personnes, ce dernier ne doit pas négliger son éthique professionnelle. Certaines décisions montrent que la mauvaise foi peut être présente dans plusieurs types de comportements, par exemple, une décision de la Cour d'appel de Bordeaux incrimine « l'indifférence²³⁴ » dans l'attitude d'un avocat à l'égard de son client, et ce, comme motif de sanction disciplinaire.

Mais encore, la liberté d'expression conférée à l'avocat « ne lui permet pas de tenir des propos marqués par une animosité envers un confrère ou un magistrat²³⁵ ». Ou encore, certaines incompatibilités professionnelles étant fixées²³⁶, il peut arriver que l'avocat de mauvaise foi enfreigne ces règles.

Nombreux sont les exemples démontrant une attitude contraire aux normes déontologiques, reste à savoir si ces manquements sont guidés par une quelconque mauvaise foi, impliquant alors une certaine intention malveillante ou un comportement tout à fait déloyal envers un client, un confrère ou encore envers d'autres corps du métier judiciaires.

159. La mauvaise foi pourra être une circonstance pouvant aggraver la sanction disciplinaire puisqu'en prêtant serment l'avocat jure d'exercer en respectant scrupuleusement certaines règles. Par voie de conséquence, la violation intentionnelle de ces règles peut être synonyme de comportement déloyal envers lesdites règles.

La mauvaise foi est une circonstance aggravante dans la mesure où « l'intention frauduleuse n'est pas requise²³⁷ », puisqu'une négligence caractérisée peut suffire. La mauvaise foi peut alors être synonyme de négligence professionnelle.

²³⁴ Cass.civ. 1re, 11 juill. 1983, n°83- 11.591, Bull. civ. I, n°201; JCP 1983. IV. 305 ; Gaz. Pal., 1984. 1. Pan., 2 ; Gaz. Pal., 1984. 1. 52.

²³⁵ Cass.civ., 1^{re}, 4 mai 2012, n°11-30.193, Bull. civ. I, n°96; D. actualité 23 mai 2012, obs. M. Khébir; JCP 2012. Actu. 598, obs. G. Deharo; JCP 2012. 759, note M. Attal; Gaz. Pal., 24- 26 juin 2012, p. 21, obs. B. de Belval et J. Villacèque; D. 2012. 1275; D. 2013. 136, obs. Th. Wickers.

²³⁶ Décr. du 27 novembre 1991, *préc.*, art.111.

²³⁷ J.-J. TAISNE, « Chapitre 4 : Les risques », in « *Avocat* », éd., Dalloz, Rép. pr. civ., 2021, V° La faute disciplinaire.

En somme constituent des fautes disciplinaires, « tout fait portant atteinte à la dignité, l'honneur, la probité ou la délicatesse²³⁸ ».

160. Illustrations. Par exemple sera une faute déontologique, « l'avocat qui présente une requête conjointe en divorce alors qu'il est l'amant de la femme²³⁹ ». Ici, les juridictions se fondent sur un manquement à la délicatesse portant atteinte à l'honneur et à la dignité de la profession. La mauvaise foi est donc particulièrement notable dans cette affaire.

Ou encore, une radiation avait été prononcée à l'encontre d'un avocat qui avait porté une accusation dont le caractère mal fondé ressortait des pièces, une telle attitude a pu être considérée comme un « manquement grave à l'honneur professionnel²⁴⁰ ».

Tout en sachant que les immunités de l'article 49 de la loi de 1881²⁴¹ ne s'appliquent pas en matière disciplinaire²⁴², l'avocat sera sanctionné pour invocation d'un faux motif concernant une demande de renvoi, qualifié alors d'outrage envers les magistrats ou les fonctionnaires de justice²⁴³.

161. Ainsi, force est de constater que la stratégie procédurale peut être sanctionnée et que le devoir de vérité découlant du devoir de conscience est scrupuleusement observé par les juges, ce qui est synonyme de mauvaise foi dans le bon déroulement du procès.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Cass.civ., 1^{re} 17 juill. 1996, n°94-11.450, D. 1996. 206.

²⁴⁰ Cons. Ordre de Paris 4 nov.1924, NP, cité in J. Lemaire, « *Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris* », 4^e éd., LGDJ, 1975, n°332.

²⁴¹ L. du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

²⁴² Cass.civ., 1^{re} 16 déc.2003, n°03-13.333, note Beignier ; JCP 2004. I. 117, n°28, obs. Martin

²⁴³ Cass.civ., 1^{re} 11 mai 1976, Gaz. Pal., 1976. 2. Somm. 186. – CA. Limoges, 11 juill. 1979, Gaz. Pal., 1979.

Mais encore, s'agissant de ce devoir de conscience, l'usurpation par un avocat du titre de professeur agrégé des facultés de droit à l'occasion de l'établissement d'une consultation juridique²⁴⁴ est sanctionnée pour manquement aux règles déontologiques.

162. La mauvaise foi tient un rôle important dans la caractérisation d'un manquement déontologique, en effet le respect de la promesse donnée est marqué par une histoire amenant à l'avocat à respecter scrupuleusement les fondements de son serment, ainsi, la présence d'un comportement déloyal dans les règles guidant cette profession montre que les instances disciplinaires accueillent cette mauvaise foi en manquement déontologique, pour non-respect de tel ou tel principe.

En conséquence, long a été le moment pour codifier les règles déontologiques et ce mouvement de codification a amené toute une série de règle et de principe guidant la profession d'avocat.

Le serment promissoire tient donc une place importante dans cette profession puisqu'il fait jurer à l'avocat de remplir sa mission en respectant certains principes essentiels.

Cette profession étant marquée par une grande autonomie, les devoirs n'ont cessé de prendre une place fondamentale, la mauvaise foi dans l'exercice de cette profession est donc sanctionnée lourdement.

²⁴⁴ CA, Paris, 24 nov. 1993, D. 1995.Somm. 164.

163. Principe. La liberté contractuelle est une notion importante en droit des contrats, elle représente une notion née du principe de droit dit de l'autonomie de la volonté. De ce principe découle l'idée selon laquelle, les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, il est intéressant de citer que « la volonté humaine est en elle-même sa propre loi, créatrice de sa propre obligation²⁴⁵ ».

La liberté contractuelle est aujourd'hui codifiée dans le Code civil qui dispose en son article 1102 que « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.²⁴⁶ »

164. La mauvaise foi étant une notion pouvant décrire un comportement déloyal, malveillant, il peut arriver que la liberté contractuelle conduise à provoquer, indirectement, une situation litigieuse.

Dans les professions libérales, notamment juridique, le caractère libéral autrement dit, l'indépendance de la profession qui est l'une des valeurs de celle-ci, peut être synonyme de liberté quant à la gestion de nombreuses missions ou formalités, c'est ainsi que la confrontation des deux notions peut être intéressante.

Cependant, là où certaines règles déontologiques peuvent s'avérer souples, elles peuvent aussi venir freiner l'exercice de cette liberté contractuelle. En somme, cela dépend de l'activité et des missions propres à la profession.

²⁴⁵ J. CARBONNIER, « *Droit civil* », éd., PUF, coll., Quadrige, 2004, p. 1945.

²⁴⁶ C.civ., art. 1102.

165. L'expression de la liberté contractuelle. « Une profession libérale désigne toute profession exercée sur la base de qualifications appropriées, à titre personnel, sous sa propre responsabilité, de façon professionnellement indépendante répondant à un intérêt général ²⁴⁷ ».

Cette qualification d'indépendance n'est pas tout à fait similaire à la prestation de serment étudiée précédemment, cependant un lien peut être effectué, et ce, car le propre de la profession l'impose. En effet, le fait d'exercer à titre personnel impose une certaine rigueur, ce qui est compensé par une certaine liberté.

Ainsi pour assurer son indépendance et sa liberté, l'avocat est obligé de s'imposer un certain nombre de règles afin de conserver sa crédibilité. Crédibilité qui lui permet de garder une activité stable en éloignant tout soupçon de malhonnêteté, ou comportement jugé de mauvaise foi.

166. La liberté au sein de la profession d'avocat est en conséquence une liberté hypothétique dans la mesure où les règles déontologiques viennent imposer des impérieuses obligations. Cela étant dit, les comportements déloyaux face aux libertés accordées à la profession sont présents. Les nombreux devoirs qui incombent à l'avocat démontrent qu'il est lié par une solidarité de l'honneur et que la faute d'un seul porte atteinte à tous les autres. Mais qui dit devoir, dit responsabilité.

C'est ici que la faute guidée par un soupçon de mauvaise foi doit être évaluée à l'aune de la liberté qu'il entretient dans la réalisation de son activité professionnelle.

En effet, sa déontologie lui impose un certain nombre de règles guidées par le serment qu'il prête.

²⁴⁷ dir., européenne n°2005/36/CE, 43 relatives à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

167. S'agissant de ce serment, les principes essentiels figurent de longue date pour partie d'entre-deux dans le serment de l'avocat désormais inscrit dans la loi et prévu en ces termes « je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité, et humanité ²⁴⁸».

La liberté que suppose la fonction d'avocat est garantie par des instruments contraignants de sorte que la profession est régulée par des règles disciplinaires. Toutefois, certains principes de la profession d'avocat comme l'indépendance, par exemple, peuvent démontrer qu'une certaine autonomie est présente, et ce, par son statut, et par l'accomplissement de ces missions.

168. Indépendance professionnelle de l'avocat. L'indépendance est un principe à valeur législative, en effet « la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante²⁴⁹ », cela montre son importance particulière. L'article 2.1.1 du RIN dispose que « la multiplicité des devoirs incombant à l'avocat lui impose une indépendance absolue, exempte de toute pression, notamment de celle résultant de ses propres intérêts ou d'influence extérieurs [...] . L'avocat doit donc éviter toute atteinte à son indépendance et veiller à ne pas négliger le respect déontologique pour plaire à son client, au juge ou à des tiers ²⁵⁰».

Le principe d'indépendance est également une vertu à valeur individuelle dans la mesure où l'avocat est tenu de conserver sa liberté de pensée et d'action, de sorte qu'elle permet aussi à l'avocat d'accepter ou de refuser une cause ou l'ayant acceptée, de l'abandonner sous la seule réserve des précautions qu'impose la sauvegarde des intérêts du client.

En conséquence cette indépendance peut avoir des déclinaisons et peut parfois impliquer une certaine liberté.

²⁴⁸ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.3 - Décr.n°2005-790 du 12 juillet 2005 relatifs aux règles déontologiques de la profession d'avocat, *préc.*, art.3 - RIN art.1.3.

²⁴⁹ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, - RIN, art.1.1.

²⁵⁰ RIN, art.2.1.1.

La charte des principes essentiels de l'avocat l'indique et le rappelle souvent, par exemple, cette dernière prévoit que « l'avocat doit être libre, politiquement, économiquement et intellectuellement, dans l'exercice de sa mission de conseil et de représentant du client [...] l'avocat doit aussi rester indépendant par rapport à son client [...] en effet sans l'indépendance vis-à-vis du client, il ne peut y avoir de garantie de qualité de travail de l'avocat. ²⁵¹».

169. S'agissant de son exercice professionnel, ce principe d'indépendance est applicable en toutes circonstances, c'est à dire, envers toutes les personnes en relation avec l'avocat.

Ainsi, l'avocat a le devoir de demeurer indépendant à l'égard de tous et notamment à l'égard de son client.

Concernant son client, l'avocat doit pouvoir refuser ou rendre un dossier si, en conscience, il estime devoir le faire pour ne pas occasionner de préjudice.

En conséquence, certaines illustrations expliquent comment l'avocat peut manquer à ce devoir d'indépendance, précision faite qu'un comportement de mauvaise foi est notable.

170. Ainsi, « manque à son devoir d'indépendance, l'avocat qui accepte de servir d'intermédiaire à son client, escroc notoire, dont il était devenu l'ami depuis plusieurs années pour blanchir des produits d'escroqueries au moyen de faux acte de vente²⁵², ou celui qui « au préjudice de son client, avait acquis, par l'intermédiaire d'une société anonyme dont il était actionnaire majoritaire et mandataire social, le contrôle de sociétés de son client pour un euro symbolique²⁵³ ».

²⁵¹ Charte des principes essentiels de l'avocat européen : *Principe (a)* – l'indépendance et la liberté d'assurer la défense et le conseil de son client.

²⁵² CA. Colmar, 1^{re} juill. 2015, RG n° 14/04.926 ; Gaz. Pal., 2015, p.17 note D.Landry et J.Villacèque.

²⁵³ CA. Riom, 27 févr. 1974, Gaz.Pal., 1974. 1, 374.

171. Cette indépendance, qui peut permettre à l’avocat d’acquérir une certaine liberté dans la gestion de son exercice, n’est pas absolue dans la mesure où cette indépendance ne doit pas conduire l’avocat à agir avec excès, ou encore, à agir avec mauvaise foi. Toutefois, cette liberté peut amener l’avocat à critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement de tel ou tel magistrat, cette liberté d’expression n’est pas absolue et ne s’étend pas aux propos véhéments dirigés contre un juge mettant en cause son éthique professionnelle.

A ce titre, une Cour d’appel a pu déduire que certains propos dirigés contre un juge « caractérisaient un manquement aux principes de délicatesse et de modération qui s’appliquent à l’avocat en toutes circonstances »²⁵⁴.

En conséquence, s’agissant du devoir d’indépendance, il peut être perçu comme une certaine liberté, une liberté de choix, une liberté dans l’exécution de la plaidoirie, sans lien de subordination vis-à-vis de personne physique ou morale. Ce dernier est donc indépendant à l’égard des auxiliaires de justice ainsi qu’à l’égard de toutes autres personnes.

172. Honoraires et managements des fonds. S’agissant du rapport de l’argent avec l’avocat, Camus écrivait que « l’exercice de la profession d’avocat doit mener à l’honneur et non à la fortune, il méprise les professions lucratives, la plupart moins pénibles et moins laborieuses, pour se dévouer à des fonctions qui ne promettent que de l’honneur à ceux qui les exercent avec succès²⁵⁵ ».

Ainsi, ce rapport particulier qu’entretient l’avocat avec l’argent a été érigé en dogme, faisant ainsi partie des principes essentiels dans l’exercice des fonctions.

A ce titre, la notion de désintéressement a pour définition « le détachement de tout intérêt propre²⁵⁶ ».

²⁵⁴ Cass.civ, 1^{re} 10 sept. 2015, n° 14-21.208 ; D. avocats 2015. 339, note L. Dargent.

²⁵⁵ M.CAMUS « *Lettres sur la profession d’avocat* », 4^e éd., A. DUPIN, Warea, Oncle, 1818.

²⁵⁶ E. LITTRÉ, « *Dictionnaire de la langue française* », *op.cit.*, V° Désintéressement p.1105.

173. De ce principe découle la place des honoraires, notamment, « le désintéressement tient à la nécessité d'oublier sans cesse pendant la durée de l'affaire son intérêt personnel [...] tout en considérant que l'avocat quand il se souviendra aux termes de ses efforts qu'il peut espérer une rémunération [...]»²⁵⁷ ». Ce dernier est donc applicable en matière de rétrocessions d'honoraires.

Toutefois, ce principe a évolué. L'inertie de l'avocat face à ses honoraires a changé malgré que celui-ci reste plus ou moins le même. En somme, l'honoraire est devenue une exigence impérieuse au vu des charges que peuvent supporter les cabinets²⁵⁸.

En conséquence, les mutations de la profession amènent les valeurs éthiques à être repensées. Au fil des siècles, les principes guidant la profession sont venus s'estomper ou se renforcer.

174. De nos jours. En effet, « le droit à l'honoraire fut reconnu comme un droit pour l'avocat depuis un arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris en date du 3 juin 1899²⁵⁹ », et ce droit n'a cessé d'évoluer puisqu'aujourd'hui il figure dans les textes régissant la profession.

Toutefois, l'avocat doit faire preuve d'humanité et de conscience professionnelle quant aux modalités de fixations desdits honoraires qui ne sont plus « le don spontané de la reconnaissance du client²⁶⁰ ».

²⁵⁷ G. DUCHAINE et E. PICARD, « *Manuel pratique de la profession d'avocat* », éd., Claassen, 1896, p.289.

²⁵⁸ Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales, (En ligne), URL : www.cnrtl.fr, V° Désintéressement.

²⁵⁹ F. PAYEN et G. DUVEAU, « *Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris* », 3^e éd., 1929, n°439 s. p. 382 s.

²⁶⁰ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », op.cit., p. 67.

Cette fixation est un sujet lié au client et à l'avocat, l'article 10 alinéa 1^{er} de la loi du 31 décembre 1971 dispose que « les honoraires de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie sont fixés en accord avec le client ²⁶¹», la rémunération de la postulation et des actes de procédure demeure, elle, tarifée proportionnellement à l'intérêt du litige.

175. L'expression de la liberté contractuelle. L'article 10 alinéa 1 de la loi de 1971 instaure un principe de liberté de modalité de fixation des honoraires, c'est en ce sens que la liberté contractuelle s'affirme et s'exprime s'agissant de l'honorariat. Les honoraires sont alors librement fixés en accord avec le client et sans que l'avocat ne soit tenu par un barème.

La loi du 6 août 2015²⁶² rappelle le principe d'obligation de convention d'honoraires timidement énoncée au sein de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971²⁶³, cependant elle ne précise pas la sanction en cas de manquement.

176. Toutefois, en cas de désaccord entre les parties, le juge se réservera le droit de fixer les honoraires litigieux²⁶⁴, quoiqu'il en advienne, le juge peut alors venir modérer les engagements contractuels excessifs ou disproportionnés, comme le prévoit le droit commun au sein de l'article 1165 du Code civil qui dispose en son alinéa 2 « [...]En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat.²⁶⁵ ».

²⁶¹ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.10.

²⁶² L. n°2015-990, 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF*, 7 août, 2016, art.51.

²⁶³ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.10.

²⁶⁴ CA. Paris. 1^{re} 29 mars 1990 « En l'absence de convention, il est de principe que les honoraires de l'avocat doivent représenter la rémunération d'un service rendu, en tenant compte de la difficulté de l'affaire, du temps passé à son étude, des diligences intellectuelles et matérielles qui ont été nécessaires, ainsi que du résultat obtenu Il peut être également tenu compte de la notoriété de l'avocat, de la structure de son cabinet et de la situation personnelle des clients. ».

²⁶⁵ C.civ., art.1165. al.2.

177. La liberté contractuelle reste présente, toutefois il est nécessaire de la conditionner à cette convention afin que l’avocat puisse librement de fixer ses honoraires, tout en gardant à l’esprit une certaine loyauté dans cet exercice.

L’avocat est tenu d’une « obligation générale d’information précontractuelle ²⁶⁶», en effet, il doit détailler les modalités de détermination de sa rémunération, et les évolutions possibles de celle-ci. Bien évidemment, cette information doit être assez

claire, compréhensible et loyale pour le client, *a contrario*, la convention pourra être déclarée nulle pour vice de consentement.

Le manquement à ce devoir d’information est donc sanctionné par la réduction des honoraires.

178. Expression de la mauvaise foi. Un adage célèbre énonce « aux hommes de mauvaise foi, point d’indulgence », autrement dit, la mauvaise foi peut être synonyme d’abus de droit dans la mesure où la liberté contractuelle ne peut justifier un tel comportement.

Prenons pour exemple, la fixation des honoraires, en effet une décision rendue le 3 mars 1998 déclare que l’article 10 de la loi du 31 décembre 1971²⁶⁷ « ne saurait faire obstacle au pouvoir des tribunaux de réduire les honoraires convenus initialement entre l’avocat et son client lorsque ceux-ci apparaissent exagérés au regard du service rendu ²⁶⁸».

Alors, l’exagération manifeste dans la fixation des honoraires est contrôlée par le juge qui se réserve le droit de prononcer une sanction disciplinaire ou de réviser le montant initialement prévu.

²⁶⁶ Cass.civ. 1^{re} 18 juill. 2000, n°97-14.713 P : D. 2002. Somm. 854, obs. Blanchard, JCP 2000. II. 10417, note R. Martin ; RTD civ 2000, 828, obs. Mestre et Fages.

²⁶⁷ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.10.

²⁶⁸ Cass.civ. 1^{re} 3 mars 1998, n°95-15.799, P : R., p. 294 ; D. Affaires 1998. 576, obs. V. A.- R. (1^{re} esp.) ; JCP 1998. II. 10115, note Sainte- Rose ; Defrénois 1998. 734, obs. Aubert – Cass.com., 7 juill. 1998, n°96- 10.387 P : D. Affaires 1998. 1587, obs. V. A.- R. ; CCC 1998, n°159, note Leveneur (convention d’honoraires complétant une aide juridique partielle) – Cass.civ. 2^e, 18 déc. 2003 : D. 2004. IR 394.

La mauvaise foi est également observée quand l'avocat subordonne l'exercice de sa mission au paiement des honoraires²⁶⁹.

179. La profession d'avocat est une profession qui, comme dit précédemment, est marquée par une grande indépendance, et surtout une liberté dans l'exercice de sa plaidoirie, en conséquence, cet élan de liberté peut amener l'avocat, dans la réalisation de sa mission, à commettre des manquements, comme en l'espèce, intentionnel, qui, de ce fait, peuvent être empreints de mauvaise foi.

Ainsi, a pu être sanctionné pour « manquement à la délicatesse qui s'impose à un avocat qui prend connaissance et produit au cours d'une instance l'opposant à deux de ses collaboratrices libérales des messages qui figuraient sur leurs messageries personnelles et qui, par suite, quel qu'en ait été le contenu, étaient couverts par le secret des correspondances²⁷⁰ ».

Le devoir de loyauté, imposé à l'avocat, prend tout son sens notamment quand il s'agit de manquement pour mauvaise foi. En effet, la loyauté est « la fidélité manifestée par la conduite aux engagements pris, au respect des règles de l'honneur et de la probité²⁷¹ ». La loyauté est donc assimilée à la bonne foi.

180. En conséquence, commet une faute de nature disciplinaire un avocat « qui avait constitué une société dont il était le dirigeant, avec des proches parents, laquelle détenait une participation dans une autre société qu'il avait recommandée à son client pour réaliser une opération de lotissement sans révéler à ce dernier qu'il était personnellement intéressé à l'affaire interposée, « trompant ainsi la confiance placée en lui ²⁷²».

²⁶⁹ CE, 12 mars 2007, n° 290888, Gaz. Pal. 24 mai 2007, p. 14, obs. Y. Aguila.

²⁷⁰ Cass.civ. 1^{re} 15 mars. 2016, n°15-14.557, D. 2017. 81 obs. Th Wickers; Gaz. Pal., 18 oct. 2016, p. 26 obs. D. Landry et J. Villacèque; D. 2016. 722 – MÊME SENS : Décision du Bâtonnier de Paris, 28 nov. 2012, n°721- 229159 – CA. Paris 31 mai 2011, RG n°10/ 19142.

²⁷¹ Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales, (En ligne), URL : www.cnrtl.fr, V° Loyauté.

²⁷² Cass.civ.1^{re} 6 déc. 2007, n°05-18.795. Bull. civ. I, n°77; RTD civ. 2008. 431, obs. Ph. Jacques; JCP 2008. I. 123, obs. R. Martin; JCP 2008. I. 140, obs. S. Bortoluzzi ; Bull. Joly 2008. 464, obs. M. Menjucq.

En somme, si certains principes essentiels nécessitent une certaine liberté d'exercice, il n'en reste pas moins que l'avocat doit faire preuve de bonne foi dans l'exercice de sa profession.

181. La valeur de l'honneur. La valeur de l'honneur peut être perçue au-delà de l'étude attachée à sa définition même. A ce titre, un auteur indique que « l'honneur de l'homme ne dépend pas de sa propre conviction intérieure, mais du jugement de ses semblables ou, pour mieux dire, son honneur se reflète dans l'attitude que les auteurs adoptent envers lui [...]»²⁷³.

Alors, tout comme les principes énoncés précédemment, l'honneur fait partie des règles essentielles inhérentes à la profession d'avocat de sorte que de la fonction même de l'avocat découle le principe d'honneur. En conséquence, ce principe joue ici une place importante et il est important de confronter cette notion avec la mauvaise foi. Son importance vient du fait que ce principe est en lien avec l'ensemble des principes essentiels.

L'honneur que l'avocat doit respecter est défini comme « le vif sentiment de sa propre dignité qui anime un individu et qui le pousse à agir de manière à conserver l'estime des autres ainsi que les principes moraux qui sont à la base de ce sentiment »²⁷⁴. Ce principe exige des devoirs et des règles.

182. En définitive, le manquement à l'honneur est toujours caractérisé en sus d'un autre manquement à un principe essentiel ou une règle déontologique ; dont la gravité justifie qu'on le qualifie de manquement audit principe.

Par exemple, le refus délibéré d'un avocat d'exécuter une décision de justice définitive prononcée à son encontre notamment en s'opposant à toute saisie en déclarant que le bureau et le matériel de son cabinet d'avocat lui étaient loués par un confrère et qu'il habitait chez une amie constitue à lui seul un manquement caractérisé à l'honneur et à la profession d'avocat²⁷⁵.

²⁷³ B. BEIGNIER, « *L'honneur et le droit* », *op.cit.*, p.23.

²⁷⁴ E. LITTRÉ, « *Le dictionnaire de la française* », *op.cit.*, V° Honneur.

²⁷⁵ CA. Paris, 22 sept. 1993. D.1995. 165, obs.A. Brunois.

183. Ce principe essentiel s'applique également à la vie privée de l'avocat, alors le fait que l'avocat vole des bouteilles de « spiritueux » dans un supermarché²⁷⁶ est sanctionné au titre du non-respect de l'honneur, ou encore, sera condamné un avocat pour corruption d'employés et complicité de tentative de faux, nonobstant l'intervention d'une loi d'amnistie²⁷⁷.

En conséquence, les obligations de l'avocat ont une origine à la fois contractuelle, légale et prétorienne.

En somme, la déontologie de la profession d'avocat est une déontologie spécifique dans la mesure où c'est une déontologie historique et ancienne.

De plus, cette déontologie oblige l'avocat à agir de manière loyale, en respectant les nombreux principes s'imposant à lui, et ce dans le prolongement de son éthique qui s'avère être une éthique professionnelle forte.

En conclusion, la liberté contractuelle est un principe matriciel en droit des obligations et conditionne les rapports contractuels. Cependant, cette liberté doit être exercée de bonne foi.

184. S'agissant de la profession d'avocat, la liberté contractuelle se manifeste par certains principes, comme celui de l'indépendance, de la libre fixation des honoraires, ou plus généralement de l'exercice de ses missions.

Toutefois, cette liberté peut paraître hypothétique dans la mesure où l'avocat est soumis à d'impérieuses obligations. C'est ici que la valeur de la liberté contractuelle prend tout son sens.

²⁷⁶ Cass.civ. 1^{re} 12 avr. 1983, n°82-12.517, Bull. civ. I, n°114; Gaz. Pal., 1983. 2. 436, note A. Damien ; in DAMIEN, Les grands arrêts, 1991, p. 139 – RAPP. : Aix- en- Provence, 12 août 1985 ; D. 1987. 106, note A. Brunois.

²⁷⁷ CA. Paris, 22 janv. 1992, D. 1994. 135.

185. En effet, la frontière entre la liberté et la faute déontologique est proche dans la mesure où l'avocat ne se cantonne par forcément à ses missions, de fait, la stratégie procédurale peut être perçue comme un comportement déloyal ce qui peut amener à penser que cette liberté serait cantonnée strictement à la lettre des textes.

Cependant, il arrive qu'un avocat commette une faute intentionnelle et malveillante à l'égard d'un tiers, d'un client, ou d'un professionnel faisant partie du corps judiciaire. Là encore, une sanction déontologique sera nécessaire puisque le respect du serment est essentiel.

186. La mauvaise foi de l'avocat peut donc être présente dans l'exercice de sa liberté, ce qui apparaît comme le non-respect d'un ou des principes essentiels présent au sein du serment ou des règles déontologiques dans leur ensemble. En conséquence, mauvaise foi et règles déontologiques peuvent être intensément liées, notamment quand il est question de sanction.

CONCLUSION DE CHAPITRE

187. La définition de la notion de mauvaise foi est incomplète voir désuète, ainsi, c'est une notion qui s'analyse en fonction de plusieurs autres notions, notamment à travers la bonne foi. La mauvaise foi peut être perçue comme la négation de la bonne foi, l'aspect négatif prime dans la mesure où elle n'est pas définie.

L'apparition de la notion est intervenue lorsque les individus ont commencé à présenter des comportements malhonnêtes et par conséquent, contraire à la bonne foi. La mauvaise foi serait donc la sanction de la violation de la bonne foi.

Toutefois, l'étude des éléments doctrinaux, ainsi que les décisions de jurisprudence démontrent que la mauvaise foi peut également appuyer et influencer la décision d'un juge, ou encore, elle peut être érigée en principe dans la mesure où elle apparaît dans certains textes.

188. La mauvaise foi est donc une notion tantôt générale puisqu'elle peut refléter un référentiel, tantôt subjective, c'est-à-dire en fonction du comportement de la personne objet du litige.

Au sein de la profession d'avocat, la mauvaise foi présente plusieurs spécificités. En effet, la profession d'avocat est guidée par des règles professionnelles, notamment par une déontologie ainsi que par un serment promissoire.

L'exercice de la profession d'avocat est nécessairement libéral et présente certains caractères, attiré à la liberté contractuelle, de sorte que la frontière entre cette liberté et un comportement jugé de mauvaise foi peut être étroite. C'est donc ici que le rôle de la déontologie prend tout son sens.

En effet, le serment que prête l'avocat au moment de son entrée en fonction énonce des principes essentiels fondamentaux qui, eux aussi, guident la ligne de conduite de l'avocat.

L'étude de la notion de mauvaise foi au sein de la profession d'avocat implique nécessairement la référence aux caractéristiques de ce serment.

CHAPITRE 2. L'importance effective de la mauvaise foi dans les obligations professionnelles de l'avocat

189. L'avocat est soumis à une éthique professionnelle omniprésente qui nécessite de s'intéresser à la manifestation de la mauvaise foi dans les relations qu'il entretient, premièrement, avec son client (Section 1), pour ensuite étudier celles qu'il entretient avec les tiers (Section 2).

SECTION 1. La manifestation de la mauvaise foi dans les relations entre l'avocat et son client

190. Outre celles qui viennent d'être étudiées, l'avocat est tenu par des obligations envers son client qui sont notamment édictées par les articles du décret du 12 juillet 2005²⁷⁸. En conséquence, la manifestation de la mauvaise foi dans ce genre de relation nécessite d'étudier la notion d'intérêt du client (§1), et celle de loyauté (§2).

§1 - La notion d'intérêt du client à l'aune de la mauvaise foi de l'avocat

191. Amorce. La déontologie des avocats forme aujourd'hui un « mille-feuille » de sources, de règles très nombreuses et très complexes. Parmi les principes généraux essentiels de l'avocat, il existe des principes spécifiques qui s'imposent à l'avocat envers son client. L'avocat doit faire preuve de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence, auquel s'ajoutent des règles déontologiques comme le devoir de conseil et d'information envers son client.

A fortiori, la notion d'intérêt du client prend une place importante dans la mesure où cet intérêt prime au sein de la relation qu'il entretient avec son avocat.

²⁷⁸ Décr. n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*

192. Les règles professionnelles que doit respecter l’avocat à l’égard de son client sont érigées en principes essentiels, de sorte que si le comportement de l’avocat est empreint par une quelconque mauvaise foi, les relations pourront prendre un certain tournant litigieux.

En conséquence, nombreux sont les devoirs et principes qui s’imposent à l’avocat face à son client et de fait, nombreux sont les contentieux pour non-respect de ces devoirs et principes.

Explications des quatre principes essentiels à l’égard du client. Initialement, l’avocat développe une relation de confiance avec son client, c’est en ce sens qu’il fait preuve de compétence, dévouement, diligence et prudence²⁷⁹.

193. Devoir de compétence. La compétence est, d’une manière générale, « [...] la connaissance approfondie et reconnue qui confère à une personne le droit de juger ou de décider en certaines matières²⁸⁰ ». Concernant la profession d’avocat, « la compétence concerne l’habileté dans l’exercice de sa science dont il fait preuve à l’égard des clients ²⁸¹».

En somme, la compétence oblige l’avocat à réaliser des formations continues afin d’assurer la suffisance des connaissances, qu’il acquiert, et d’en converser un certain perfectionnement.

Le devoir de compétence est étroitement lié avec le devoir de conseil.

194. L’importance du devoir de conseil. L’avocat, en tant que professionnel du droit est tenu à un devoir de conseil à l’égard de son client. La doctrine a commencé par manifester l’idée d’un « contrat de conseil professionnel ²⁸²» qui par la suite a été consacré par le législateur et plus particulièrement par le Code de procédure civile en son article 411.

²⁷⁹ Décr. n°2005-790 12 juill.2005, *préc.*, art. 3, al.3.

²⁸⁰ A.REY, « *Le Petit Robert de la langue française* », éd., Le Robert, 2017, V° Compétence.

²⁸¹ T. REVET, « *La bibliothèque de l’avocat, Déontologie de la profession d’avocat* », éd., LGDJ, 2018, p. 114.

²⁸² R. SAVATIER, « *Les contrats de professionnel en droit privé* », D. 1972. chron. XXIII. 137.

Cependant, rien n'est réellement précisé quant à sa sanction. Malgré cela, le devoir de conseil implique plusieurs obligations²⁸³.

195. D'une part, dans le cadre de l'exécution du mandat *ad litem*²⁸⁴, autrement dit dans le cadre de son activité judiciaire.

La mission de représentation implique des diligences qui résident dans l'obligation pour l'avocat d'accomplir les actes de procédure au nom et pour le compte de son client, auquel il se substitue. Autrement dit, cet impératif attaché au devoir de diligence « inclut la prudence qui bannit toute maladresse de nature à compromettre sa mission²⁸⁵ ».

D'autre part, dans le cadre de la réalisation de sa mission d'assistance.

S'agissant de sa mission d'assistance, l'article 412 du Code de procédure civile dispose que « l'assistance en justice emporte le pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger ». L'avocat est alors tenu de donner à son client des renseignements exacts. Par exemple, la mauvaise foi de l'avocat sera qualifiée lorsque celui-ci donne une indication fautive sur les conséquences fiscales d'une vente d'un bien immobilier²⁸⁶.

196. Ce devoir de conseil implique plusieurs obligations dans le cadre du mandat *ad litem* ainsi que dans le cadre de sa mission d'assistance, notamment celle d'avertir son client sur les risques attachés à la prescription²⁸⁷, ou au délai pour déposer les écritures²⁸⁸, de le conseiller utilement quant à l'exécution d'un

²⁸³ V° infra, § n° 342 et § 345 : Sur l'importance du devoir de conseil à l'aune des notions d'assistances et de représentations.

²⁸⁴ CPC., art. 411.

²⁸⁵ F. LECLERC, « Droit des contrats spéciaux », 2^e éd., Lextenso, LGDJ, 2012, p.527.

²⁸⁶ Cass.civ. 1^{re}, 12 janv. 1999, n°96-18.77, P : Défrénois 1999. 382, obs. Aubert.

²⁸⁷ Cass.civ. 1^{re} 20 déc.2012, n°11-15.270, NP, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1833.

²⁸⁸ Cass.civ. 1^{re} 3 juill.2013, n°12-30.180, NP.

jugement²⁸⁹, de faire connaître à son client son avis motivé sur l'opportunité de former ou non appel à l'encontre dudit jugement²⁹⁰.

Mais encore, au titre de ce devoir de conseil, l'avocat doit s'acquitter d'une obligation « d'information de manière complète et objective de sorte que l'avocat a le devoir de déconseiller l'exercice d'une voie de droit vouée à l'échec, ou *a fortiori* abusive »²⁹¹ de sorte que l'obligation de conseil est étroitement liée à l'obligation d'information.

197. Cependant, cette obligation a des limites puisqu'elle ne tient pas l'avocat pour responsable d'un revirement de jurisprudence²⁹² ou d'une évolution imprévisible²⁹³.

La bonne foi de l'avocat est également une limite au devoir de conseil de sorte que l'avocat ne sera pas tenu pour responsable des procédures abusives de son client. Autrement dit, si l'avocat a rempli son devoir de conseil en indiquant qu'elles étaient les procédures les plus adéquates, c'est-à-dire, celles qui avaient le plus de chance de conduire à un résultat positif pour son client, il ne pourra pas être reproché à l'avocat d'avoir manqué à son obligation de conseil en cas de perte du procès pour le client.

²⁸⁹ Cass.civ. 1^{re} 4 juin 2014, n°13-16.959, NP, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1841.

²⁹⁰ CA. Lyon, 22 mai 2008, Inédit, JCP G 2008, IV, n°3079.

²⁹¹ Cass.civ. 1^{re}, 23 nov. 2004, n°03-16.565, Bull. civ. I, n° 281, RLDC 2005/17, n° 684, chron. J. Julien., JCP G 2005, II, n° 10058, p. 848, obs. T. Lemarche., Resp. civ. et assur. 2005, comm. 29, D. 2005, p. 2857, obs. J. Moret-Bailly., RTD civ. 2005, p. 371, obs. J. Hauser; Cass.civ. 1^{re} 30 mai 2013, n°12-21.706.

²⁹² Cass.civ. 1^{re}, 15 déc.2011, n°10-24.550, Bull.civ. I, n°214 ; BICC 1^{er} avr. 2012, n°371 ; D. 2012. AJ 94 ; D. 19 janv. 2012, édito F. Rome ; RTD. civ. 2012. 318, obs P. Jourdain.

²⁹³ Cass.civ. 1^{re}, 5 févr. 2009 n°07-20.196, Bull. civ. I, n°21; D. 2010. 49, obs. Ph. Brun; RLDC 2009, n° 3382, obs. S. Bugnicourt; RTD civ. 2009. 493, obs. P. Deumier; RTD civ. 2009. 725, obs. P. Jourdain ; JCP 2009. 270, n°14 obs. G. Pillet ; JCP S 2009. 1214, note A. Barège et B. Bossu.

198. Mais encore, certaines limites au devoir de conseil résident dans le fait, pour l'avocat, de ne pas avoir rappelé à son client le principe de bonne foi ou les conséquences de sa transposition²⁹⁴. Ainsi, l'avocat ne sera pas tenu pour responsable s'il n'a pas alerté son client sur les risques d'une fausse déclaration établi par celui-ci.

En conséquence, la mission d'assistance en justice implique une obligation d'information et de conseil qui s'analyse en une obligation de moyen²⁹⁵.

L'avocat doit tout mettre en œuvre pour faire en sorte de remporter le procès, mais ne peut, malheureusement pas, garantir de le gagner.

199. S'agissant de sa mission de représentation, l'article 411 du Code de procédure civile dispose que « Le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure. » Les obligations relevant de la mission de représentation sont soumises à l'obligation de résultat²⁹⁶ dans la mesure où elles sont prévisibles.

Cette obligation de résultat implique que l'avocat qui se présente à l'audience respecte les délais requis par la loi et respecte les possibilités requises pour être en droit de former une voie de recours.

Toutefois, l'avocat ne sera pas responsable face à l'inertie de son client qui n'a pas donné de réponse quant aux courriels envoyés par lequel l'avocat lui demandait son avis sur les projets de requêtes²⁹⁷.

200. En conséquence, le devoir de conseil est un devoir qui impose des obligations. Toutefois, certains auteurs n'hésitent pas à affirmer que la jurisprudence « se montre désormais mesurée à l'égard du devoir de conseil²⁹⁸ ».

²⁹⁴ Cass.civ, 1^{re}, 20 oct.2007, n°05-16.789, Inédit, NP, (En ligne), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007530552>

²⁹⁵ V°infra, §n°823 et s. : Sur l'obligation de moyen.

²⁹⁶ V°infra, §n°819 et s. : Sur l'obligation de résultat.

²⁹⁷ Cass.civ, 1^{re} 19 juin 2019, n°18-18.613, NP, cité in Y. Avril, « La responsabilité des avocats », *op.cit.*, p.32.

²⁹⁸ C. CASEAU-ROCHE et V. WITTMAN « *Responsabilité civile de l'avocat et procédure : tendances jurisprudentielles* » éd., Dalloz avocats 2014, n°312.

Cette affirmation est aussi analysée au regard des différents visas auxquels les juges se réfèrent. En effet, ces derniers fondent leur décision sur le manquement au devoir du mandataire et non pas au titre du manquement au devoir de conseil.

Ce dernier n'est donc plus absolu, au profit d'un devoir plus large qu'est celui de compétence. Autrement dit, le devoir de conseil qualifie la relation qu'entretient l'avocat avec son client, mais n'est pas, automatiquement, sanctionné en tant que tel et ce, puisqu'aucune règle ne le prévoit expressément.

201. La manifestation de la mauvaise n'est pas impactée dans la mesure où la sanction sera prononcée au profit de l'avocat négligent.

Elle sera également retenue dans l'accomplissement du devoir de compétence. En effet, la faute de l'avocat est souvent entachée d'un comportement de mauvaise foi. De ce fait, seuls la bonne foi ou le comportement abusif du client pourront exonérer l'avocat de sa responsabilité pour manquement au devoir de conseil.

La mauvaise foi apparaît sous plusieurs formes et dans plusieurs décisions rendues par les juges. En ce sens, l'avocat qui laisse prescrire l'action de son client en lui faisant croire que les assignations avaient été délivrées à temps²⁹⁹ sera sanctionné pour faute et un tel comportement peut être assimilé à un comportement de mauvaise foi.

202. Le devoir dévouement. « Le dévouement dispose à servir avec une abnégation personnelle ³⁰⁰ ». En vertu de ce principe « l'avocat doit se mettre au service de sa clientèle avec sérieux, bienveillance et disponibilité³⁰¹ ». L'avocat doit ainsi accomplir personnellement la mission qui lui a été confiée, de sorte que si l'avocat est amené à se faire remplacer, il doit en informer son client et obtenir son agrément.

²⁹⁹ Cass.civ. 2^e 1^{er} juill.2010, n°09-14.884, Bull. civ. II, n°131; D. 2011. 355, note Y. Avril ; D. 2010. 2102, obs. H. Adida- Canac et S. Grignon- Dumoulin ; D. 2011. 265 obs. N. Fricero; D. 2011. 1929 obs. H. Groutel; JCP 2010. 1068. N°10, obs. G. Pillet ; JCP 2011. 398, obs. J. Kullman; Gaz. Pal., 27- 31 août 2010, p. 12, obs. B. Richard ; RCA 2010, n° 263, obs. H. Groutel.

³⁰⁰ E. LITTRÉ, « Dictionnaire de la langue française », *op.cit.*, V°, Dévouement, p.1143.

³⁰¹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.476.

203. Le devoir de dévouement est très rarement cité puisqu'il n'est pas sanctionné de façon autonome. Cependant, quelques arrêts démontrent que l'avocat peut manquer à ce devoir en ayant un comportement de mauvaise foi.

En somme, la manifestation de la mauvaise foi peut être perçue à travers le caractère de l'indifférence.

La Cour d'appel de Bordeaux a condamné deux avocats en leur reprochant expressément leur indifférence³⁰². En effet, le premier avocat avait accepté personnellement de défendre les intérêts d'un mineur alors qu'il savait qu'il ne pourrait être présent à l'audience correctionnelle. Le second a, quant à lui, transigé rapidement, sans pouvoir et au mépris de la volonté réelle du client.

204. L'indifférence est donc sanctionnée au titre du devoir de dévouement. Le fait pour un avocat d'accepter une cause tout en sachant qu'il ne pourra la défendre, correctement et réellement, résulte d'un comportement pouvant être perçu comme un comportement de mauvaise foi.

205. Le devoir de diligence. Ce devoir est étroitement lié au devoir de dévouement dans la mesure où il implique que l'avocat fasse preuve de « soin intensif et appliqué ³⁰³» pour son client. *A contrario*, manquer de diligence signifie ne pas apporter le soin nécessaire au traitement du dossier ou négliger celui-ci. Dans telle situation, il est préférable, pour un avocat, de se dessaisir du dossier plutôt qu'agir avec négligence.

En définitive, cette négligence pourra, au même titre que pour le devoir de dévouement, être assimilée à un comportement de mauvaise foi.

Ce devoir implique pour l'avocat une certaine ponctualité, une célérité et enfin un parfait accomplissement des formalités.

³⁰² CA. Bordeaux, 11 mars 1983, Gaz.Pal.,1983, p.384.

³⁰³ E. LITTRÉ, « *Le dictionnaire de la langue française* », *op.cit.*, V° Diligence, p.1165.

206. Le devoir de prudence. Il peut se définir comme « la qualité, attitude d'esprit de celui qui prévoit, calcule les conséquences d'une situation, d'une action qui pourrait être fâcheuse ou dangereuse moralement ou matériellement, et qui règle sa conduite de façon à les éviter³⁰⁴ ».

Ce devoir guide l'avocat quotidiennement et est étroitement lié à d'autres principes essentiels puisque la prudence impose à l'avocat de ne pas excéder certaines limites dans l'exécution de ses devoirs de compétence, de dévouement et de diligence.

Ce devoir est également lié à l'exercice de la liberté contractuelle puisque l'avocat peut et doit refuser un dossier qu'il ne se sent pas en mesure de défendre utilement.

207. Par exemple, l'avocat devra, lorsqu'il a des raisons de suspecter la commission d'une infraction, se retirer du dossier. En ce sens, l'article 1.5 du RIN dispose que « lorsqu'il a des raisons de suspecter qu'une opération juridique aurait pour objet ou pour résultat la commission d'une infraction, l'avocat doit immédiatement s'efforcer d'en dissuader son client. A défaut d'y parvenir, il doit se retirer du dossier³⁰⁵».

208. En matière de vente aux enchères, un article du RIN fonde le devoir de prudence sur plusieurs critères relatifs au client puisqu'il indique que « l'avocat doit s'assurer de l'identité de son client, de sa capacité, de sa solvabilité [...]»³⁰⁶. L'insolvabilité du client est une des notions centrales du devoir de prudence. En effet, certaines décisions retiennent la faute de l'avocat qui avait porté des enchères dans des circonstances de légèreté avérée. Un avocat qui manque à son devoir de prudence est un avocat qui fait preuve de laxisme, voire, de mauvaise foi selon les décisions jurisprudentielles³⁰⁷.

³⁰⁴ Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales, (En ligne), URL : www.cnrtl.fr, V° Devoir de Prudence.

³⁰⁵ RIN, art.1.5.

³⁰⁶ RIN, art. 12-1; CA. Versailles, 6 juin 2008, n°07/05158.

³⁰⁷ Cass.civ. 1^{re} 10 mai 1949, JCP G 1949.II.4935.

209. La place de l'intérêt du client. La notion d'intérêt du client est une notion qui ne figure pas, en tant que telle, dans les textes internes puisqu'elle est issue des règles du contrat de mandat³⁰⁸.

Le Code de déontologie de l'avocat européen est le premier à venir formaliser cette notion d'intérêt en disposant que « Sous réserve du strict respect des règles légales et déontologiques, l'avocat a l'obligation de toujours défendre au mieux les intérêts de son client, même par rapport à ses propres intérêts ou à ceux de ses confrères ³⁰⁹».

En ce sens, l'avocat est donc le gardien des intérêts de la personne qu'il représente, de sorte que cet intérêt n'est jamais figé et que ce dernier doit le réévaluer sans cesse.

Cet intérêt est étroitement lié aux autres devoirs précédemment étudiés puisque l'avocat doit faire preuve de compétence, de prudence, de diligence et de dévouement dans l'appréciation de l'intérêt de son client.

En conséquence, il doit interroger son client sur les différentes questions qu'il juge nécessaires afin de pouvoir appréhender cet intérêt et ainsi pouvoir agir strictement dans cet intérêt.

210. Cet intérêt né au moment où l'avocat accepte de défendre son client. En effet, l'avocat est libre d'accepter ou non une cause. Toutefois, si ce dernier l'accepte, il devra tout faire pour être en adéquation avec l'intérêt de son client de sorte que lorsqu'il aura plusieurs clients dans une même affaire, l'avocat en question devra agir en préservant les intérêts de l'ensemble de ses clients, et ce sans favoriser les intérêts de l'un au détriment des autres.

³⁰⁸ C.civ., art 1984.

³⁰⁹ RIN, art.21.2.7.

211. L'article 7 du décret du 12 juillet 2005³¹⁰ prend en compte cette possibilité afin de protéger les intérêts du client et dispose que « L'avocat ne peut être ni le conseil ni le représentant ou le défenseur de plus d'un client dans une même affaire s'il y a conflit entre les intérêts de ses clients ou, sauf accord des parties, s'il existe un risque sérieux d'un tel conflit.

Sauf accord écrit des parties, il s'abstient de s'occuper des affaires de tous les clients concernés lorsque surgit un conflit d'intérêts, lorsque le secret professionnel risque d'être violé ou lorsque son indépendance risque de ne plus être entière ».

Cet intérêt comporte des limites. En effet, l'avocat ne doit pas aller à l'encontre des règles légales ou déontologiques pour satisfaire les intérêts de son client.

En conséquence, « l'avocat ne doit pas être le complice de son client, l'avocat doit dissuader son client de toute action qui irait à l'encontre de la loi ³¹¹».

212. La recherche d'un équilibre n'est pas chose aisée dans la mesure où l'avocat engagera sa responsabilité civile professionnelle si le client où les juges estiment que les intérêts du client ont été bafoués. L'avocat doit donc faire preuve de rigueur dans l'appréciation et la sauvegarde de cet intérêt.

Comme précédemment évoqué, l'intérêt du client découle du contrat de mandat. En effet, le contrat de mandat est un contrat de confiance. Grâce à ce contrat, « une personne peut faire des actes juridiques sans être effectivement présente, car elle est représentée³¹².

³¹⁰ Décr. n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art.7.

³¹¹ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.* p.514.

³¹² P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, « *Droit des contrats spéciaux* », 10.éd., LGDJ, 2018, p. 295.

A fortiori, la primauté de l'intérêt du client s'explique également par une certaine forme d'altruisme de la part de l'avocat et ce, « dans la mesure où il œuvre dans l'intérêt d'autrui, il est interdit au mandataire d'agir égoïstement dans son intérêt personnel ou de servir les intérêts d'un tiers³¹³ ».

213. D'une façon générale, le mandataire doit exécuter la mission qui lui a été impartie selon les pouvoirs qui lui ont été conférés. Autrement dit, « Le mandataire doit accomplir la mission telle qu'elle a été définie par le contrat³¹⁴ ».

Cette exécution l'oblige à procéder au mieux, dans le sens des intérêts du mandant. Cet intérêt lui permet de renoncer à conclure l'acte, s'il estime qu'il pourrait causer un dommage au représenté. Par exemple, « le syndic n'a pas le pouvoir d'empêcher le mandataire d'un copropriétaire à une assemblée générale d'émettre un vote contraire aux consignes exprimées par son mandant³¹⁵ ».

Le mandataire sera responsable envers le mandant du dommage causé par sa faute, même si elle n'est ni dolosive, ni lourde, ni grave³¹⁶ de sorte qu'une faute simple suffit³¹⁷ à engager sa responsabilité.

En conséquence, l'avocat pourra être tenu responsable d'avoir bafoué les intérêts de son client. Cette sanction est prévue par les règles déontologiques, ainsi que par le droit des contrats spéciaux, notamment à travers le contrat de mandat.

214. Le conflit d'intérêts. Comme annoncé auparavant, l'avocat avant d'accepter un dossier ou une mission doit s'assurer – en vertu de son obligation de prudence – de la situation de l'affaire qui lui est soumise afin d'éviter tout conflit d'intérêts.

³¹³ F. LECLERC, « Droit des contrats spéciaux », *op.cit.*, p.528.

³¹⁴ *Ibid.*, p.526.

³¹⁵ Cass.civ. 3^e 8 sept.2016, n°15-20.860, (En ligne), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000033109178/>

³¹⁶ C.civ., art.1992, al.1.

³¹⁷ F. LECLERC, « Droit des contrats spéciaux », *op.cit.*, p.529.

L'ancien article 84 du décret du 9 juin 1972 prévoyait, en ce sens, que « les parties ayant des intérêts opposés ne peuvent ni être assistées ni représentées par un même avocat [...]»³¹⁸. Désormais, c'est l'article 7 du décret du 12 juillet 2005³¹⁹ qui prévoit ce principe.

En tout état de cause, s'il existe un risque de conflit d'intérêts, l'avocat ne pourra intervenir ou continuer d'intervenir qu'avec l'accord éclairé des parties en cause. Le conflit d'intérêts ne résulte pas automatiquement de la représentation de deux parties dans un même procès, ce conflit surgira lorsque leurs intérêts seront divergents.

215. A ce titre, un avocat ne peut représenter à la fois les intérêts d'une société en liquidation judiciaire et les intérêts du tiers saisi³²⁰. Mais encore, la présence d'une pluralité de client dans des affaires distinctes peut faire naître un conflit d'intérêts dans la mesure où certaines affaires peuvent s'avérer être liées.

De fait, l'article 7 du décret du 12 juillet 2005³²¹ indique les modalités quant au respect de ce conflit d'intérêts.

En conséquence, l'avocat qui, en connaissance de cause, accepte de défendre une telle cause engagera sa responsabilité civile et le juge pourra réviser les honoraires, mais seulement si elles s'avèrent excessives, de sorte que la violation de ce principe n'entraîne pas automatiquement une réduction des honoraires de l'avocat.

Toutefois, en plus d'engager sa responsabilité civile pour avoir commis une faute dans la gestion des intérêts de son client, ce dernier pourra faire l'objet de sanction disciplinaire puisque le non-respect de ce principe reflète un manquement au devoir de prudence.

³¹⁸ Décr.n°72-468 du 9 juin 1972 organisant la profession d'avocat, *JORF* 11 juin, p.5884.

³¹⁹ Décr. n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art.7.

³²⁰ CA. Paris 11 déc. 2013, *Gaz.Pal.*, 20-21 juin 2014, p.19, obs.B-D.Belval.

³²¹ Décr. n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art 7.

216. L'avocat imprudent pourra alors être sanctionné. De plus, l'avocat qui, en connaissance de cause, accepte une mission pourrait être jugé comme ayant eu un comportement empreint de mauvaise foi puisque la mauvaise foi découle d'un comportement contraire à la bonne foi. Autrement dit, l'imprudence n'efface pas automatiquement un quelconque élément intentionnel.

217. Atteintes à l'intérêt du client. Lorsque l'avocat n'agit plus dans l'intérêt de son client, la règle générale entraîne la fin de la relation qui les lie. Cependant, si l'avocat outrepassé les règles que lui procure le contrat de mandat, ce dernier engagera sa responsabilité civile professionnelle envers son client, et pourra aussi faire l'objet de poursuite disciplinaire.

A fortiori, la faute, même légère engage la responsabilité de l'avocat de sorte que les avocats seront responsables des négligences et des fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions.

L'article 13 du décret du 12 juillet 2005 énonce à ce sujet que « l'avocat conduit jusqu'à son terme l'affaire dont il est chargé, sauf si son client l'en décharge ou s'il décide de ne pas poursuivre sa mission. Dans ce dernier cas, il en informe son client en temps utile pour que les intérêts de celui-ci soient sauvegardés³²² ».

Mais encore, l'avocat pourra voir sa responsabilité engagée comme mandataire et le régime de la responsabilité sera celui édicté par les dispositions de l'article 1984 du Code civil.

218. En définitive, les atteintes à l'intérêt du client peuvent être toutes les atteintes que l'avocat commet au détriment de son client. Par exemple, il a été jugé que l'avocat qui, après être intervenu dans l'intérêt d'un client pour la reprise d'actifs d'une société dans la gestion de laquelle elle s'était immiscée, comme dans celle d'autres sociétés dans lesquelles son compagnon avait pris des intérêts, substitue à son client une autre personne dans le bénéfice de la cession, en le

³²² Décr. n°2005-790 du 12 juill.2005, *préc*, art 13, p.11688.

laissant dans l'ignorance de cette situation, puis en le faisant assigner en référé à cette fin sous le cachet de sa collaboratrice³²³.

219. Mais encore, commet un manquement contraire à l'intérêt du client l'avocat qui, à des fins personnelles, conseille une opération de lotissement à un client, et recommande une SCI particulière pour la réalisation de l'opération préconisée, sans révéler à son client que, par sociétés interposées, en tant que dirigeant d'une société détenant des parts de la SCI, il est personnellement intéressé dans l'affaire³²⁴, ce dernier trompe la confiance qui est placée en lui.

Dans ces deux décisions, la mauvaise foi ne fait aucun doute. En effet, l'intérêt du client est analysé à côté de la notion de bonne foi de sorte que l'avocat qui présente un comportement de mauvaise foi à l'égard de son client sera sanctionné pour non-respect des intérêts de son client.

En conséquence, les décisions jurisprudentielles démontrent que les juges accordent une place importante à l'intérêt du client.

La notion d'intérêt du client prend une place importante dans la mesure où cet intérêt prime au sein de la relation qu'il entretient avec son avocat.

220. A cela s'ajoutent des principes spécifiques que l'avocat doit respecter. Et c'est, notamment, sur la base de ces devoirs que l'avocat pourra être sanctionné en cas de manquement.

En définitive, la manifestation de la mauvaise foi n'est pas toujours retenue par les juges qui retiennent souvent l'indifférence dans le comportement de l'avocat envers son client, ou la négligence. La mauvaise foi est donc perçue sous plusieurs formes, mais n'est pas automatiquement appliquée en tant que telle.

³²³ CA.Versailles, 22 nov. 2006, RG n°05/2006, cité in A. Damien et H. Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.769.

³²⁴ Cass.civ. 1^{re} 6 déc. 2007, n°05-18.795, Bull.civ. I, n°377 ; RTD. Civ. 2008.431, obs. P.Jacques.

§2 - La notion de loyauté à l'aune de la mauvaise foi de l'avocat

221. Amorce. La notion de loyauté impose de s'interroger sur la relation qu'entretient l'avocat avec son client. En effet, le devoir de loyauté présente un aspect général applicable au droit des obligations. L'obligation est un lien de droit par lequel l'avocat sera tenu d'une prestation envers ses clients en vertu d'un contrat ou de la loi, de sorte que la nature de l'obligation de l'avocat envers son client découle du contrat de mandat ainsi que des règles générales et déontologiques.

222. L'aspect général de la loyauté. En matière contractuelle, la loyauté « [...] serait l'obligation de fournir une exécution fidèle de sa prestation, en personne raisonnable et de s'abstenir de tout comportement abusif dans l'exécution du contrat³²⁵ ».

223. La notion de loyauté. Initialement, la loyauté n'est pas spécifique à la déontologie des avocats de sorte que le sens courant de loyauté « renvoie à la fidélité à tenir ses engagements ainsi qu'à obéir aux règles de l'honneur et de probité³²⁶ ».

En conséquence, la loyauté peut être assimilée à la fidélité de remplir ses propres engagements. Pour l'avocat, cette fidélité serait tantôt assimilée à une relation de confiance, tantôt aux principes de probité et d'honneur.

Contrairement à l'intérêt du client, la loyauté n'est pas spécifique aux relations entre l'avocat et son client de sorte que son aspect général oblige l'avocat à adopter un comportement loyal en toute circonstance.

³²⁵ V.LARRIBAU-TERNEVE, « *Droit civil – les obligations*, » 16 éd., Librairie du recueil Sirey, 2019.

³²⁶ A.REY, « *Le Petit Robert de la langue française* », *op.cit.*, V° Loyauté.

224. La loyauté de l'avocat. L'avocat est tenu à un devoir de loyauté envers son client puisque la relation avocat/client repose sur une relation de confiance. De plus, la loyauté est un principe général et nécessite d'être respecté tout au long de l'exercice de la profession d'avocat.

Cette notion est érigée en principe essentiel par l'article 1.3 alinéa 2 du RIN qui dispose qu'« il (*l'avocat*) respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et courtoisie ³²⁷ ».

Le devoir de loyauté invite ainsi l'avocat à respecter les termes de son serment, de toujours respecter sa parole et de ne pas mentir. De plus, ledit devoir s'appuie également sur le principe d'honneur et de probité de sorte que c'est un principe très riche regroupant plusieurs autres principes essentiels à la profession.

225. La charte des principes essentiels de l'avocat européen indique en son principe (e) que « La loyauté à l'égard du client est l'essence du rôle de l'avocat. Le client doit pouvoir faire confiance à l'avocat en tant que conseil et représentant. La conséquence en est que l'avocat doit être indépendant (voir principe (a)), éviter les conflits d'intérêts (voir principe (c)) et garder le secret des confidences du client (voir principe (b)) (...) ³²⁸ ».

Ce devoir est donc un devoir général qui englobe une somme de « normes de comportements³²⁹ ». Cette loyauté a également une application générale puisqu'elle s'applique envers toutes les personnes en relation avec l'avocat. La loyauté impose à l'avocat d'agir « [...] avec correction et droiture et en raison de ses éléments de définition, induit des devoirs qui vont au-delà de ce que la loi impose³³⁰ ».

³²⁷ RIN, art.1.3.

³²⁸ Charte des principes essentiels de l'avocat européen : *Principe (e)* – loyauté à l'égard du client.

³²⁹ Y. PICOD, « *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* », *op.cit.*, n^{os}87 et s.

³³⁰ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.* p.442.

226. Cette obligation de loyauté peut être perçue comme une obligation spéciale imposée au professionnel. Pour certains auteurs « leur inobservation met en jeu la responsabilité contractuelle de l’avocat³³¹ ».

En conséquence, le devoir de loyauté fait partie des obligations fondamentales que doit respecter l’avocat tantôt dans l’exercice de sa profession, tantôt dans ses relations extraprofessionnelles. Ce devoir invoquant une norme comportementale « [...] exige que l’avocat fasse passer l’intérêt de son client avant son propre intérêt [...]»³³².

En ce sens un auteur définit l’avocat d’une manière intéressante, à cet égard, ce dernier indique qu’« être avocat c’est avant tout se consacrer à autrui et l’aimer, pour le défendre, le conseiller et dédramatiser la situation³³³ ».

L’avocat étant soumis à une éthique forte, il est nécessaire qu’il fasse preuve de loyauté à tous les égards.

227. L’acceptation d’une clientèle. La loyauté est un principe qui apparaît dès le commencement des relations entre l’avocat et son client. Néanmoins, elle peut se manifester au moment où l’avocat refuse l’offre d’une clientèle. L’avocat doit alors faire preuve de fermeté et ne pas accepter une cause qui amènerait celui-ci à effectuer des actes déloyaux. En conséquence, l’avocat ne doit pas accepter le fait d’être le défenseur de plusieurs clients dans une même affaire, surtout, s’il existe un sérieux conflit d’intérêts.

A fortiori, le devoir de loyauté est un devoir qui doit subsister tout au long de la relation qu’entretient l’avocat avec son client.

³³¹ Ph. LE TOURNEAU, « *La responsabilité civile professionnelle* », éd., Dalloz, 2005.

³³² C. FABIAN, « *Le nouveau droit du mandat dans la réforme du code civil* », in Barreau du Québec, la réforme du code civil, t. 2, éd., PUF, 1993, p. 881.

³³³ J.-C. WOOD, « *La pratique professionnelle de l’avocat* », 11^e, éd., Litec, 2001, p.1009.

228. Qualification de la relation. La qualification de la relation juridique entre l'avocat et son client n'est pas chose aisée dans la mesure où cette qualification ne concernerait que les conséquences qui en découleraient, sans véritablement mettre en lumière la nature particulière d'un contrat entre un avocat et son client. De fait, il existe bel et bien une responsabilité contractuelle de l'avocat qui aurait commis, dans l'exercice de ses fonctions, un manquement envers son client.

La réalité de la pratique permet de qualifier la relation entre l'avocat et son client de contrat tacite. Cette analyse s'explique par le statut de l'avocat. En effet, l'avocat est un auxiliaire de justice qui apporte son aide et son concours en toute liberté et indépendance de sorte que la présence stricte et stable d'un contrat n'aurait aucune utilité fondamentale.

229. Cette relation tacite s'avère nécessaire dans la mesure où l'avocat est soumis à un bon nombre de devoirs. De fait, malgré la complexité de la nature de cette relation, il est primordial de qualifier celle-ci. Si une obligation est envisagée selon le bon vouloir de l'avocat, il lui sera possible de s'y soustraire, ce qui serait contraire à ses devoirs, notamment à son devoir de loyauté qui semble fondamental et général.

Cette qualification permet ainsi d'encadrer à minima les relations qu'entretient l'avocat avec son client. Autrement dit, la présence d'un contrat tacite permet de garantir implicitement les droits et les devoirs de chacune des parties.

230. Le contrat de mandat. Le contrat de mandat qui lie l'avocat à son client, qui a été évoqué précédemment, assimile la loyauté à la bonne foi. L'avocat ne fait qu'exécuter un mandat civil pour le compte de son client envers des tiers, et il doit, à ce titre, l'exécuter de bonne foi envers toutes les parties et doit faire preuve de loyauté envers ces dernières.

231. Ainsi, le devoir de loyauté impose à l'avocat de respecter les termes du mandat qu'il a reçu de son client, conformément au devoir de fidélité des engagements pris. De ce fait, un avocat sera sanctionné pour avoir méconnu les limites qui s'imposaient à sa mission alors que, chargé de toucher une somme pour le compte d'une cliente, il avait cru bon d'en employer une partie en consentant au nom de ladite cliente un prêt à un tiers³³⁴.

Le mandat donné à l'avocat est général tout comme le devoir de loyauté et impose à l'avocat d'accomplir sa mission de bonne foi.

232. Ledit mandat est fortement dominé par *l'intuitu personae* et impose au mandataire *ad litem* d'exécuter personnellement sa mission qu'il ne peut déléguer à un tiers³³⁵.

Dans le cadre de ce mandat, l'avocat doit rendre compte de sa mission et restituer, le cas échéant, les fonds reçus pour le compte de son client³³⁶. L'exécution du mandat doit être empreinte de loyauté de sorte que manque à son obligation l'avocat qui, détenant des fonds pour le compte de son client, appréhende ces fonds à titre d'honoraires sans y être valablement invité, au lieu de les déposer à la Caisse Autonome des Règlements Pécuniaires des Avocats³³⁷.

Tout comme pour l'intérêt du client, le devoir de loyauté se fonde sur le contrat de mandat qui lie l'avocat et son client. Cependant, le caractère général de ce devoir lui donne une place spécifique et omniprésente.

233. Les manifestations négatives du devoir de loyauté. L'avocat doit faire preuve de loyauté envers son client, et ce en vertu des règles déontologiques et du contrat de mandat.

Les manifestations négatives du devoir de loyauté sont multiples dans la mesure où celles-ci recouvrent un panel d'illustrations.

³³⁴ Cass.civ., 1^{re} 4 déc.1973 n°72-13.833, Bull.civ. n° I, n°334, p.295, JCP 1974. IV. 24, cité par P.Pétel in « *Les obligations du mandataire* », éd., Litec, Thèse, 1988, p.34.

³³⁵ Cass. req., 8 janv. 1912, DP 1913, 1, p. 185.

³³⁶ C.civ., art. 1994.

³³⁷ Cass.civ., 1^{re} 18 févr.2003, n°00-13.033, Inédit, NP.

234. Le mensonge pourrait être une manifestation négative, et de fait, un comportement de mauvaise foi, dans la mesure où l’avocat adopterait un comportement contraire à la confiance du client.

En ce sens, l’avocat qui mentira à son client pour couvrir son inaction sera sanctionné, de la même manière. La mauvaise foi de l’avocat sera retenue lorsque celui-ci « ne s’est pas contenté de laisser prescrire l’action, par oubli voire par négligence, mais a sciemment trompé son client en lui donnant de faux renseignements³³⁸ ».

235. L’avocat ne doit pas prêter son concours à des activités frauduleuses. En ce sens, l’article 9 du décret du 12 juillet 2005 dispose que « L’avocat rédacteur d’un acte juridique assure la validité et la pleine efficacité de l’acte selon les prévisions des parties. Il refuse de participer à la rédaction d’un acte ou d’une convention manifestement illicite ou frauduleuse [...] ». L’avocat qui se livre à des procédés douteux sera sanctionné pour avoir manqué au devoir de loyauté³³⁹.

Pour résumer, l’avocat ne doit pas détourner la clientèle et il doit éviter les conflits d’intérêts. De plus, le non-respect de la confidentialité des correspondances constitue un manquement. Enfin, l’avocat ne doit pas exercer de rétention sur les pièces de son client pour obtenir le paiement des honoraires. Les manquements au devoir de loyauté ne font pas l’objet d’une liste exhaustive, mais les exemples cités ci-dessus sont ceux qui seront automatiquement sanctionnés au nom de cet impératif de loyauté.

³³⁸ Cass.civ, 2^e 1^{re} juill.2010, n°09-14.884, Bull. civ. II, n°131; D. 2011. 355, note Y. Avril ; D. 2010. 2102, obs. H. Adida- Canac et S. Grignon- Dumoulin ; D. 2011. 265 obs. N. Fricero; D. 2011. 1929 obs. H. Groutel; JCP 2010. 1068. N°10, obs. G. Pillet; JCP 2011. 398, obs. J. Kullman; Gaz. Pal., 27- 31 août 2010, p. 12, obs. B. Richard; RCA 2010, n°263, obs. H. Groutel.

³³⁹ Cass.civ, 1^{re} mars 1983, n°82-10.830, Bull. civ. I, n°80 ; D. 1984. 116 ; D. 1984. 120, note A. Brunois ; JCP 1983. IV. 154 ; Gaz. Pal., 1983. Pan., 182.

236. Le devoir de loyauté s'étend aussi à la conduite personnelle de l'avocat, de sorte que l'avocat qui entretient des relations intimes avec la fille adoptive mineure d'un de ses clients sera sanctionné, le client étant poursuivi pour atteinte à la pudeur envers cette jeune fille l'avocat est allé lui rendre visite dans le centre éducatif où elle avait été placée³⁴⁰. En l'espèce, l'avocat manque à son devoir de loyauté envers son client en rendant visite à sa fille adoptive, victime au procès.

L'aspect général de la loyauté est étroitement lié avec la notion de bonne foi. Dès lors, il est nécessaire de rattacher la notion de mauvaise foi avec celle de loyauté dans la mesure où cette mauvaise foi est l'application négative de la bonne foi.

L'étude des manquements au devoir de loyauté démontre que la notion de mauvaise foi est automatiquement déduite du comportement de l'avocat. Le non-respect de la norme comportementale que produit le devoir de loyauté est la manifestation d'un comportement empreint de mauvaise foi.

237. Le secret professionnel. L'avocat est statutairement soumis aux règles du secret professionnel, lequel est absolu, général et illimité dans le temps³⁴¹. D'une manière générale, le secret professionnel est « l'obligation, pour les personnes qui ont eu connaissance de faits confidentiels, dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, de ne pas les divulguer, hors les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret³⁴² ».

Du point de vue de l'avocat, le secret professionnel garantit au client l'absence de toute divulgation par son conseil d'informations, le concernant, et permet ainsi d'instaurer une relation de confiance entre l'avocat et son client.

³⁴⁰ Cass.civ, 1^{re} 7 févr. 1990, n°88-20.129, NP. D. 1994. 134.

³⁴¹ RIN, art. 2.

³⁴² ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* » publié sous la direction de Gérard Cornu, éd. PUF, 2003.

238. Le RIN érige ce devoir en condition d'exercice de la profession d'avocat, en ce sens, l'article 2.1 dudit règlement dispose que « L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps. Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. ³⁴³ ».

Il est intéressant de s'apercevoir que plusieurs textes prévoient ce principe³⁴⁴ ce qui pourrait expliquer son encadrement strict.

239. Le secret professionnel est étroitement lié au devoir de loyauté dans la mesure où il permet la protection du secret de la confiance. Une confiance nécessaire du client en son conseil et/ ou défenseur de sorte que sans cette confiance, les fonctions de défense et de conseil ne peuvent exister. Le secret professionnel de l'avocat devient en conséquence une garantie pour le client.

Le secret professionnel présente un caractère d'intérêt général, pour Émile Garçon « le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable.

240. Il importe donc à l'Ordre social que ces confidentiels nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé sans condition ni réserve car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié³⁴⁵ ».

En conséquence, le secret professionnel présente un intérêt social et général. Ce principe est un principe d'ordre public, historique et a toujours guidé l'avocat dans l'exercice de sa profession.

³⁴³ RIN, art. 2.1.

³⁴⁴ L.n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.66-5 ; Décr.n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art.4, et C.pén., art.226-1.

³⁴⁵ E. GARÇON, « *Code pénal annoté* », *op.cit.*, V° art 378.

241. Cet impératif présente aussi un intérêt privé dans la mesure où sa violation cause préjudice à un particulier, notamment au client de l'avocat.

La loyauté impose à l'avocat de préserver le secret professionnel au profit des intérêts de son client.

En somme, la loyauté revêt les caractères du secret professionnel sous la forme de confiance et de confiance, de sorte qu'il est judicieux d'étudier ce devoir à l'aune de celui de la loyauté.

242. L'atteinte au secret professionnel. La divulgation d'informations peut être interprétée comme un acte de déloyauté de l'avocat envers son client de sorte qu'un manquement au secret professionnel peut caractériser un manquement à la loyauté. En effet, l'article 226-13 du Code pénal dispose que « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ³⁴⁶ ». Lourdemment sanctionnée, l'atteinte à ce secret peut avoir des répercussions sur le plan disciplinaire et pénal³⁴⁷.

Par exemple, la violation du secret professionnel est caractérisée si l'avocat n'arrive pas à prouver que le client lui avait laissé toute liberté de disposer de l'information objet du litige³⁴⁸.

243. Mais encore, le secret professionnel s'applique également au client de la partie adverse de sorte que « viole le secret professionnel l'avocat qui donne aux services de police des renseignements concernant le client de l'avocat adverse et qu'il n'a pu obtenir qu'en sa qualité d'avocat, même s'il n'était pas directement chargé de cette affaire au sein du cabinet où il exerce en qualité de collaborateur³⁴⁹».

³⁴⁶ C.pén., art. 226-13.

³⁴⁷ V°supra, §n°497 : Sur le secret professionnel et le droit pénal.

³⁴⁸ CA. Paris, 29 mai 2002, Gaz.Pal., 26-27 juill.2002, p.21.

³⁴⁹ CA. Paris, 30 nov.1994, D 1996. Somm. 311, obs. Castelain.

244. Cette atteinte se manifeste de plusieurs manières. De manière brève, la révélation de ce secret concerne surtout la matière pénale, notamment au travers du secret de l'instruction et des perquisitions, mais encore au travers des écoutes téléphoniques. Il occupe également la matière disciplinaire en ce qu'il concerne la confidentialité des correspondances et échanges avec le client.

Toutefois, ce devoir étant un devoir général, il s'applique à toutes les situations mettant en cause la divulgation d'informations confidentielles.

245. En conséquence, l'avocat est soumis à une forte éthique professionnelle, sa déontologie lui impose le respect des règles et principes essentiels. Parmi ces principes, des règles spécifiques existent et encadrent la relation qu'entretient l'avocat avec son client.

En ce sens, les intérêts de son client priment sur les intérêts de l'avocat et ce dernier doit agir avec loyauté.

Le secret professionnel est tout aussi important dans la mesure où il peut être en lien direct dans la relation qu'entretient l'avocat avec son client.

La mauvaise foi se manifeste à travers de nombreuses notions. Notamment par la négligence, l'indifférence et plus généralement par le fait de bafouer d'une quelconque manière les intérêts de son client.

SECTION 2. La manifestation de la mauvaise foi dans les relations entre l'avocat et les tiers

246. La mauvaise foi est une notion importante dans l'exercice professionnel de l'avocat et la présence de la mauvaise foi, au sein de cet exercice professionnel, conditionne le comportement de l'avocat. Ainsi, il apparaît opportun d'étudier les relations marquées par la mauvaise foi entre avocats (§1), pour ensuite évaluer les relations de mauvaise foi avec les autres professions du droit (§2).

§1 - Les relations de mauvaise foi entre avocat

247. Principes généraux. Les relations entre avocats doivent être dirigées en vertu de certains principes essentiels. En somme, les avocats doivent s'inspirer du principe de loyauté, de délicatesse, de courtoisie, de prudence et de confraternité. A ce titre, l'article 3 alinéa 2 du décret du 12 juillet 2005³⁵⁰ indique que l'avocat doit, dans l'exercice de sa profession, respecter les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie.

De la même manière, l'article 21.5.1 du RIN dispose que « La confraternité exige des relations de confiance entre avocats, dans l'intérêt du client et pour éviter des procès inutiles ainsi que tout autre comportement susceptible de nuire à la réputation de la profession. Elle ne doit cependant jamais mettre en opposition les intérêts de l'avocat et ceux du client³⁵¹».

248. Mais encore, cette relation confraternelle figure également dans la Charte des principes essentiels de l'avocat européen. En effet, le principe (h) indique « Ce principe représente plus que le rappel de la nécessaire courtoisie - bien qu'elle soit importante dans les problèmes sensibles et contentieux auxquels les avocats sont souvent confrontés au nom de leurs clients respectifs.

³⁵⁰ Décr. n°2005-790 du 12 juill.2005, *préc.*, art 3. al.2.

³⁵¹ RIN, art.21.5.1.

Ce principe est lié au rôle de l'avocat en tant qu'intermédiaire à qui l'on doit pouvoir faire confiance de dire la vérité, respecter les règles professionnelles et tenir ses promesses.

249. La bonne administration de la justice nécessite que l'avocat fasse preuve de respect à l'égard d'autrui pour résoudre le contentieux de manière civilisée. Pareillement, il est dans l'intérêt général que l'avocat agisse de bonne foi et ne trompe pas autrui.

Le respect mutuel entre confrères facilite la bonne administration de la justice, aide à la résolution de conflits par un accord, et sert l'intérêt du client.³⁵² »

En conséquence, les relations entre avocats semblent être encadrées de plusieurs manières, ce qui explique l'importance de celles-ci.

250. La confraternité. Ce principe désigne « les relations amicales entre membres d'un même corps³⁵³ ». Plus précisément, la confraternité est un principe essentiel qui impose à l'avocat de « s'efforcer d'entretenir de bonnes relations avec ses confrères et à ne pas oublier la solidarité qui les unit³⁵⁴ ».

Les avocats sont soumis aux mêmes règles et doivent être guidés par un certain solidarisme. En effet, ils ont prêté le même serment et respectent des valeurs communes.

De fait, l'avocat doit s'efforcer « d'entretenir de bonnes relations avec ses confrères dans une atmosphère d'estime, d'égalité, de courtoisie et de cordialité³⁵⁵ ». Par exemple, un avocat ne doit pas abuser de son ancienneté.

³⁵² Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens, *principe (h)* - Le respect de la confraternité.

³⁵³ E. LITTRÉ « *Le dictionnaire de la langue française* », *op.cit.*, V° Confraternité, p.731.

³⁵⁴ H. ADER, A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », 14 éd., Dalloz action, 2013.

³⁵⁵ J. LEMAIRE, « *Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris* », *op.cit.*, n°381, p.371.

251. En ce sens, un arrêt rendu par la Cour de cassation du 12 juin 1990 a sanctionné un avocat indiquant « qu'elle a abusé de son ancienneté, trompé la confiance de l'un de ses pairs, puis s'est désintéressé de la situation [...] violant ainsi par manque de délicatesse, les lois de la confraternité [...]»³⁵⁶.

En conséquence, l'avocat qui abuse de son ancienneté à l'égard de son confrère sera sanctionné au regard du principe de confraternité.

Ce principe de confraternité impose à l'avocat d'avoir un comportement qui manifeste le fait qu'il n'oublie pas les liens professionnels, et ce en toutes circonstances.

En ce sens, les jeunes avocats doivent manifester leur considération face à leurs aînés et doivent tenir compte de leurs expériences. De la même manière, les avocats confirmés ne doivent pas mettre des freins aux jeunes avocats débutant dans l'exercice de leur profession. Loisel affirmait qu'« il y'a de la place pour tous au barreau»³⁵⁷.

252. Le rapport direct avec les autres principes essentiels. Le devoir de confraternité regroupe plusieurs principes essentiels. En ce sens, l'avocat tenu d'un devoir de confraternité sera nécessairement tenu d'un devoir de courtoisie, de loyauté, de diligence et de délicatesse. Le devoir de délicatesse imposera à l'avocat de ne pas prendre contact avec la partie adverse sans en avertir son confrère.

Mais encore, ce professionnel du droit devra faire preuve de diligence lors de l'initiative d'un règlement amiable du litige, autrement dit, il devra conseiller à l'adversaire de recourir à un avocat lorsque celui-ci n'en dispose pas³⁵⁸.

³⁵⁶ Cass.civ, 1^e 12 juin 1990, n°89-11.583, NP, cité in A. Damien et H. Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », 16^e éd., Dalloz action, 2018-2019, p.500.

³⁵⁷ LOISEL, « *Dialogue des avocats du parlement de paris* », t.I, 1844, éd., Videcocq père et fils, 1866, p. 69.

³⁵⁸ Décr. n°2005-790 du 12 juill.2005, *préc.*, art 17.

253. Le devoir de loyauté est un principe omniprésent dans l'exercice de la profession d'avocat, en somme, ce principe s'applique à tous les stades de sa mission. Autrement dit, le devoir de loyauté entre confrères nécessite une concurrence loyale.

Cette concurrence loyale s'arrête au moment où l'avocat abuse du caractère libéral de sa profession qui permet une certaine liberté de changement de structure. La mauvaise foi apparaît au moment où l'avocat par des manœuvres malveillantes détourne une clientèle.

254. La mauvaise foi se manifesterait, également, par l'abus du caractère libéral de la profession et par des actes de concurrences déloyales. S'agissant de l'appréciation de la Cour de cassation, celle-ci indique qu'« un manquement à une règle de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres d'une profession et qui est assortie de sanctions disciplinaires, ne constitue pas nécessairement un acte de concurrence déloyale³⁵⁹ ».

Mais encore, manque à son devoir de loyauté et fait preuve de mauvaise foi l'avocat qui, ayant eu connaissance d'une erreur matérielle dans les conclusions de son contradicteur, prend des conclusions lui permettant d'obtenir un jugement déclarant parfaite une vente comportant un lot de plus que ceux prévus au protocole d'accord conclu entre les parties³⁶⁰.

³⁵⁹ Cass.com., 10 sept. 2013, n°12-19.356, Bull. civ. IV, n°128; D. 2013. 2165, obs. E. Chevrier; D. 2013. 2812, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra; D. avocats 2013. 359, obs. L. Dargent; D. avocats 2013. 417, note D. Piau – Cass.com., 24 juin 2014, n°11- 27.450, Bull. civ. IV, n° 108; D. 2014. 1444; D. 2014. 2488, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra; AJCA 2014. 287, obs. E. Jégou; Rev. sociétés 2015. 174, note V. Thomas; RCA 2014. 288; CCC 2013, n° 237, obs. M. Malaurie- Vignal ; JCP 2013. 1203, note J.- M. Brigant ; LPA 4 avr. 2014, p. 14, note S. Benisty – Cass.com., 7 juill. 2015, no 14-16.307, NP, RCA 2015, n°278; D. 2015. 2526, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra – DÉJÀ : Cass.com. 21 juin 1988, n° 86- 19017, Bull. civ. IV, n°210.

³⁶⁰ CA. Paris. 13 sept.2012, RG n°11/1762, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.* p.783.

255. La mauvaise foi peut aussi se manifester quand l'avocat adresse à son contradicteur des conclusions différentes de celles adressées à la juridiction³⁶¹, ou encore l'avocat qui, constatant que la communication par télécopie ne fonctionne pas avec son contradicteur, n'opère aucune vérification afin de s'assurer de l'exactitude du numéro dudit télécopieur³⁶².

Il est intéressant de s'apercevoir que la Cour de cassation sanctionne un tel acte seulement s'il est établi que les agissements de l'avocat ont impliqué des manœuvres illicites³⁶³. Autrement dit, la mauvaise foi de l'avocat prend une place importante puisqu'elle conditionne la sanction disciplinaire.

256. Même si les juges restent timides quant à l'emploi de la notion dans leur dispositif, il est incontestable que l'avocat qui agit d'une telle manière soit empreint d'une certaine mauvaise foi puisque l'aspect intentionnel de son comportement le démontre.

En ce sens et en guise d'illustration, l'usage de terme générique pour dénommer un site internet, qui entretient une confusion à l'égard des clients potentiels et est de nature à détourner une partie de la clientèle a été considéré comme constituant un acte de concurrence déloyale³⁶⁴.

Cette décision ne mentionne pas le comportement de l'avocat, mais ce détournement de clientèle est nécessairement empreint de mauvaise foi.

³⁶¹ CA. Paris. 11 déc.2014, RG n°13/20148, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.783.

³⁶² CA. Paris, avis n°187336, 24 mars 2009, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.802.

³⁶³ Cass.com., 10 sept. 2013, n°12-19.356, Bull.civ. IV, n°128 ; D. 2013. 2165, obs. E. Chevrier ; D. 2013. 2812, obs Centre du droit de la concurrence Yves Serra ; D. avocats 2013. 359, obs. L. Dargent ; D. avocats 2013. 417, note D. Piau.

³⁶⁴ CA. Paris, 17 déc.2014, RG n°11/191174, CONFIRMANT : Sent. arb. Bâtonnier de Paris, 23 sept. 2011, n°740- 213226 – COMP. CA.Paris, 18 déc. 2015, RG n° 15/ 03732.

En conséquence, les avocats doivent et devraient avoir entre eux une attitude confraternelle permanente. En vertu de ce principe de confraternité, l'avocat doit agir avec une délicatesse constante. Ce principe est étroitement lié au principe de loyauté et de courtoisie.

257. Les relations entre avocats nécessitent d'étudier en parallèle les relations de l'avocat envers la partie adverse, puisque ce principe de confraternité conditionne les rapports avec ladite partie, ainsi que les exigences du procès. Ce propos figure à l'article 16 du décret du 12 juillet 2005³⁶⁵ qui indique que « L'avocat se conforme aux exigences du procès équitable. Il se comporte loyalement à l'égard de la partie adverse. Il respecte les droits de la défense et le principe du contradictoire ».

258. Relation avec la partie adverse. Les relations avec la partie adverse ont fait l'objet d'évolutions. Principalement au niveau des rapports que peut entretenir l'avocat avec la partie adverse. Historiquement, un avocat ne pouvait prendre directement contact avec la partie adverse, de sorte qu'il était quasiment impossible de négocier à travers une procédure à l'amiable. Ainsi, en 1926, le Conseil de l'Ordre de Paris a été amené à autoriser les échanges avec la partie adverse, tout en précisant qu'il était formellement interdit de discuter du fond de l'affaire avec celle-ci.

Cette décision a été confortée en 1955³⁶⁶ et désormais les avocats peuvent recevoir les parties adverses - notamment afin de privilégier toute solution amiable - tout en respectant scrupuleusement les principes essentiels qui guident leur exercice professionnel.

³⁶⁵ Décr. n°2005-790 du 12 juill.2005, *préc.*, art.16.al.1.

³⁶⁶ Cons. ordre Paris 24 mai 1955, cité in J. Lemaire, « *Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris* », *op.cit.*, n°402.

259. L'article 17 du RIN prévoit cette possibilité puisqu'il dispose que « Si un différend est susceptible de recevoir une solution amiable, avant toute procédure ou lorsqu'une action est déjà pendante devant une juridiction, l'avocat ne peut prendre contact ou recevoir la partie adverse qu'avec l'assentiment de son client. A cette occasion, il rappelle à la partie adverse la faculté de consulter un avocat et l'invite à lui en faire connaître le nom.

Il s'interdit à son égard toute présentation déloyale de la situation et toute menace.

Il peut néanmoins mentionner l'éventualité d'une procédure.³⁶⁷ ».

260. Comme annoncé précédemment, le principe loyauté est le principe fondamental qui doit guider les relations de l'avocat.

Autrement dit, l'avocat est tenu d'un devoir général de loyauté et ce y compris auprès de la partie adverse. De ce fait, en vertu de ce devoir général de loyauté, l'avocat doit considérer la partie adverse. Cette considération passe par l'estime que l'avocat doit préserver.

En somme, l'avocat pourra, avec l'accord de son client, prendre contact avec la partie adverse afin d'organiser au mieux l'issue du litige.

Le principe de loyauté est omniprésent dans l'exercice professionnel de l'avocat. Le procès n'est pas un combat où tous les coups sont permis. En effet, la loyauté implique l'honnêteté, le respect du contradictoire et l'absence de toute menace.

En conséquence, la déloyauté démontre une malhonnêteté intellectuelle qui s'apparente à un comportement de mauvaise foi envers la partie adverse.

261. Secret des correspondances. Les correspondances entre avocats sont confidentielles, à l'exception de « celles équivalant à un acte de procédure et celles ne faisant référence à aucun écrit, propos ou éléments antérieurs confidentiels³⁶⁸ ». Autrement dit, l'article 3.1 du RIN indique que « tous échanges entre avocats, verbaux ou écrits quel qu'en soit le support (papier, télécopie, voie électronique), sont par nature confidentiels [...] ».

³⁶⁷ RIN.art.17.

³⁶⁸ RIN. art. 3.

Les correspondances entre avocats, quel qu'en soit le support, ne peuvent en aucun cas être produites en justice, ni faire l'objet d'une levée de confidentialité ».

En conséquence, la confidentialité des échanges entre avocats est couverte par le secret professionnel de sorte que la violation du secret des correspondances justifiera des sanctions pénales pour non-respect du secret professionnel.

262. De plus, le fait pour un avocat de s'affranchir de la confidentialité attachée aux correspondances entre avocats constitue, non seulement, un manquement au secret professionnel comme rappelé ci-dessus, mais également, un manquement aux principes de confraternité.

De fait, le secret des correspondances ne fait l'objet d'aucune circonstance exceptionnelle de sorte que l'imprévisibilité, l'irrésistibilité, l'inévitabilité ou encore une cause étrangère ne peuvent justifier un manquement à la parole donnée par un avocat envers son confrère.

263. La divulgation d'information couverte par le secret des correspondances entre avocats est sanctionnée. Cette divulgation peut être empreinte d'une certaine déloyauté dans la mesure où son irrespect est assimilé à un comportement déloyal envers son confrère.

La déloyauté pouvant être assimilée à la mauvaise foi, l'avocat qui, de manière intentionnelle, révélera une telle information fera preuve de mauvaise foi.

Force est de constater qu'ici encore les juges se montrent timides quant à l'emploi de la notion de mauvaise foi dans le rendu de décision. En somme, la déloyauté étant une notion omniprésente, cette dernière vient dénaturer la notion de mauvaise foi.

264. La valeur de la stratégie procédurale et le respect du contradictoire.

Le principe du contradictoire est essentiel pour que chacune des parties dispose des armes nécessaires pour assurer sa défense, pour faire valoir ses arguments et pour contester ceux de son adversaire³⁶⁹.

Le respect du procès équitable est une obligation présente dans de nombreux textes. En effet, il figure dans l'article 16 du décret du 12 juillet 2005³⁷⁰, mais également au sein des articles 5 et suivants du RIN. Ces textes disposent que « L'avocat se conforme aux exigences du procès équitable. Il se comporte loyalement à l'égard de la partie adverse. Il respecte les droits de la défense et le principe du contradictoire ».

En conséquence, l'avocat s'engage à respecter les principes fondamentaux du procès. Les principes fondamentaux du procès regroupent plusieurs obligations procédurales que doit respecter l'avocat. En effet, ce dernier doit respecter le principe du contradictoire comprenant notamment les droits de la défense, la communication des pièces et l'administration de la preuve.

265. Le principe du contradictoire fait partie des principes directeurs du procès de sorte qu'il s'insère dans le respect des droits de la défense et le respect de la loyauté des débats. En effet, ce principe est l'élément fondamental du procès équitable³⁷¹. Le juge ne peut rendre sa décision que sur des éléments matériels qui ont été soumis au principe du contradictoire, autrement dit, que les parties ont pu débattre contradictoirement.

Ainsi, l'adage célèbre du procès civil « *Audiat et altera* », qui signifie que personne ne doit être jugé sans avoir eu l'occasion de se défendre, le confirme.

³⁶⁹ Cass.ch. mixte., 3 fév. 2006, n°04-30.592, Bull. civ. ch. mixte. n°2 ; D. 2006. 1268, note A. Bolze. RTD civ. 2006. 736, obs. R. Perrot.

³⁷⁰ RIN. art. 5.1; Décr. n°2005-790 du 12 juill.2005, *préc*, art 16.

³⁷¹ CEDH, 29 mai 1986, *Feldbrugge c/ Pays bas*, Req. n°8562/79, série A, n°99– CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Mateos c/ Espagne*, Req. n°12952/ 87, série A, n° 262; CEDH, 28 août 1991, *Brandstetter c/ Autriche*, Req. N°11170/ 84, série A, n°211; CEDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c/ France*, Req. n°34553/ 97, sect. 3 – Cass. ass. plén., 22 déc. 2000, n°98- 15.567, Bull. civ. ass. plén, n°12; D. 2001. 356; D. 2001. 789, chron. C. Pettiti; RDSS 2001. 325, obs. P.- Y. Verkindt; RDSS 2001. 615, obs. P. Pédrot.

Ce principe doit, en effet, être respecté devant toutes les juridictions, avec ou sans représentation obligatoire, et y compris dans les procédures orales.

En somme, la stratégie procédurale peut permettre de remporter un procès, mais cette « victoire » ne sera pleinement légitime que si l'avocat a respecté scrupuleusement les règles du procès.

266. La communication des pièces fait donc partie du principe. L'article 5.1 alinéa 2 du RIN dispose que « La communication mutuelle et complète des moyens de fait, des éléments de preuve et des moyens de droit se fait spontanément, en temps utile et par les moyens prévus par les règles de procédure. Un avocat correspond avec un confrère par voie électronique à l'adresse figurant sur les documents professionnels de son correspondant ³⁷²». De la même manière, l'article 132 du Code de procédure civile précise, quant à lui, que « La partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance. La communication des pièces doit être spontanée ³⁷³».

267. L'article 15 du Code de procédure civile énonce à son tour l'idée que « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense³⁷⁴ ».

Comme l'indiquent les textes précédemment évoqués, la communication des pièces doit être mutuelle, spontanée, par écrit, et effectuée en temps utile de sorte que le confrère ne devrait pas avoir à les réclamer.

³⁷² RIN. art. 5.1.al.2 ; Décr. n°2005-790 du 12 juill.2005, *préc.*, art.16 al.2.

³⁷³ CPC., art. 132.

³⁷⁴ CPC., art.15.

268. Cette communication est une règle qui est due au confrère par évidence, de sorte que si l’avocat transmet les pièces à la partie adverse, il devra s’assurer de le faire aussi à son avocat. En conséquence, l’avocat ne pourra s’abstenir de communiquer des documents au prétexte que l’adversaire les connaît déjà.

Ainsi, une décision sera annulée dès lors qu’elle avait pour fondement une pièce dont il n’était pas prouvé qu’elle avait été communiquée³⁷⁵.

Mais encore, l’avocat qui transmet des pièces la veille de l’ordonnance de clôture verra celles-ci écartées du débat. Les juges estiment qu’une communication intervenue la veille d’une ordonnance de clôture ne répond pas au principe de contradiction puisque la condition exigeant une communication en temps utile fera défaut³⁷⁶.

269. Ici, la mauvaise foi pourrait se manifester par l’omission -particulièrement intentionnelle- des pièces nécessaires au procès. L’article 16 du Code de procédure civile indique que c’est au juge de faire observer ou d’observer lui-même le principe de la contradiction et ce en toutes circonstances. Le non-respect du principe conduit l’avocat à solliciter le renvoi à une audience ultérieure.

Autrement dit, l’avocat, qui estime que le principe du contradictoire n’a pas été respecté, sera bonne foi quand il sollicitera un renvoi et qu’il en informera l’avocat de la partie adverse, à savoir, son contradicteur.

Il est intéressant de s’apercevoir que, la plupart du temps, la mauvaise foi se manifeste en matière de renvoi. En ce sens, l’avocat qui, alors qu’il savait qu’un renvoi devait être sollicité, s’est muni de conclusions dans l’hypothèse où l’affaire serait néanmoins retenue, mais sans les avoir préalablement communiquées à son

³⁷⁵ Cass.civ. 2^e 21 oct. 1981, *Gaz. Pal.*, 1982. 1. 21, note Viatte. – Civ. 2^e 25 nov. 1981, *D.* 1982. 371, note Benabent.

³⁷⁶ Cass.civ, 2^e 6 déc.2018, n°17-17.557. BICC n°900 du 15 avril 2019, (En ligne), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037819413>

contradicteur³⁷⁷, viole le principe du contradictoire. L'avocat sollicitant le renvoi doit alors en informer son confrère en temps utile.

270. Mais encore, l'avocat, qui, bien qu'informé d'une demande de renvoi de son contradicteur, sollicite la clôture en l'absence de ce dernier, sans l'avoir préalablement averti³⁷⁸, se rend coupable d'une attitude répréhensible.

La manifestation de la mauvaise foi ne fait aucun doute en l'espèce puisque l'avocat, qui agit de cette façon, ne permet pas à la partie adverse de se défendre de façon loyale et de fait, ne respecte pas les principes essentiels qui guident l'exercice de sa profession. Ainsi, cette mauvaise foi se manifeste par la dissimulation d'information au détriment d'une des parties.

Le non-respect du principe du contradictoire se détermine par la mauvaise utilisation de la méthode de renvoi, mais également par la mauvaise communication des pièces nécessaires afin d'organiser au mieux les droits de la défense de la partie adverse.

271. Les relations entre avocats sont des relations qui doivent être basées sur un devoir général, notamment le devoir de loyauté qui encadre toutes les étapes et toute la vie d'un avocat dans son exercice professionnel.

En effet, les fautes, tant intentionnelles que non intentionnelles, sont nécessairement présentes dans l'usage de cette profession. La mauvaise foi dans les relations entre avocats se manifeste de plusieurs manières, notamment à travers la déloyauté, la dissimulation d'information, la concurrence déloyale, ou encore par un comportement malhonnête qui démontrerait que la stratégie procédurale passerait avant le respect du procès équitable.

³⁷⁷ CA. Paris, avis n°220050, 3 janv.2012, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.802.

³⁷⁸ CA. Paris, avis n°255172, 8 juill.2014, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.802.

En somme, malgré la timidité des juges quant à l'emploi de la notion, la mauvaise foi est nécessairement le résultat d'un comportement malveillant.

§2 - *Les relations de mauvaise foi avec les autres professionnels du droit*

272. Contexte. L'objet du présent paragraphe concernera, principalement, les relations qu'entretient l'avocat avec les magistrats, le Bâtonnier ainsi que les membres du Conseil de l'Ordre. En effet, vis-à-vis de la profession d'avocat l'étude des relations avec ces professionnels du droit est fondamentale.

273. De la déontologie au respect envers les magistrats. Les principes essentiels précédemment étudiés³⁷⁹ constituent les fondements de la déontologie de la profession d'avocat. En effet, « les principes essentiels guident l'avocat en toutes circonstances³⁸⁰ ». C'est pourquoi la déontologie de celui-ci l'amène à faire preuve d'un certain respect envers les magistrats.

Il est intéressant de s'apercevoir que les principes essentiels qui guident l'exercice professionnel de l'avocat s'appliquent aussi envers les magistrats. Par exemple, le principe de dignité implique le respect, et notamment celui que l'avocat doit aux magistrats.

Le respect des magistrats n'est plus inclus dans le serment de l'avocat depuis la loi du 15 juin 1982³⁸¹, toutefois les principes essentiels subsistent. A ce titre, le devoir de dignité est un devoir impérieux pour l'avocat qui s'applique également aux magistrats.

274. Mais encore, à travers le devoir de conscience de l'avocat s'est posée la question de savoir si l'avocat devait obligatoirement une vérité au juge ? Cette question fut répondue par les écrivains du XVII^e siècle.

³⁷⁹ V°supra, §n°148 et s. : Sur les principes essentiels du serment que prête l'avocat.

³⁸⁰ Décr. n°2005-790 du 12 juill.2005, *préc.*, art.1.

³⁸¹ L.n°82-506 du 15 juin 1982 relative à la procédure applicable en cas de faute professionnelle commise à l'audience par un avocat, *JORF*, 16 juin, p.1899.

En effet ces derniers ont posé les règles en indiquant que l'avocat devait faire preuve de vérité à l'égard des magistrats. Autrement dit, « l'avocat était donc investi [...] d'une obligation de vérité à l'égard des juges³⁸² ».

Cette obligation de vérité se traduit par le fait que l'avocat ne peut exprimer une opinion manifestement douteuse, voire mensongère. L'avocat doit exposer sa vérité et c'est seulement sur cette base que le procès pourra être légitimement remporté.

275. De fait, l'avocat ne peut diriger sa plaidoirie sur un argumentaire fallacieux, la vérité étant la seule valeur essentielle.

En conséquence, l'avocat ne peut donc mentir, et cela même pour sortir un client d'un mauvais pas. En ce sens, un arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation indique que l'avocat ne peut « [...] obtenir par des moyens illicites un but même considéré comme souhaitable³⁸³ ». Ce devoir de conscience à l'égard des magistrats implique, pour l'avocat, une certaine rigueur dans l'exposé de sa plaidoirie.

276. Le principe d'indépendance de l'avocat s'applique également à l'égard des magistrats. Il se manifeste par le fait que l'avocat ne doit jouir d'aucun traitement de faveur à l'intérieur du tribunal, de la même manière, un magistrat ne peut interrompre un avocat pendant qu'il plaide³⁸⁴. En conséquence, le principe d'indépendance laisse une liberté – cantonnée au devoir de conscience - dans la réalisation de sa mission au sein du tribunal, soit par exemple, au moment du déroulé de sa plaidoirie.

277. Le devoir de loyauté s'applique également envers les magistrats. Cela n'étonnera pas puisque le devoir de loyauté est un devoir général. Ce devoir de loyauté se manifeste par l'obtention des moyens de preuves produites en justice. En effet, si le client fournit des pièces douteuses, l'avocat doit, en vertu de ce principe, s'abstenir de les produire en justice.

³⁸² A.DAMIEN, « *L'avocat et la vérité* », Gaz .Pal., 1984.2, 543.

³⁸³ Cass.crim., 25 janv.1984, n°83-90.646, Bull.crim. n°33 ; Gaz. Pal., 1984. 2, 493 ; in DAMIEN *Les grands arrêts*, 1991, p. 73.

³⁸⁴ A.DAMIEN, « *Le barreau quotidien* », éd., Henri Lefebvre, 1971, p.48 s.

- 278.** Ce devoir de loyauté renvoie à la notion de « foi du Palais ». Pour André Damien, « la notion de « foi du Palais » concerne non pas directement le secret professionnel mais les relations entre avocats et entre magistrats et avocats ³⁸⁵». De fait, cette foi du Palais concerne les relations entre les magistrats et les avocats, lesquelles ont été définies par Alain Peyrefitte. En effet, ce dernier indique que les avocats et les magistrats sont des « partenaires de justice³⁸⁶ » de sorte qu'ils doivent collaborer, s'écouter, se respecter.
- 279.** La foi du Palais renvoie ainsi non pas au secret professionnel, mais aux relations que doivent entretenir les auxiliaires de justice. A ce jour, la foi du Palais pourrait être qualifiée de confiance confraternelle. Cette qualification résulte d'un arrêt de la Cour de cassation, cette dernière indiquant qu'un manquement à la parole donnée et donc au devoir de loyauté, ou à la foi du Palais justifie une sanction disciplinaire au titre de « la confiance fraternelle³⁸⁷ ».
- 280.** Le principe de modération est un principe intéressant, en la matière, puisqu'il oblige l'avocat à tenir des propos modérés lors d'une audience, notamment envers les magistrats et ce, quel que soit l'issu du procès. C'est ainsi qu'un avocat qui accuse les juges « d'enfants de mauvaise foi³⁸⁸ » commet un manquement au devoir de modération. Mais encore, l'avocat qui tient des propos injurieux et diffamatoires à l'égard de magistrats ³⁸⁹manquera aussi à ce devoir de modération. Le devoir de modération implique que l'avocat qui s'exprime devant le juge le fasse modérément.

³⁸⁵ A.DAMIEN, « *La foi du Palais* », éd., Dalloz, les cahiers de la justice, 2020, n°1, p.116.

³⁸⁶ A.PEYREFITTE, « *Le nouveau tribunal de Paris à l'image de la justice française* », éd. Dalloz actualité, 2018.

³⁸⁷ Cass. civ, 1^{re} 1^{er} déc.1993, n°91-20.953, NP. Gaz. Pal., 1994. 1. 191.

³⁸⁸ Cass. civ, 1^{re} 3 mars 1987, n°85-12.000, NP. D. 1987. 57.

³⁸⁹ Cass. civ, 1^{re} 19 févr.1991, n°89-19.819, NP, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.511.

281. Le respect dû aux magistrats passe aussi par le devoir de courtoisie. Comme précédemment évoqué, le respect dû aux magistrats a disparu du serment depuis la loi du 15 juin 1982³⁹⁰ mais cela ne veut pas dire que l’avocat doit être irrespectueux envers les magistrats. Si ce dernier peut librement s’exprimer et par déduction à droit à la critique, il ne doit en aucun cas tenir des propos diffamatoires envers un magistrat.

La mauvaise foi se manifeste généralement à travers une certaine amertume anticipée dans la crainte de « perdre le procès ». La stratégie procédurale est ici mise en avant dans la mesure où certains comportements délictueux interviennent durant l’audience.

Si certains comportements peuvent être excusés comme étant incontrôlé, un équilibre subsiste obligatoirement. La mauvaise foi que peut présenter l’avocat envers les autres professionnels du droit peut s’analyser à travers plusieurs infractions relevant du droit pénal.

282. L’immunité judiciaire et le délit de diffamation, d’outrage, d’injure.

Le délit d’outrage est défini par l’article 434-24 du Code pénal qui dispose que « L’outrage par paroles, gestes ou menaces, par écrits ou images de toute nature non rendus publics ou par l’envoi d’objets quelconques adressé à un magistrat, un juré ou toute personne siégeant dans une formation juridictionnelle dans l’exercice de ses fonctions ou à l’occasion de cet exercice et tendant à porter atteinte à sa dignité ou au respect dû à la fonction dont il est investi [...] ³⁹¹ ».

La diffamation est analysée comme étant l’allégation qui porte atteinte à l’honneur ou à la considération d’une personne ou d’un corps auquel le fait est imputé. Enfin, l’injure désigne le mépris d’une personne envers une autre.

³⁹⁰ L. n° 82-506 du 15 juin 1982 relative à la procédure applicable en cas de faute professionnelle commise à l’audience par un avocat, *JORF* 16 juin 1982.

³⁹¹ C.pén., art. 434-24.

283. L'immunité judiciaire est prévue à l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 et plus particulièrement aux alinéas 3 et 4. En effet, cet article dispose que « 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-intérêts³⁹²».

284. A ce titre, « la règle de l'immunité judiciaire empêche d'engager des poursuites sur le fondement de la diffamation, de l'injure ou de l'outrage à raison des propos tenus et des écrits produits devant les juridictions, que ce soit par les avocats, parties, témoins ou experts³⁹³ ». Toutefois, l'article poursuit en indiquant que, l'immunité cesse dans les cas où les faits sont étrangers à la cause³⁹⁴. Autrement dit, il existe un équilibre entre l'immunité judiciaire et les délits susvisés de sorte que l'immunité judiciaire doit permettre de préserver la liberté d'expression de l'avocat.

Toutefois, l'équilibre trouve sa place au moment où l'avocat pourra se rendre coupable du délit d'outrage pour des faits étrangers à la cause. Aussi, si l'immunité ne peut être retenue, le juge pourra prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires et de fait, prononcer une sanction.

285. Cependant, la condition tenant aux faits étrangers à la cause semble obscure. En effet, d'un côté, cette immunité – qui protège la liberté d'expression de l'avocat – empêche d'engager des poursuites sur le fondement de la diffamation, de l'injure ou de l'outrage. D'un autre côté, cette immunité peut tomber face à ce genre de délit.

³⁹² L.29 juill.1881 sur la liberté de la presse.

³⁹³ Cass. crim., 8 juin 1999, n°96-82.519, Bull.crim.n°127, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.829.

³⁹⁴ Cass. crim., 28 mai 1991, n°90-83.984, Bull.crim.n°225 ; RSC 1992.565, obs.A.Vitu.

286. Ainsi la question qui se pose est celle de savoir à quel moment des faits peuvent-ils être étrangers à la cause ? Mais encore, la mauvaise foi ne jouerait-elle pas un rôle quant à l'admission de cette condition ? En effet, l'application de cette immunité peut dépendre de l'appréciation des juges quant au comportement de l'avocat de sorte que ces derniers doivent faire preuve de prudence et de respect. Pour l'heure, rares sont les jurisprudences qui pourraient prendre en compte la notion de mauvaise foi dans le prononcé de la sanction.

Cette constatation tient au fait que l'effacement de l'immunité nécessite un comportement délictueux qui pourrait, de par le bon sens – résulter d'un comportement empreint de mauvaise foi dont se rend coupable l'avocat en cause.

287. Pour conclure, il est nécessaire de prendre connaissance de la position de la Cour de cassation, cette dernière a, dans un arrêt en date du 10 janvier 1995, énoncé que « les dispositions de l'article 41 de la loi du 19 juillet 1881 ne sont pas applicables en matière de poursuites disciplinaires exercées contre un avocat [...]»³⁹⁵. Autrement dit, l'avocat qui manquera aux principes essentiels sera susceptible de faire l'objet de sanction disciplinaire. En ce sens, l'avocat qui commet un manquement au devoir de délicatesse, de courtoisie, de modération sera sanctionné sans qu'aucune immunité ne puisse jouer en sa faveur.

En conséquence, la réforme opérée par Robert Badinter en 1982 allège le serment prêté par les avocats, mais ne diminue pas forcément le nécessaire « respect que doit l'avocat envers les tribunaux »³⁹⁶.

288. Le Bâtonnier et le Conseil de l'Ordre. Le Bâtonnier est l'avocat élu par l'Assemblée générale des avocats inscrits au barreau institué dans le ressort de chaque Tribunal Judiciaire et ce, pour assurer la présidence du Conseil de l'Ordre. Le Bâtonnier est à la fois le chef et le représentant dudit Conseil.

³⁹⁵ Cass.civ, 1^{er} 10 janv.1995, n°92-20.895, NP, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », 16^e éd., Dalloz action, 2018-2019, p.833.

³⁹⁶ CA. Montpellier, 20 juin 1985, Gaz.Pal., 1985.2, 555 – Nancy, 3 juill.1987, Gaz.Pal., 1987. 2, 556.

Il représente le Barreau dans tous les actes de la vie civile en exprimant publiquement les valeurs de la profession.

Également, il joue un rôle de conciliateur entre les avocats ou encore les avocats et les tiers. Pour ainsi dire, « Tous les avocats placés sous sa juridiction acceptent généralement son obéissance, recherchent sa protection et se soumettent à ses décisions³⁹⁷ ». A côté de cela, il assure également les fonctions disciplinaires.

289. Le Conseil de l'Ordre est l'organe qui administre le barreau, de fait il peut traiter toutes les questions intéressant l'exercice de la profession. Il veille ainsi au respect des devoirs des avocats et à la protection de leurs droits. Au titre du respect des devoirs, le Conseil de l'Ordre dispose d'un pouvoir général pour apprécier souverainement si les conditions de probité nécessaire en vue de l'inscription de l'avocat au tableau sont remplies³⁹⁸.

Mais encore, le Conseil de l'Ordre veille au respect par les membres du barreau des règles de la profession et notamment, il veille au respect de la déontologie.

Une autre fonction concerne ces deux institutions. En effet, le Conseil de l'Ordre doit procéder à la vérification de la tenue de la comptabilité des avocats³⁹⁹. Cette vérification s'effectue par l'intermédiaire du Bâtonnier. En ce sens, l'avocat est tenu de présenter sa comptabilité à première demande du Bâtonnier⁴⁰⁰.

Tout comme pour les magistrats, les avocats doivent respecter certaines règles envers le Bâtonnier ainsi qu'envers le Conseil de l'Ordre.

290. La confraternité joue un rôle primordial dans les relations qu'entretient l'avocat avec le Bâtonnier et le Conseil de l'Ordre. En effet, l'avocat a des devoirs envers le Bâtonnier et le Conseil de l'Ordre de sorte « qu'il ne doit rien faire qui puisse nuire à leur autorité et il doit respecter leurs décisions⁴⁰¹ ».

³⁹⁷ H. ADER, A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p. 142.

³⁹⁸ L.n°71-1130, du 31 déc.1971, *préc.*, art.17 3°).

³⁹⁹ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.17.

⁴⁰⁰ Décr. n°91-1197 du 27 novembre 1991, *préc.*, art 232.

⁴⁰¹ H. ADER, A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.503.

291. C'est pourquoi l'avocat doit faire preuve de respect envers les autorités du Barreau. A ce titre, le fait pour un avocat d'écrire à son Bâtonnier pour lui présenter « avec la déférence qu'il doit à son titre, les remarques suivantes » constitue une faute de nature disciplinaire, car il laisse entendre que le signataire vise aussi bien l'homme que la fonction⁴⁰², cette attitude démontre un manque de scrupule. De la même manière, un avocat qui tient des propos désobligeants ou injurieux⁴⁰³ à l'égard du Bâtonnier se verra infligé d'une sanction disciplinaire pour manquement au devoir de confraternité.

Ce devoir de confraternité s'applique également en matière de communication. En effet, le défaut de réponse aux demandes présentées par le Bâtonnier constitue un manquement disciplinaire.

292. A ce titre, une Cour d'appel s'est montrée particulièrement ferme, en la matière, en indiquant que « le fait pour un avocat de laisser sans réponse un grand nombre de demandes d'explications qui lui ont été adressées par son Bâtonnier, ce que ne peuvent expliquer les difficultés de secrétariat alléguées, constitue un manquement au devoir de l'avocat à l'égard de son Ordre et à ses obligations professionnelles qui présente un caractère de gravité certain, puisqu'il met l'Ordre dans l'impossibilité de régler les litiges et les réclamations qui lui sont soumis, nuisant ainsi à l'image et à la crédibilité du barreau⁴⁰⁴ ».

293. La mauvaise foi de l'avocat peut s'apparenter à de la négligence, par exemple dans le défaut de réponse au Bâtonnier dans un délai raisonnable. Toutefois, cette mauvaise foi se manifeste également par la présence d'un fait étranger à la cause au moment de l'application de l'immunité judiciaire. En conséquence, la manifestation de la mauvaise foi se trouve diminuée dans cette forme de relation.

⁴⁰² Cass.civ, 1^{re} 11 janv.1977, Gaz.Pal.,1977.1. Somm.72.

⁴⁰³ Cass.civ 1^{re} 30 mai 1995 n°93-16.337, NP. JCP 1996. I. 3948, n°15 – Cass.civ, 1^{re} 9 juill.1996, n°95-20.875, NP.

⁴⁰⁴ CA. Lyon, 6 déc.1993, Gaz.Pal., 12 mai 1994.21. – CA. Paris, 9 juin 1998, Gaz.Pal.,17 sept 1998.15.

294. Caisse Autonome des Règlements Pécuniaires des Avocats (Carpa).

Les Carpa assurent la gestion et le contrôle des opérations de règlements pécuniaires pour l'activité de conseil et d'assistances en justice des avocats.

En effet, l'article 8 de l'arrêté du 5 juillet 1996 impose aux Carpa de contrôler les opérations réalisées par les avocats. Les opérations visées sont les opérations en provenance de fonds crédités. L'avocat étant nécessairement amené à manipuler des fonds pour le compte de ses clients, la loi a imposé à chaque barreau de créer une caisse de représentation des fonds et une caisse de règlement. La gestion de la Carpa et la délivrance des fonds sont étroitement contrôlées⁴⁰⁵.

295. Le rôle du Bâtonnier est ici important dans la mesure où ce dernier a le devoir de veiller à ce que les dispositifs adéquats soient mis en place afin de prévenir et d'empêcher les opérations frauduleuses (ce dernier est assisté du Président de la Carpa). Par exemple, le fait pour un avocat de déposer les fonds clients non à la Carpa, mais sur un compte professionnel est constitutif d'un abus de confiance⁴⁰⁶. Mais encore, l'avocat commet une faute lorsqu'il utilise les fonds déposés sur un sous compte Carpa à des fins personnelles⁴⁰⁷.

296. La mauvaise foi peut donc se manifester par le comportement de l'avocat qui, abuse de la confiance placée par son client en usant illégalement des sommes à des fins personnelles⁴⁰⁸. La mauvaise foi ne fait ici aucun doute dans la mesure où cette notion sanctionne un comportement contraire à la bonne foi, ce qui laisse entendre que le fait d'utiliser les fonds d'une tierce personne à des fins personnelles n'est pas synonyme de bonne foi.

⁴⁰⁵ Décr. n° 91-1197 du 27 septembre 1991, *préc.*, art. 229

⁴⁰⁶ Cass.crim., 23 mai 2013, n°12-83.677, Bull. crim., n°112; Gaz. Pal., 19- 20 juill. 2013, p. 18, note J.-Ch. Marrigues ; RTD com. 2013. 18, note B. Bouloc; D. 2013. 1064; AJ pénal 2013. 543, obs. C. Porteron; D. avocats 2013. 377, art. G. Royer.

⁴⁰⁷ Cass.civ, 1^{re} 4 mai 1982, Gaz. Pal., 1982. 2. Pan., 291, in DAMIEN Les grands arrêts, 1991, p. 125.

⁴⁰⁸ Ex : Cass.crim. 27 avr. 1994, n°93- 82.976, Bull. crim., n° 52; D. 1994. 402, note Ch. Gavalda ; Gaz. Pal., 21 juill. 1994. Somm. 414 – Cass.crim. 11 févr. 2004, n°03- 83.904, NP – CA. Paris, 6 févr. 1995, JCP 1995. IV. 1022.

297. En conséquence, l'avocat doit respecter un bon nombre de devoirs – principes – envers les auxiliaires de justice. De fait, les principes essentiels qui guident la profession d'avocat s'appliquent également aux magistrats, au Bâtonnier ainsi qu'au Conseil de l'Ordre. Mais encore, certains organismes comme la Carpa font nécessairement partie de la vie d'un avocat, ainsi, ils seront nécessairement confrontés à des situations litigieuses.

La mauvaise foi est ici complexe. En effet, s'agissant des magistrats, la mauvaise joue un rôle plutôt moindre, toutefois, en matière de maniement de fonds elle peut jouer un rôle prépondérant.

CONCLUSION DE CHAPITRE

298. La notion de mauvaise foi est une notion importante dans les relations qu'entretient l'avocat.

Envers son client, l'avocat doit faire preuve de prudence lors de l'accomplissement de mission. En effet, la notion d'intérêt du client est une notion fondamentale en ce sens qu'elle prime sur les intérêts de l'avocat. Mais encore, certains des principes essentiels qui s'imposent à l'avocat s'appliquent également au client. L'avocat doit alors respecter scrupuleusement les principes de compétence, de dévouement, de diligence, et de prudence. Ce dernier doit aussi respecter le devoir de conseil et d'information. L'avocat doit ainsi respecter les règles qui découlent du contrat de mandat, en ce sens qu'il représente son client, mais également les règles qui découlent de son éthique professionnelle.

299. Le principe de loyauté est un principe omniprésent au sein de la profession d'avocat. En effet, ce principe est un principe général qui s'applique à toutes les situations de sorte que l'avocat doit toujours faire preuve de loyauté. Ce devoir est un devoir primordial au sein des relations qu'entretient l'avocat avec son client, par exemple le respect du secret professionnel est l'une des manifestations du devoir de loyauté.

Les juges sanctionnent régulièrement l'avocat pour manquement au devoir de loyauté ce qui explique cette généralité.

300. Dans ces relations avec les autres professionnels du droit, notamment les magistrats et membres du Conseil de l'Ordre, l'avocat doit faire preuve de loyauté, de modération, de courtoisie, d'honneur et surtout de confraternité. En effet, l'avocat ne doit jamais oublier l'importance des liens professionnels. L'avocat doit également respecter les exigences du procès équitable (respect du contradictoire, communication des pièces, etc) de sorte que la stratégie procédurale pourra – dans certains cas – faire l'objet de sanction. Les manquements à ces exigences pourront être assimilés à un comportement présentant toutes les caractéristiques de la mauvaise foi.

301. En ce qui concerne les magistrats, le devoir de modération est un principe fondamental, car il traduit le comportement que l'avocat doit adopter durant l'audience.

En effet, la déontologie de l'avocat l'amène à faire preuve d'un certain respect envers les magistrats en ce sens l'avocat doit une vérité au juge et il ne peut mentir dans le but d'obtenir un but favorable.

Le Bâtonnier et le Conseil de l'Ordre jouent un rôle fondamental dans les relations avec les avocats. Ces derniers veillent à la bonne application des règles déontologiques et des principes essentiels qui guident l'avocat en toutes circonstances.

302. Les juges assimilent cette mauvaise foi à plusieurs autres notions telles que la négligence, l'indifférence, la déloyauté, les manœuvres illicites, ou encore par l'animosité de perdre le procès.

En somme, même si la manifestation de la mauvaise foi ne fait aucun doute dans certaines décisions, elle sera perçue sous plusieurs formes et ne sera pas appliquée automatiquement en tant que telle ce qui aura pour conséquence de la rendre floue. En effet, si les juges appliquaient plus franchement cette notion, cela permettrait d'en faire une application générique et beaucoup plus claire.

CONCLUSION DE TITRE

303. L'étude de la détermination de la mauvaise foi n'est pas chose aisée. En effet cette notion est une notion relativement floue qui n'est pas communément utilisée dans la pratique juridique et judiciaire. Cette notion, afin d'y donner un sens, s'étudie aux côtés de la bonne foi principalement ainsi qu'à côté de notions voisines.

La profession d'avocat est encadrée par différents principes essentiels et règles déontologiques, de sorte que le serment détient une place primordiale.

Mais encore, les relations qu'entretient l'avocat avec son client et les autres professionnels du droit démontrent que celui-ci doit faire preuve de sagesse et de bienveillance. En effet, les principes essentiels qui guident l'avocat s'appliquent également envers son client, son confrère, les magistrats qu'ainsi qu'envers les tiers.

304. Il est intéressant d'observer que le devoir de loyauté est une obligation omniprésente dans l'exercice de la profession d'avocat de sorte que ce devoir est un devoir général.

La confrontation de ces principes avec la mauvaise foi amène un raisonnement plutôt sceptique quant à la détermination de celle-ci, les juges n'utilisant pas la notion implicitement.

TITRE 2 – L’articulation entre la faute de l’avocat et la notion de mauvaise foi

305. L’articulation entre la faute de l’avocat et la notion de mauvaise foi nécessite d’étudier diverses matières. En effet, il sera question, dans un premier temps, de s’intéresser à l’influence que peut avoir la mauvaise foi en matière de responsabilité civile et professionnelle, soit, en matière de faute civile (Chapitre 1). Dans un second temps, il sera nécessaire d’évaluer l’influence de la mauvaise foi, mais cette fois au travers du régime de responsabilité comminatoire, soit, en matière de faute déontologique et pénale (Chapitre 2). L’objet de ce titre sera d’étudier la faute de l’avocat commise dans l’exercice de ses fonctions, et ce envers ses clients principalement.

Plan.

- **Chapitre 1. L’influence de la mauvaise foi sur le régime en matière de responsabilité civile et professionnelle.**
- **Chapitre 2. L’influence de la mauvaise foi sur le régime en matière de responsabilité comminatoire.**

CHAPITRE 1. L'influence de la mauvaise foi sur le régime en matière de responsabilité civile et professionnelle

306. Les spécificités tenant à la profession d'avocat n'exonèrent pas ce dernier d'une possible responsabilité civile. Ainsi, l'avocat sera soumis aux qualifications habituelles en matière de responsabilité civile. En l'espèce, il sera ici question d'évaluer le rôle de la mauvaise foi dans l'appréciation des caractères généraux de la faute (Section 1), pour ensuite étudier le rôle de cette mauvaise foi dans l'appréciation de la faute, au regard des missions professionnelles de l'avocat (Section 2).

SECTION 1. Le rôle de la mauvaise foi dans l'appréciation des caractères de la faute

307. La responsabilité civile de l'avocat suppose, comme toute responsabilité civile, la réunion de trois éléments, la faute, le préjudice et enfin le lien de causalité entre la faute et le préjudice. La responsabilité de l'avocat sera engagée par sa faute, même légère. A ce stade, il convient d'évaluer la notion de mauvaise foi à l'aune de l'appréciation de la faute civile (§1), pour ensuite étudier l'impact de la faute commise dans le cadre de ses obligations juridiques et judiciaires (§2).

§1 - La mauvaise foi comme élément déclencheur de la faute civile

308. Définition générale de la faute civile. Le Code civil ne comporte pas de définition stricte de la faute civile. En effet, l'article 1240 du Code civil reste muet sur la notion et dispose que « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer⁴⁰⁹ ».

⁴⁰⁹ C.civ., art 1240.

309. La mauvaise foi étant le résultat d'un comportement blâmable, il sera question d'étudier la faute intentionnelle, autrement dit, celle qui résulte d'un comportement actif.

La faute intentionnelle exigerait deux conditions, d'une part la volonté de commettre l'acte dommageable et d'autre part la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu⁴¹⁰, de sorte que cette double exigence revient en réalité à requérir l'intention de nuire.

A ce titre, le Professeur Dejean de la Bâtie, définit la faute civile par ses quelques mots, « est un comportement que l'on peut juger défectueux, soit parce qu'il est inspiré par l'intention de nuire, soit parce qu'il va à l'encontre d'une règle juridique, soit simplement parce qu'il apparaît déraisonnable ou maladroit⁴¹¹ ».

310. La faute étant le résultat d'une intention de nuire à autrui, la mauvaise foi pourrait jouer un rôle décisif dans la mesure où elle démontre un comportement intentionnel visant à causer un dommage à autrui. Mais encore, le rôle décisif de la mauvaise foi s'interprète quant à l'appréciation de la faute intentionnelle. En conséquence, la notion pourra qualifier la nature de la faute en question, son rôle servirait alors à définir la faute comme une intention coupable et non pas une négligence ou une imprudence.

La mauvaise foi est le résultat d'un comportement déloyal et malhonnête, de sorte que sa notion peut être assimilée à une faute intentionnelle dans le sens où la faute serait le résultat d'un comportement jugé de mauvaise foi.

En conséquence, l'intention de nuire pourrait se référer à la notion de mauvaise foi dans la mesure où cette dernière est inspirée par un comportement intentionnel, lequel est perçu comme une intervention volontaire du coupable.

⁴¹⁰ Cass.civ. 2^e 1 juill.2019, n°09-10.550, RGDA 2010. 686, obs. Kullmann; RCA 2010, n°266, obs. H.Groutel, D. 2010.1869.

⁴¹¹ C.AUBRY, C.RAU et N. DEJEAN DE LA BÂTIE, « *Responsabilité délictuelle* », t. VI-2 du Droit civil français, éd., Librairies techniques, n°22, 1989.

311. Pour le Professeur Philippe Le Tourneau, la faute serait « un comportement illicite qui contrevient à une obligation ou à un devoir imposé par la loi, par la coutume, ou par une norme générale de comportement⁴¹² ». En conséquence, la faute ferait tantôt référence à une norme de comportement, tantôt comme étant la transgression d'un devoir préexistant.

Une fois encore, la notion de mauvaise foi intéresse l'étude en question. En effet, la mauvaise foi peut être également assimilée à un comportement illicite qui ne répond pas aux exigences imposées par la bonne foi en droit des obligations. Les travaux tendant à définir la notion de mauvaise foi s'appuient sur la référence à une norme comportementale de sorte que, par déduction, la faute issue d'un comportement illicite pourrait elle aussi être marquée par la mauvaise foi de son auteur.

312. Cet auteur ne cantonne pas la faute à une quelconque intention, mais indique que la faute serait un comportement illicite. Le comportement illicite est assez général dans la mesure où il serait difficile de le qualifier strictement. Le rôle de la mauvaise foi est encore une fois opportun dans la mesure où elle détermine l'imputabilité malveillante du coupable.

En conséquence, la faute qui résulterait d'un comportement illicite ou d'une intention malveillante pourrait être le résultat d'un comportement marqué par la mauvaise foi, de sorte que la mauvaise foi jouera un rôle quant à l'appréciation d'une telle faute.

313. La faute de l'avocat au XIX^e siècle et moitié XX^e siècle. La responsabilité civile de l'avocat est comparable à celle de l'avoué. Historiquement, cette responsabilité sera supportée par l'avoué puisque celui-ci représente en justice.

⁴¹² Ph. LE TOURNEAU, « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », *op.cit.*, p. 799.

En effet, dans un arrêté du 6 juillet 1825, le Bâtonnier Lacroix-Frinville rappelle qu'« il est de discipline traditionnelle dans l'ordre judiciaire que l'avocat ne peut ni ne doit accepter de procuration⁴¹³ ». En conséquence, c'était sur l'avoué que pesait la responsabilité pour avoir commis une faute dans la mise en œuvre des tâches techniques de conduite de procédure.

314. L'avocat ne peut et ne doit accepter un mandat ce qui le rend irresponsable sur le plan civil. En effet, écarté des fonctions de représentation, l'avocat ne pouvait être responsable que dans des activités de conseils ou de défense.

Cependant, l'avocat pourra tout de même engager sa responsabilité pour avoir prodigué des mauvais conseils ou pour avoir commis une erreur grossière. En définitive c'est seulement la faute lourde qui pourra rendre un avocat responsable de ses actes.

315. Aujourd'hui la responsabilité civile de l'avocat ne fait aucun doute. En effet, les transformations contemporaines ont changé le statut de l'avocat. De ce fait, la responsabilité de celui-ci sera engagée par sa faute, même légère. Les termes de la loi du 31 décembre 1971 ne laissent à cet égard aucun doute, les avocats sont responsables des négligences et des fautes commises dans l'exercice de leur fonction⁴¹⁴ et « l'avocat conduit jusqu'à son terme l'affaire dont il est chargé, sauf si son client l'en décharge ou s'il décide de ne pas poursuivre sa mission. Dans ce dernier cas, il en informe son client en temps utile pour que les intérêts de celui-ci soient sauvegardés⁴¹⁵ ».

316. S'agissant de la faute civile, l'application du régime de la responsabilité civile est soumise à trois éléments, la faute, le préjudice et le lien de causalité. L'avocat n'échappe pas à ce régime de droit commun et à ce titre un avocat a pu énoncer que « les termes de la loi du 31 décembre 1971 ont donné à l'avocat une situation ordinaire⁴¹⁶ ».

⁴¹³ Répertoire général alphabétique de droit français, 1890, t.VI, V° avocat, n°4.

⁴¹⁴ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.17, 1°) et 4°).

⁴¹⁵ Décr.n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art.13.

⁴¹⁶ Y. AVRIL, « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p. 59.

En conséquence, toute défaillance engagera l'avocat selon le droit commun puisque celui-ci est aujourd'hui responsable, et ce, au même titre que tout justiciable.

317. La notion de faute et la profession d'avocat. Aujourd'hui, l'appréciation de la faute de l'avocat s'évalue au regard de plusieurs catégories de normes juridiques. En l'espèce il est question d'étudier l'aspect général de la faute ainsi que l'influence que pourrait avoir la mauvaise foi sur celle-ci.

Pour certains auteurs, l'appréciation de la faute de l'avocat se fait par assimilation au comportement d'un modèle présenté comme idéal, le critère du bon père de famille, désormais la « personne raisonnable⁴¹⁷ », laissant place au critère du « bon professionnel ⁴¹⁸».

L'appréciation de ladite faute se fera au regard des obligations mises à la charge de l'avocat et sera observée en fonction « de la mission qui lui aura été confiée par son client.⁴¹⁹ ».

318. La faute intentionnelle de l'avocat. S'agissant de l'avocat, sa négligence suffit à le rendre responsable aux termes de l'article 27 alinéa 1^{er} de la loi du 31 décembre 1971⁴²⁰. En conséquence, toute faute, même légère, permet d'engager sa responsabilité.

Toutefois, la faute intentionnelle de celui-ci retient l'attention dans la mesure où sa qualification engendrera l'application d'une autre notion, celle de la mauvaise foi. La mauvaise foi pourrait jouer un rôle dans l'appréciation de cette faute intentionnelle.

⁴¹⁷ L.n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, art.26.

⁴¹⁸ Y. AVRIL, « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p.56.

⁴¹⁹ Cass.civ. 1^{re} 16 nov.2016, n°15-25.513, RCA 2017, n°41, obs. H. Groutel.

⁴²⁰ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.27.al.1.

En conséquence, l'avocat étant soumis au même régime que tout justiciable, il est nécessaire d'évaluer la notion de faute intentionnelle commise par celui-ci.

En effet, sans entrer dans le vif du sujet, l'avocat souscrit une assurance de responsabilité civile qui le protège des victimes de faute, même légère causée par ce dernier.

319. Le principe de la faute de l'avocat va de pair avec l'assurance de responsabilité civile, précédemment énoncée, puisque l'article 27 de la loi du 31 décembre 1971 dispose qu'« Il doit être justifié, soit par le barreau, soit collectivement ou personnellement par les avocats, soit à la fois par le barreau et par les avocats d'une assurance garantissant la responsabilité civile professionnelle de chaque avocat membre du barreau, en raison des négligences et fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions. ⁴²¹ ».

La faute intentionnelle exclut le bénéfice de cette assurance. A ce titre, la Cour de cassation a donné une définition de la faute intentionnelle dans un arrêt en date du 27 mai 2003, cette dernière jugeant que la faute intentionnelle est « au sens de l'article L.113-1 du Code des assurances, qui implique de créer le dommage tel qu'il est survenu, n'exclut de la garantie due par l'assureur, condamné pénalement, que le dommage de l'assuré a recherché en commettant l'infraction ⁴²²».

320. Une décision plus ancienne donne une définition claire de la notion de faute intentionnelle qui serait « uniquement celle qui implique la volonté de cause le dommage et non pas seulement d'en créer le risque⁴²³ ».

⁴²¹ L.n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.27.

⁴²² Cass.civ. 1^{re} 27 mai 2003, n° 01-10.478, RDI 2003. 438, obs. L. Grynbaum; RGDA 2003. 463, note J. Kullmann; RCA 2003, n° 82, note H. Groutel.

⁴²³ Cass.civ. 1^{re} 15 oct. 1975, n° 74-11.496, Bull. civ. I, n° 274; D. 1976. Jur. 149; Journ. not. 1977, art. 53-632, p. 681, obs. J. De Poulpiquet.

En définitive, la faute intentionnelle de l'avocat serait caractérisée par une volonté de « créer non pas seulement un risque de dommage, mais le dommage lui-même, tel qu'il s'est réalisé effectivement⁴²⁴ ».

321. Le rôle de la mauvaise dans l'appréciation de la faute est primordial et surtout cohérent. En effet, la mauvaise foi résulte de tout comportement qui ne se réfère pas à la notion de bonne foi de sorte que la mauvaise foi est l'expression négative de la notion de bonne foi. Un comportement guidant une volonté de nuire ne se référant pas à la notion de bonne foi sera marqué par la mauvaise foi, de sorte que c'est une déduction négative qui sera retenue.

322. Quid de la mission de l'avocat ? La mission de l'avocat conditionne l'appréciation de la faute intentionnelle et l'engagement du régime de la responsabilité. Ainsi, il appartient au juge de caractériser la mission confiée à l'avocat par son client⁴²⁵.

Le terme de mission renvoie à celui de mandat. En effet, l'avocat doit justifier d'un mandat sauf dans les cas où la loi en présume l'existence de sorte.

Ce mandat est un mandat écrit qui « [...] doit déterminer la nature, l'étendue de la mission de l'avocat, les conditions et modes d'exécution de la fin de celle-ci, ainsi que les modalités de sa rémunération qui auront été convenues dans la convention d'honoraires.

L'avocat doit respecter strictement l'objet du mandat et veiller à obtenir de son client une extension de ses pouvoirs si les circonstances l'exigent⁴²⁶ ».

⁴²⁴ Cass.civ. 1^{re} 3 janv. 1991, n° 88-16.637, RCA 1991, n° 124.

⁴²⁵ Cass.civ. 1^{re} 11 janv. 2017, n° 15-25.327, NP.

⁴²⁶ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1391.

323. La détermination de la mission de l'avocat joue un rôle fondamental au moment de l'appréciation de la faute. Par exemple, la Cour de cassation a pu considérer que dès lors que « la mission de l'avocat ne s'étendait pas explicitement au renouvellement d'une hypothèque qui avait été inscrite par un notaire dix ans auparavant et dont la société avait conservé le bordereau d'inscription sans le transmettre à l'avocat avec les autres pièces du dossier, ne lui donnant pas les moyens de procéder au renouvellement et surtout ne démontrant pas sa volonté de lui confier cette mission, pour laquelle, elle avait, en outre, consulté un notaire, faisant ainsi volontairement le choix de ne pas mandater l'avocat à ce sujet (...)»⁴²⁷.

324. L'avocat qui accepte une mission doit la diriger jusqu'à son terme de sorte qu'un avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle - tout comme un autre avocat ayant accepté l'accomplissement d'une mission à l'égard de son client - est tenu de prêter son concours tant qu'il ne justifie pas avoir été valablement déchargé de sa mission⁴²⁸.

325. Ainsi, l'avocat doit exécuter sa mission jusqu'à son terme, s'il décide de ne pas poursuivre la mission⁴²⁹, il doit en informer le client en temps utile afin de lui permettre de pouvoir organiser au mieux la défense de ses intérêts⁴³⁰. Mais encore, le client qui demande à son avocat la restitution de son dossier met fin *ipso facto* au mandat *ad litem* de sorte que l'avocat sera dispensé de toute obligation à partir de la lettre demandant la restitution dudit dossier⁴³¹.

⁴²⁷ Cass.civ. 1^{re} 17 juin 2010, n°09-15.697, Bull.civ. I, n°135 ; D. actualité 29 juin 2010, obs.S. Bigot De La Touanne.

⁴²⁸ Cass.civ. 1^{re} 16 janv.2013, n°12-12.647, Bull.civ. I, n°1 ; JCP G 2013, act. 99, obs. S. Guinchard.

⁴²⁹ Décr.n°2005-790 du 12 juillet 2005, préc., art.13.

⁴³⁰ CPC., art. 419.

⁴³¹ CA. Bordeaux, 25 févr.1980, Gaz. pal., 1980. 1. 330, note A. DAMIEN ; in DAMIEN, Les grands arrêts, 1991, p.94.

326. En conséquence, la faute de l'avocat sera appréciée en fonction de la mission qui lui aura été confiée et en fonction de la conduite de celle-ci. Mais encore, la mauvaise foi de ce dernier aura un impact sur la qualification de la faute puisque la mauvaise foi, comme évoquée précédemment, aura une influence quant à l'application du régime de responsabilité.

La mauvaise foi se manifeste de différente manière. En matière de faute civile, la mauvaise foi conditionne le comportement de l'avocat. En effet, si l'avocat est de mauvaise foi, la faute sera de fait, intentionnelle et résultera d'un comportement illicite.

327. **La notion de « bon professionnel ».** En effet, tout contractant doit se comporter en « bon père de famille », de sorte que la notion de « bon professionnel » n'est que la déduction faite de cet adage.

La notion de « bon père de famille » est « un standard juridique qui sert à identifier un comportement diligent et prudent (de sorte que ce standard juridique) [...] sert à caractériser le comportement de chacun⁴³² ». Cette notion renvoie à une forme de croyance raisonnable, par exemple le client fait confiance à son mandataire, soit à son avocat.

S'agissant du « bon professionnel », l'article 3 du décret du 12 juillet 2005 y fait implicitement référence en son alinéa 3 qui énonce que l'avocat fait preuve de « compétence, de dévouement, de diligence et de prudence⁴³³ ».

328. Le « bon professionnel » fait nécessairement référence à l'accomplissement de diligence stricte. Ainsi, la faute d'un avocat pourra être retenue lorsque ce dernier abandonne les dossiers de ses clients alors que celui-ci avait perçu des provisions sur honoraires sans pour autant effectuer les diligences nécessaires à la bonne conduite de la mission⁴³⁴.

⁴³² F. ROME, « Bonne mère », Rec. Dalloz, D.2014.201.

⁴³³ Décr.n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art.3.al.3.

⁴³⁴ CA. Paris, 27 janv.2007, RG n°06/03893, cité in A. Damien et H. Ader, « Les règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.525.

En conséquence, la faute de l'avocat pourra être appréciée à l'aune de la notion de « bon professionnel » dans la mesure où cette notion forme un idéal nécessairement adapté au professionnel.

329. Le rôle accru de la mauvaise foi dans la qualification de la faute.

L'attitude d'un avocat doit être conforme à ses obligations déontologiques et aux principes qui guident l'exercice de sa profession de sorte qu'il semblerait que l'avocat doit atteindre la « quasi-perfection ». Ainsi, la faute intentionnelle commise par l'avocat sera qualifiée de faute professionnelle dans la mesure où ce dernier aura failli à ses obligations déontologiques.

De ce fait, la mauvaise foi jouera un rôle pour qualifier le comportement de l'avocat dans l'exercice de sa faute.

La notion de mauvaise foi regroupe, comme cela est évoqué en amont, un panel de notions qui peuvent s'acclimater à divers comportements.

330. En la matière, la mauvaise foi aide à qualifier la faute de faute intentionnelle de sorte que la notion aura un impact sur le déclenchement de la faute de l'avocat. En effet, même si la faute légère peut être retenue à l'encontre d'un avocat, la faute intentionnelle requière des conditions de comportements qui doivent s'apparenter à une intention ou une volonté d'une part, illicite d'autre part. L'illicéité s'entend comme une pratique qui est contraire au droit et qui donc n'est pas conforme à la règle.

331. La mauvaise foi est une notion protéiforme de sorte qu'elle peut prendre diverses formes quant à la définition de sa notion. Cet aspect, protéiforme, permet de qualifier la faute intentionnelle d'un avocat, de sorte que la mauvaise foi pourra être un élément déclencheur de la faute civile. Toutefois, il est nécessaire de s'apercevoir que les juges n'emploient guère plus la notion en matière de faute. En effet, ces derniers évoquent, plutôt, les éléments intentionnels et illicites qui ont guidé le comportement de leur auteur, et ce afin de caractériser la faute, mais n'emploient pas le terme même de mauvaise foi de sorte que cette notion devient une notion abstraite dans les décisions prises par les juges.

§2 - L'impact de la mauvaise foi sur la faute commise dans le cadre de l'exercice de ses obligations juridiques et judiciaires

332. Principes généraux. Le contrat de mandat est défini par l'article 1984 du Code civil qui dispose que « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ⁴³⁵ ». Cet article laisse entendre que le mandat est représentatif. A ce titre, un auteur complète la définition du mandat et indique que « par le mandat, une personne appelée « mandant » donne à une autre personne appelée « mandataire » le pouvoir d'accomplir des actes juridiques en son nom et pour son compte ⁴³⁶ ».

333. Le mandat de l'avocat. En vertu de l'article 6.2 du RIN alinéa 1, « L'avocat est le mandataire naturel de son client tant en matière de conseil, de rédaction d'actes, que de contentieux ⁴³⁷ ». Cela étant dit, il est nécessaire d'effectuer plusieurs distinctions.

En matière judiciaire, l'avocat se voit reconnaître par la loi ⁴³⁸ un mandat qui lui est nécessaire.

Ce mandat lui permet d'agir au nom de son client et permet de l'engager par les actes qu'il effectue, en son nom, sans qu'il lui soit nécessaire de justifier d'une procuration écrite ⁴³⁹, il s'agit du mandat *ad litem*. Ce mandat est général et permet à l'avocat d'accomplir sa mission.

Les obligations imposées par le mandat *ad litem* impliquent nécessairement le respect scrupuleux de certains devoirs découlant dudit mandat.

⁴³⁵ C.civ, art.1984.

⁴³⁶ F. LECLERC, « Droit des contrats spéciaux », *op.cit.*, p.505.

⁴³⁷ RIN, art.6.2.al.1.

⁴³⁸ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.4.

⁴³⁹ CPC., art. 416.

334. En matière juridique, l'article 8 du décret du 12 juillet 2015 dispose que « L'avocat doit justifier d'un mandat écrit sauf dans les cas où la loi ou le règlement en présume l'existence.⁴⁴⁰ ».

Mais encore, l'article 6.2 alinéa 3 du RIN indique que « Dans les autres cas, l'avocat doit justifier d'un mandat écrit sauf dans les cas où la loi ou le règlement en présume l'existence.

Le mandat écrit, ou la lettre de mission doit déterminer la nature, l'étendue, la durée, les conditions et les modes d'exécution de la fin de la mission de l'avocat⁴⁴¹ ».

A ce titre, l'avocat peut voir sa responsabilité engagée comme mandataire, et, dans ce cas, sa responsabilité s'apprécie au regard de l'article 1984 du Code civil, soit qu'il agisse en vertu d'un mandat spécial, soit qu'il bénéficie d'un mandat tacite qui lui est reconnu par la loi dans l'exercice de son activité judiciaire et juridique.

335. Activité judiciaire⁴⁴². Dans le cadre du mandat *ad litem*, l'avocat a la qualité pour représenter son client devant les tribunaux, lorsque la loi n'impose pas la comparution personnelle du justiciable. Son activité judiciaire concerne principalement une mission de représentation.

En effet, l'article 411 du Code de procédure civile pose la règle suivante « Le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure⁴⁴³ ». Ainsi, le mandat *ad litem* emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de procédures, de sorte que l'avocat reçoit la permission de faire, sans procuration, tout ce qui est nécessaire et utile au succès du procès.

⁴⁴⁰ Décr.n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art.8.

⁴⁴¹ RIN, art.6.2.al.3.

⁴⁴² V°supra, §n°195 et s. : Sur la définition de la mission de représentation.

⁴⁴³ CPC., art.411.

336. L'article 417 du Code de procédure civile dispose que « La personne investie d'un mandat de représentation en justice est réputée, à l'égard du juge et de la partie adverse, avoir reçu pouvoir spécial de faire ou accepter un désistement, d'acquiescer, de faire, accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement⁴⁴⁴ ».

L'avocat qui dépasse les limites de son mandat engagera toutefois sa responsabilité pour avoir outrepassé ses pouvoirs ou commit une faute dans la gestion de sa mission.

337. L'avocat commet donc une défaillance contractuelle s'il n'exécute pas le mandat, notamment quand celui-ci abandonne la procédure d'appel⁴⁴⁵, ou s'il l'exécute de manière imparfaite alors qu'il est tenu d'accomplir tous les actes utiles à la conservation et à la préservation des droits de ses mandants⁴⁴⁶. Ainsi, le mandat *ad litem* conduit à ce que l'avocat se substitue à son client de sorte qu'il l'engage comme si c'était lui-même.

338. L'avocat, comme tout mandataire, doit rendre des comptes à son client. A ce titre, l'avocat doit informer son mandant de l'état de la procédure⁴⁴⁷. De plus, si la mission que doit effectuer l'avocat n'est affectée d'aucun aléa, son obligation sera une obligation de résultat⁴⁴⁸. Cette obligation de résultat vise nécessairement le retard dans l'exécution de sa mission, notamment lorsqu'il laisse s'accomplir une prescription⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴ CPC., art. 417.

⁴⁴⁵ Cass.civ, 1^{re} 10 juill.1996, n°94-17.869, Inédit, NP, (En ligne), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007300123/>

⁴⁴⁶ Cass.civ, 1^{re} 28 janv.1992, n°89-17.661, Bull.civ. I, n°20; JCP 1992.IV.909 – Angers, 30 avr.1996, RG n°9501137.

⁴⁴⁷ CA. Paris, 6 oct.1999, Gaz.Pal., 2000. Somm.198.

⁴⁴⁸ V°supra, §n°199: S'agissant de l'obligation de résultats.

⁴⁴⁹ Cass.civ, 1^{re} 28 janv.1992, n°89-17.661, Bull. civ. I, n°29 ; JCP 1992.IV. 93.

339. Jean Appleton dans son traité, définit l'étendue du mandat et indique que « si l'avocat reçoit de la loi le droit de représenter les clients, il exerce cette fonction en vue de l'instance. Il peut donc faire tout ce qui est nécessaire ou utile au succès du procès mais son mandat ne va pas au-delà, il ne peut pas faire d'acte étranger à l'instance⁴⁵⁰ ».

Toutefois, l'évolution de la profession amène à repenser la définition de Appleton, sans pour autant changer le cadre du principe, de sorte que le mandat n'existe et ne peut produire des effets que s'agissant d'actes s'inscrivant dans le cadre d'une instance.

Cependant, aujourd'hui, il est possible de compléter la formule en ajoutant les termes suivants « d'une instance à naître, née ou des suites naturelles de cette instance⁴⁵¹ ».

340. La preuve du mandat *ad litem* suscite de nombreuses questions. En effet, l'avocat est dispensé de justifier d'un mandat écrit. L'article 416 du Code de procédure civile énonce clairement cette dispense et indique que « Quiconque entend représenter ou assister une partie doit justifier qu'il en a reçu le mandat ou la mission. L'avocat est toutefois dispensé d'en justifier⁴⁵² », cette dispense est également prévue par l'article 6.2 du RIN⁴⁵³.

En somme, une présomption de mandat *ad litem* est admise au profit de l'avocat sans production d'*instrumentum*, mais cette présomption peut néanmoins être combattue par la preuve contraire⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ J. APPLETON, « *Traité de la profession d'avocat - Organisation – Règles et usages* », Techniques professionnelles, 2^{ème} éd., 1928, p.331.

⁴⁵¹ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1240.

⁴⁵² CPC., art.416.

⁴⁵³ RIN, art.6.2.

⁴⁵⁴ Cass. com., 19 oct. 1993 n°91-15795, Bull. civ. IV, n°339; RTD civ. 1994. 3, 160, obs. R. Perrot; Gaz. Pal., 1993, flash 12; Gaz. Pal., 1993, flash 533; Gaz. Pal., 1994. Pan., 2.

341. La production dudit mandat sera seulement demandée par le client qui voudra effectivement discuter des conséquences que ce dernier a causés et qui, selon lui, outrepasseraient le mandat accordé, de sorte que la preuve de cette production intervient quand il est nécessaire de démontrer une vraisemblance ou quand il s'agit de combattre les allégations d'un client.

L'activité judiciaire de l'avocat nécessite le respect de règles strictes et le devoir d'accomplir parfaitement la mission ainsi confiée.

Néanmoins, il est nécessaire de s'apercevoir que la multiplication des règles cantonnant l'exercice de l'avocat au respect de nombreuses obligations peut faire perdre à ladite profession son efficacité ainsi que sa rigueur.

342. La mission d'assistance en justice⁴⁵⁵. « Cette fonction consiste exclusivement à plaider et à aider un justiciable dans sa défense en justice en présentant des explications orales ou écrites en son nom. La plaidoirie est l'acte essentiel de l'assistance [...] ⁴⁵⁶».

L'article 412 du Code de procédure civile définit cette mission et dispose que « La mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger ».

Au vu de ce qui précède, la responsabilité de l'avocat était rarement reconnue à l'occasion de sa mission d'assistance en justice, de sorte que la Cour d'appel avait eu l'occasion de rappeler que « l'avocat est tenu d'assurer la défense de son client avec les moyens qu'il estime les plus aptes à faire valoir sa cause ⁴⁵⁷». En conséquence, pour que la responsabilité de l'avocat soit engagée sa faute de l'avocat devait être « une erreur professionnelle caractérisée⁴⁵⁸ ».

⁴⁵⁵ V°supra, §n°195 et s. : Sur la définition de la mission d'assistance.

⁴⁵⁶ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1228.

⁴⁵⁷ CA. Lyon, 22 juin 1989, D.1989, IR. p.237.

⁴⁵⁸ CA. Rennes, 12 oct. 1974, cité par Y. AVRIL, in « Responsabilité de l'avocat », éd., Dalloz, 1981, n°33-12, RAPP. – CA. Aix-en-Provence, 10 mars 1980 ; Gaz. Pal., 1980. 1. 269 ; in DAMIEN, Les grands arrêts, 1991, p. 81 – RAPP. : CA. Lyon, 9 déc. 1981, JCP 1983. IV. 532.

Aujourd'hui, la mission d'assistance en justice peut faire l'objet de défaillance contractuelle. En ce sens, l'inaction⁴⁵⁹ de l'avocat pourra constituer une telle défaillance.

343. Cette défaillance contractuelle peut être assimilée à une faute lorsqu'elle est volontaire. Par exemple, l'absence à l'audience de l'avocat⁴⁶⁰ (s'il a été avisé du jour de celle-ci), le retard dans la transmission des pièces ou d'une provision⁴⁶¹, l'absence de conclusions⁴⁶², la perte des pièces reçues de son client⁴⁶³, la tardiveté d'une action ou d'un appel⁴⁶⁴, ou encore l'irrecevabilité encourue par sa négligence⁴⁶⁵ sont des défaillances contractuelles assimilables à des comportements fautifs de sorte que l'avocat engagera sa responsabilité pour avoir manqué à son obligation d'assistance.

344. Cependant, le fait de ne pas plaider et de se contenter de déposer un dossier n'est pas constitutif d'une défaillance génératrice de responsabilités et ce, lorsque l'état du dossier remis à la juridiction ne rendait pas nécessaire une intervention orale pour expliquer ou mettre en valeur certains points⁴⁶⁶.

En conséquence, la mission d'assistance suppose que l'avocat agisse avec prudence, réflexion, et rigueur. A défaut, la défaillance dans l'exercice de sa mission pourra être assimilée à une faute de nature à engager sa responsabilité.

⁴⁵⁹ Cass.civ, 1^{re} 14 déc. 2016, n°06-12.686, NP, CCC 2017, n°50, note L. Leveueur ; Gaz.Pal., 6 juin 2017. 25 notes D. Landry et J. Villacèque, 2^e esp : défaillance dans la présentation d'une créance au passif d'une liquidation judiciaire.

⁴⁶⁰ Cass.civ, 1^{re} 10 avr.2013, n°12-18.193, Bull. civ. I, n°69; D. avocats 2013. 238, note G. Royer; D. 2013. 1073; JCP 2013. 605, note G. Deharo; LPA 17 juin 2013, p. 14, note A. Seid Algadi ; RD banc. fin. 2013, n°163, note S. Piedelièvre.

⁴⁶¹ Cass.req., 19 janv.1989, DP 1898.1.80.

⁴⁶² Cass.civ, 1^{re} 9 déc.1992, n°90-18.602, NP, RCA 1993. Comm. n°42 – Cass.civ. 1^{re}, 20 janv. 1993, n°90-18.504, Bull. civ. I, n° 23; Gaz. Pal., 26 juin 1993. 10; D. 1993. Pan., 130, – RAPP. : Cass.civ. 1^{re}, 2 févr. 1994, n°92- 10.432, Bull. civ. I, n° 44; D. 1994. 45; Gaz. Pal., 5 juill. 1994, 131; JCP 1994. IV. 116.

⁴⁶³ CA. Paris, 15 sept.1994, Gaz.Pal., 1995, cité in Y. Avril, « La responsabilité des avocats », *op.cit.*, p.95.

⁴⁶⁴ Cass.civ, 1^{re} 11 mai 1964, Bull.civ. I, n°245 ; D. 1964.517 ; JCP 1964. II. 13708 – RAPP. : Cass.civ. 1^{re} 29 avr. 1963, Bull.civ. I, n°229.

⁴⁶⁵ CA. Bourges, 27 mars 1984, Gaz.Pal., 1984. 376.

⁴⁶⁶ CA. Dijon, 7 sept.1993, D. 1995. Somm. 164, obs. A. Brunois.

345. Activité juridique. L'activité juridique de l'avocat revêt plusieurs formes. En effet, cette activité comporte l'assistance en dehors du procès, ce qui passe notamment par la consultation ou le conseil, ainsi que par la rédaction d'actes.

L'avocat peut fournir à ses clients toute prestation de conseil et d'assistance ayant pour objet, à titre principal ou accessoire, la mise en œuvre des règles ou principes juridiques, ou encore la rédaction d'actes. Dans ce type d'activité, l'avocat devra justifier d'un mandat écrit⁴⁶⁷.

346. S'agissant de la consultation juridique ou conseil juridique, l'assemblée générale du Conseil National des Barreaux du 18 juin 2011 définit cette dernière comme une mission qui « consiste en une prestation intellectuelle personnalisée tendant, sur une question posée, à la fourniture d'un avis ou d'un conseil fondé sur l'application d'une règle de droit en vue, notamment, d'une éventuelle prise de décision⁴⁶⁸. Ces consultations peuvent engager directement la responsabilité de l'avocat, de sorte que ce dernier doit agir avec sérieux, compétence et conscience.

347. S'agissant de l'avocat rédacteur d'acte, ce dernier a la « possibilité d'établir tous les actes juridiques qui lui sont demandés de quelque nature que ce soit, sous réserve des restrictions légales ou réglementaires⁴⁶⁹».

A cet effet, il rédige les actes, recueille le consentement des parties, procède aux formalités subséquentes et, depuis la loi du 28 mars 2011⁴⁷⁰, peut contresigner des actes.

Plusieurs textes encadrent la rédaction d'actes sous seing privé de l'avocat. La loi du 31 décembre 1971, le décret du 12 juillet 2005, ainsi que le RIN. Par exemple, l'article 9 du décret du 12 juillet 2005 dispose que « L'avocat rédacteur d'un acte juridique assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties.

⁴⁶⁷ Décr.n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art.8.

⁴⁶⁸ CNB.AG., 18 juin 2011, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1268.

⁴⁶⁹ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1286.

⁴⁷⁰ L.n°2011-331 du 28 mars 2011 concernant la modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, *JORF* 29 mars 2011.

348. Il refuse de participer à la rédaction d'un acte ou d'une convention manifestement illicite ou frauduleuse. Sauf s'il en est déchargé par les parties, il est tenu de procéder aux formalités légales ou réglementaires requises par l'acte qu'il rédige et de demander le versement préalable des fonds nécessaires ⁴⁷¹ ».

En conséquence, l'avocat qui élabore un acte juridique pour le compte d'une ou plusieurs parties et qui recueille la signature de cet acte aura la qualité de rédacteur, dans le cadre de cette mission, ce dernier aura l'obligation de vérifier la licéité des mobiles qui anime les parties et devra « refuser de constater toute convention ou clause immorale ou illicite⁴⁷² ».

349. L'avocat s'assure donc de la validité et de l'efficacité de l'acte en question, de sorte que l'avocat qui omet de mentionner dans un acte sous seing privé une clause indispensable comme celle de la « réitération » en forme authentique exigée à peine de nullité de l'opération⁴⁷³ commettra une faute résultant de la mauvaise rédaction de l'acte.

La loi du 28 mars 2011⁴⁷⁴ a inséré dans la profession d'avocat l'acte contresigné. Cette pratique atteste de l'accomplissement du devoir de conseil de l'avocat et fait pleine foi de l'écriture et de la signature des parties.

350. L'acte contresigné présente la particularité suivante, à savoir qu'il ne peut être contesté que par la procédure d'inscription de faux. En contresignant un acte, « l'avocat atteste avoir éclairé pleinement les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte⁴⁷⁵ ».

En conséquence, le développement de l'activité juridique étend pour les avocats les risques de mise en jeu de leur responsabilité civile.

⁴⁷¹ Décr.n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art.9.

⁴⁷²H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1287.

⁴⁷³ CA. Paris, 16 janv. 1990, D. 1990.

⁴⁷⁴ L.n°2011-331 du 28 mars 2011, *préc.*

⁴⁷⁵ L.n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.66-3-1.

351. En ce sens, l'avocat doit veiller à l'efficacité juridique et à la validité de l'acte qui lui est confié, et ce même s'il n'est pas l'initiateur de l'acte, de sorte qu'il doit vérifier un panel d'informations.

Cette vérification passe aussi par un devoir de prudence et de diligence à l'égard de l'avocat qui doit attirer l'attention des parties -qui seraient pressées de signer l'acte- sur les différents risques encourus en cas d'impossibilité de vérifier tardivement toutes les pièces et annexes de l'acte. A ce titre, ce dernier doit également proposer toutes les mesures devant garantir les parties de toute erreur imprévue ou encore formuler des réserves.

Au titre de son exercice professionnel, l'avocat endosse une responsabilité qui résulte de la complexité ainsi que de la diversité de sa mission, de sorte qu'il est nécessaire d'appréhender la notion de mauvaise foi à l'aune de la faute de l'avocat commise dans le cadre de son mandat.

352. L'importance de l'étude du mandat *ad litem* et du mandat apparent.

L'appréciation de la faute de l'avocat est une étude vaste qui comporte de nombreuses notions et de nombreux mécanismes juridiques.

En effet, la profession d'avocat est une profession regroupant différents régimes de responsabilité, de sorte que l'étude approfondie de chaque domaine est primordiale afin de bien comprendre le rôle que pourrait avoir la mauvaise foi sur l'appréciation de la faute.

Le mandat *ad litem* est fondamental au sein de la profession d'avocat puisque ce mandat donne le pouvoir à l'avocat de représenter son client. La faute commise à l'occasion de cet exercice est souvent laissée de côté dans la mesure où les études démontrent que c'est la responsabilité civile générale qui prime.

Toutefois, il est nécessaire d'appréhender la faute commise dans le cadre du mandat *ad litem*, et ce puisque ce mandat détermine les missions de représentation que doit respecter l'avocat.

Mais encore, au titre de son activité juridique l'avocat est amené à rédiger des actes. La faute dans l'accomplissement de cette mission est particulière et nécessite d'être étudiée puisque l'acte d'avocat suppose une obligation renforcée.

En conséquence, l'étude concernant l'appréciation de la faute de l'avocat pour avoir failli à ses obligations juridiques et judiciaires est nécessaire afin de pouvoir évaluer lesdites fautes à l'aune de la notion de mauvaise foi.

353. L'importance tenant à la variété de la faute. La mission de l'avocat s'exerce au sein de deux grands domaines, le juridique et le judiciaire. Au titre de ses missions, l'avocat aura des obligations différentes et cela aura une incidence sur l'appréciation de la faute.

Il convient de rappeler que l'activité judiciaire de l'avocat suppose une mission de représentation ainsi qu'une mission d'assistance.

354. L'activité juridique suppose une mission de consultation ainsi qu'une mission dans la réalisation d'actes juridiques. Le mandat *ad litem* de l'avocat n'est pas donc un mandat unique, ses règles diffèrent en fonction de la mission du professionnel.

Au titre de son exercice professionnel, l'avocat endosse une responsabilité qui résulte de la complexité ainsi que de la diversité de sa mission.

355. En vertu du mandat *ad litem*, l'avocat est le mandataire de son client de sorte que l'article 1992 alinéa 1 du Code civil s'applique. Ledit article dispose que « le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion⁴⁷⁶ ».

L'avocat peut donc être tenu responsable au titre du mandat *ad litem*. Les fautes commises au titre du mandat *ad litem* sont diverses et variées, de sorte qu'il est nécessaire d'évaluer et de mesurer l'importance que peut avoir cette diversité sur l'appréciation de la faute de l'avocat.

⁴⁷⁶ C.civ., art.1992.al.1.

Au titre de son mandat, l'avocat endosse certaines missions. La variété des fautes correspond aux deux grands domaines d'activité de l'avocat, précédemment énoncés, le juridique et le judiciaire.

356. L'article 6.1 alinéa 2 du RIN évoque la mission de l'avocat et dispose que « Il fournit à ses clients toute prestation de conseil et d'assistance ayant pour objet, à titre principal ou accessoire, la mise en œuvre des règles ou principes juridiques, la rédaction d'actes, la négociation et le suivi des relations contractuelles⁴⁷⁷ ». En conséquence, les deux principales activités de l'avocat se dégagent de cet article.

357. Dans le domaine du judiciaire et dans le cadre de son mandat *ad litem*, l'avocat doit mettre en œuvre les moyens de nature à parvenir à la défense des intérêts de son client, de sorte que l'avocat sera fautif en cas de désistement d'instance inopportun⁴⁷⁸, d'imprécision dans ses écritures⁴⁷⁹ ou encore de saisine d'une juridiction incompétente⁴⁸⁰. Plus encore, l'inaction dans l'exercice d'une voie de recours⁴⁸¹ se caractérise en un comportement défaillant.

En somme, l'avocat qui n'exécute pas le mandat correctement commet une défaillance contractuelle, et ce puisqu'il est tenu d'accomplir tous les actes utiles à la conservation et à la préservation des droits du mandant.

358. En matière judiciaire, l'avocat doit préserver les intérêts et la défense de son client. La faute commise dans le cadre de cette activité ne sera donc pas identique à celle commise dans le cadre de son activité juridique.

⁴⁷⁷ RIN, art.6.1.al.2.

⁴⁷⁸ Cass.civ. 1^{re} civ., 2 févr. 1994, n° 92-12.467, , Bull. civ. I, n°47; D. 1994. 63; RTD civ. 1994. 418, obs. R. Perrot; RCA 2002, hors- série, comm. n°111.

⁴⁷⁹ Cass.civ. 1^{re} civ., 7 juill. 1993, n° 91-16.352, JurisData n° 1993-002685, L. Bloch, « *Activités juridiques* », Jurisclasseur, Responsabilité civile et Assurances, éd., Lexis 360, 2020.

⁴⁸⁰ Cass. com., 9 juill. 1996, n° 94-14.341, JurisData n°1996-003338, L. Bloch, « *Activités juridiques* », *op.cit.*

⁴⁸¹ Cass.civ. 1^{re} civ., 14 janv. 2016, n° 14-30.086, JurisData n° 2016-000333, L. Bloch, « *Activités juridiques* », *op.cit.*

359. Dans le domaine juridique, l'avocat est tenu d'une obligation de diligence et de conseil. En matière de rédaction d'acte par exemple, si ce dernier ne produit pas l'effet attendu, le rédacteur sera considéré comme fautif⁴⁸², de sorte que les rédacteurs doivent s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes qu'ils confectionnent⁴⁸³.

En matière juridique, la faute sera appréciée en tenant compte du temps passé, du montant des honoraires et de la difficulté de l'affaire⁴⁸⁴.

360. Le rôle de la mauvaise foi. Au vu de ce qui précède, la faute joue un rôle dans l'appréciation de la faute de l'avocat. En effet, cette notion caractérise le comportement de l'avocat lorsque ce dernier commet une faute intentionnelle, volontaire. S'agissant de ses activités judiciaires et juridiques, la mauvaise foi est quelque peu absente des décisions jurisprudentielles, toutefois, elle peut être déduite.

Par exemple, lorsque l'avocat n'arrive pas à prouver la vraisemblance du contrat de mandat⁴⁸⁵, il est fort probable que ce dernier ait agi de mauvaise foi quant à la croyance erronée de l'existence dudit contrat⁴⁸⁶.

361. Mais encore, la mauvaise foi peut également se déduire d'un comportement fautif quant à la défense des intérêts d'un client, de sorte que l'avocat qui laisse, volontairement, s'écouler le délai légal pour former appel, commet une faute qui pourrait être caractérisée ou aggravée par la mauvaise foi.

⁴⁸² CA. Paris, 21 juin 2011, RG n° 10/06805, (En ligne), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000024264196/>

⁴⁸³ Cass.civ. 1^{re} 14 janv.1997, n°94.16-769, Bull. civ. I, n°18 – Cass.civ. 1^{re}, 22 sept. 2011, n°10- 19.003, NP, Gaz. Pal., 8 févr. 2012, p. 24, note M. Mekki ; D. 2011. 2644, note B. Dondero – Cass.civ. 1^{re}, 30 mai 2012, n°11- 16.944, NP.

⁴⁸⁴ CA. Lyon, 27 oct. 1971, JCP G 1972, II, 17012, note A. Savatier.

⁴⁸⁵ Cass.civ. 1^{re}, 4 déc. 1973, n°72- 13.833, Bull. civ. I, n°334, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.469.

⁴⁸⁶ CA. Paris, 10 mars 2016, RG n° 15/15474, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.469.

362. Enfin, la mauvaise foi peut être un des éléments susceptibles de caractériser une faute de l'avocat. Toutefois, la notion de mauvaise foi -comme souvent- se caractérise par l'emploi de notion voisine. Par exemple comme un comportement illicite, intentionnel, ou encore, par la volonté de tromper autrui.

L'étude de la mauvaise foi dans l'appréciation des caractères de la faute démontre que cette notion est loin d'être omniprésente, de sorte que la qualification de la faute ne dépend pas automatiquement de la notion de mauvaise foi.

Toutefois, sans être retenue par les juges, cette notion n'est pas totalement obsolète. En effet, la pratique professionnelle de l'avocat peut démontrer que – dans certains cas – celui-ci peut faire preuve de mauvaise foi.

SECTION 2. Le rôle de la mauvaise foi dans l'appréciation de la faute au regard des missions professionnelles de l'avocat

363. L'étude du rôle de la mauvaise foi dans l'appréciation de la faute de l'avocat passe par l'étude de plusieurs autres notions.

En effet, le devoir de conseil étant perçu comme un devoir général s'appliquant à l'avocat en toute circonstance – peu importe la mission envisagée – il est nécessaire d'étudier ce devoir à l'aune de la mauvaise foi afin d'évaluer si la mauvaise foi peut être perçu comme un élément aggravant le non-respect de ce devoir en cas de faute (§1), pour ensuite évaluer ladite notion face à l'évolution du droit positif (§2).

§1 - L'articulation entre la mauvaise foi et le devoir de conseil

364. Historique. La profession d'avocat est une profession en constante évolution de sorte que cette dernière fait l'objet d'un accroissement. Cet accroissement concerne ses obligations, autrement dit, les missions de l'avocat se sont accrues et cela s'explique par une certaine extension contemporaine. Historiquement, l'avocat était celui qui fréquentait les prétoires, de sorte que ses obligations correspondaient à ses attributions judiciaires. Cependant, cette extension contemporaine vient progressivement ouvrir d'autres champs d'action tels que celui du domaine juridique.

365. Initialement, l'avocat n'avait d'autre caractère que celui de défenseur ou de conseil, ni d'autre mission que celle d'assister ses clients ou de soutenir leur défense par sa parole ou ses écrits⁴⁸⁷. La réforme du 31 décembre 1971⁴⁸⁸ change la mission de l'avocat, de sorte que, désormais, celui-ci représente les parties.

⁴⁸⁷ Cass.civ, 18 nov.1946, D.1947.40.

⁴⁸⁸ L.n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*

Mais encore, la loi du 31 décembre 1990⁴⁸⁹ incorpore à la loi du 31 décembre 1971, précédemment citée, les conseils juridiques dans la profession d'avocat, de sorte que ce dernier acquiert donc des attributions juridiques.

Cette extension est importante dans la mesure où elle accroît les obligations de l'avocat, de sorte que le devoir de conseil va subir une mutation.

366. Notion et généralité. Le devoir de conseil de l'avocat existe, aussi bien, dans son activité juridique, qu'au cours de son activité judiciaire⁴⁹⁰. Plus généralement, le devoir de conseil de l'avocat le suit comme son ombre de sorte que ce devoir doit être respecté pour tous les actes et peu importe la mission envisagée.

Au sens littéral du terme, il n'existe aucune définition du devoir de conseil. Toutefois, un auteur a essayé de définir cette notion en énonçant que ce devoir serait « le devoir d'éclairer les bénéficiaires de conseil sur les conséquences et les dangers d'opérations envisagées, afin de protéger leurs intérêts⁴⁹¹ ». Ainsi, le devoir de conseil concerne principalement la relation entretenue par l'avocat avec son client, de sorte que le client apparaît être le bénéficiaire de ce devoir de conseil.

367. En effet, « l'avocat est tenu à une obligation de conseil tout au long de la mission qu'il mène pour le compte de son client [...]. L'avocat doit conseiller les procédures à engager en veillant à indiquer au client les risques qu'elles présentent et ses réserves quant aux chances de succès de l'action⁴⁹² ».

Au titre du devoir du conseil, l'avocat pourra être tenu responsable de sa négligence dans le déroulement du procès, faisant ainsi perdre à son client une chance de faire triompher sa contestation.

⁴⁸⁹ L.n°90-1259 du 31 décembre 1990 portant réformes de certaines professions juridiques et judiciaires, *JORF* 5 janv. 1991.

⁴⁹⁰ V°supra, §n°194 : Sur l'importance du devoir de conseil.

⁴⁹¹ J.-J. ALEXANDRE, « *La prestation de conseil juridique en droit français* », pub., par la Presse universitaire d'Aix-Marseille, Thèse, 1992.

⁴⁹² H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1823.

368. Le devoir de conseil impose donc de préciser les voies de procédure à suivre, tout en indiquant les motifs à même de faire douter d'une issue favorable de la procédure⁴⁹³. Aussi, l'avocat est responsable des arguments qu'il développe, des erreurs qu'il commet et doit, au titre de ce devoir de conseil, choisir une stratégie adéquate afin d'assurer l'assistance et la défense de son client.

Cette application générale explique également le fait que l'avocat soit soumis à une obligation renforcée en matière de rédaction d'acte.

369. Rédaction d'acte. L'avocat est tenu d'un devoir de conseil à l'égard de toutes les parties et doit veiller à assurer l'équilibre de l'ensemble des intérêts en présence. De plus, l'avocat doit conseiller les parties sur la portée et les incidences de son intervention, de sorte que l'avocat devra conseiller son client sur les conséquences de l'opération projetée⁴⁹⁴.

En effet, lorsque l'avocat intervient pour la rédaction d'un acte, il doit en assurer l'efficacité, de sorte que « l'avocat est tenu de veiller à assurer l'équilibre de l'ensemble des intérêts en présente et de prendre l'initiative de renseigner et de conseiller les deux parties à la convention sur la portée et les incidences des engagements souscrits de part et d'autre, et doit rapporter la preuve qu'il a rempli cette obligation personnelle et particulière à leur égard⁴⁹⁵ ».

370. Cette obligation renforcée s'explique par le respect à l'obligation d'efficacité. En effet, en matière de rédaction d'acte, l'avocat n'est pas dans une situation où il recommande telle ou telle solution, ce dernier est dans une situation où il doit garantir le succès.

En conséquence, l'avocat pourra voir sa responsabilité engagée pour conseil insuffisant ou plus grave encore, absence de conseil.

⁴⁹³ CA. Paris, 29 sept. 1981, Gaz. Pal., 1982.1. 124.

⁴⁹⁴ Cass.civ, 1^{re} 25 févr. 2010, n° 09-11.591, Inédit, (En ligne), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000021884899>

⁴⁹⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1823.

371. A ce titre, l'avocat qui, chargé de rédaction d'une lettre de licenciement, omet d'attirer, en temps utile, l'attention de sa cliente sur les conséquences financières de la rupture du contrat résultant de l'existence d'une clause de non-concurrence commet un manquement au devoir de conseil s'analysant ainsi en une faute⁴⁹⁶.

Mais encore, l'avocat qui, à l'occasion d'un acte de cession de parts sociales, n'avertit pas son client (cédant) qu'en raison d'un accord préalable avec les cessionnaires, il restera tenu d'une partie du passif de la société en sa qualité de caution⁴⁹⁷, engagera sa responsabilité pour manquement au devoir de conseil.

En conséquence, le devoir de conseil est un devoir « lourd » pour l'avocat. Aujourd'hui, ce devoir de conseil est inhérent à sa mission et sous-tend toutes ses activités, de sorte qu'il est nécessaire d'appréhender le devoir de conseil à l'aune de ses missions.

372. Article 412 du Code de procédure civile. En vertu de sa mission d'assistance, l'avocat a le devoir de conseiller la partie qu'il représente, l'article 412 du Code de procédure civile énonçant que « La mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger⁴⁹⁸ ». L'avocat, tenu d'un devoir de conseil, doit nécessairement avoir une attitude active. Cette position implique, à celui-ci, de recueillir de sa propre initiative l'ensemble des documents et éléments propres à lui permettre d'assurer au mieux la défense des intérêts de son client⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Cass.civ, 1^{re} 13 mars 1996, n°93-20.578, Bull.civ. I, n°132 ; JCP 1996. IV. 1035 ; D. 1996. 94 ; D. 1997. 102, obs. Y. Serra.

⁴⁹⁷ Cass.civ, 1^{re} 16 juill. 1998, n°96-16.111, PI, Bull.civ. I, n°256, cité in Y. Avril, « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p.72.

⁴⁹⁸ CPC., art. 412.

⁴⁹⁹ Cass.civ, 1^{re} 28 mars 2008, n°07-10.807, NP, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1836.

373. Cette attitude active implique, également, à l'avocat de fournir des informations exactes à son client⁵⁰⁰, de donner son avis sur des éléments de droit et de fait⁵⁰¹, ainsi que de choisir et de proposer la procédure la plus efficace⁵⁰².

En conséquence, peut constituer une faute, le fait de ne pas avoir conseillé son client sur l'opportunité de relever appel d'un jugement ou de ne pas l'avoir informé sur les moyens permettant de s'opposer à la demande de l'adversaire⁵⁰³.

374. Procédures inutiles. L'avocat a le devoir de déconseiller l'exercice d'une voie de droit vouée à l'échec, ou *a fortiori*, abusive⁵⁰⁴. La mauvaise foi de l'avocat peut être retenue lorsque l'avocat engage des procédures inutiles. En ce sens, une question mérite d'être posée, à savoir quel est l'intérêt d'engager des procédures inutiles ? Le défaut de compétence n'est pas toujours la première réponse à donner ni à retenir.

En effet, en engageant des procédures inutiles⁵⁰⁵, l'avocat facture son client et prolonge ses services, de sorte l'engagement d'une voie de droit vouée à l'échec peut être le résultat d'une intention frauduleuse impliquant ainsi une mauvaise foi de la part du professionnel.

L'obligation de conseil permet donc d'encadrer ce type de situation, le choix de procédure devant, obligatoirement, être en adéquation avec les demandes du client.

⁵⁰⁰ CA. Paris, 19 janv. 1996, JurisData n°1996-020247, L. Bloch, P. Vaillier, Fasc n°330, « *AvocatT* », Jurisclasseur, éd., Lexis 360, 2020.

⁵⁰¹ Cass.civ. 1^{re} 21 mai 1996, n°94-12.974, NP, cité in A. Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1841.

⁵⁰² Cass.civ. 1^{re} 23 nov. 2004, n° 03-15.090 P: D. 2005. 2857, note Moret-Bailly; JCP 2005. II. 10058, note T. Lamarche.

⁵⁰³ Cass.civ. 1^{re} 9 mai 1996, n°94-14.022, Bull. civ. I, n° 191 ; D. 1996. 169.

⁵⁰⁴ Cass.civ. 1^{re} 29 avr. 1997, n° 94-21.217, Bull. civ. I, n°132; JCP 1997. II. 22948, note R. Martin; CCC 1997, n°111, note L. Leveneur; LPA 15 août 1997, note M. H. et V. Maleville; RCA 1997, Comm. 231 et chron. 19, par H. Groutel.

⁵⁰⁵ CA. Colmar, 27 sept. 2010, RG n° 09/02274, cité in A. Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.151.

375. La représentation. Il est nécessaire de déterminer les contours de ce devoir de conseil en matière de représentation. En effet, au titre de cette mission, l'avocat doit conseiller son client sur les formalités à adopter, sur la procédure à engager ainsi que sur les recours à former pour sauvegarder ses intérêts.

La représentation suppose le respect, scrupuleux, du devoir de conseil, de sorte que l'avocat qui prodiguera des conseils inexacts sera fautif. Mais encore, le fait pour l'avocat de s'abstenir d'émettre des réserves quant à l'introduction d'une instance, dont le sort est déjà fixé, s'apparente, également, en une faute⁵⁰⁶.

376. En la matière, la faute de l'avocat peut être délicate à appréhender. En effet, l'avocat qui laisse prescrire une action ne manquera pas à son obligation de diligence dans la conduite de la procédure, en raison des hésitations de son client quant à l'exercice de ladite action, mais manquera à son devoir de conseil pour ne pas avoir informé ce dernier sur les conditions d'exercice des voies de droit qui lui étaient ouvertes⁵⁰⁷.

Quoi qu'il en soit, la mission de représentation de l'avocat suppose que ce dernier respecte, scrupuleusement, le devoir de conseil, de sorte que ce dernier doit décrire à son client les différentes solutions possibles et doit prodiguer ses conseils par écrits afin de se protéger le mieux possible.

Il est, enfin, nécessaire de noter que l'obligation de conseil ne cesse pas avec l'obtention d'une décision

377. Obligation d'information. Le devoir de conseil est étroitement lié à l'obligation d'information. En effet, le devoir de conseil est composé d'une obligation d'information et ces deux notions sont « inhérentes à la mission de l'avocat et s'appliquent pratiquement à l'ensemble de ses activités⁵⁰⁸ ».

⁵⁰⁶ J.-C. WOOG « *La résistance injustifiée à l'exercice d'un droit* », éd., LGDJ, Thèse, 1968, p. 103.

⁵⁰⁷ Cass.civ, 1^{re} 10 déc. 1991, n°90-16.211, NP.

⁵⁰⁸ M.-L. DEMEESTER, « Chapitre 1 : responsabilité civile », in « *Avocat : responsabilité* », éd., Dalloz, Rép.civ., 2020, V° Obligation générale d'information.

378. L'obligation générale d'information repose sur l'article 1104 du Code civil⁵⁰⁹, c'est-à-dire sur l'exigence de bonne foi contractuelle et sur un devoir de loyauté. A ce titre, l'obligation d'information nécessite pour l'avocat d'informer son client sur ses droits et obligations, ses possibilités d'actions ainsi que les risques encourus et enfin sur ses chances de succès.

Cette obligation commence dès le moment où l'avocat doit informer son client sur les détails et sur le contenu de sa rémunération⁵¹⁰, mais elle doit continuer de prospérer jusqu'à la fin de la mission de l'avocat. En conséquence, cette obligation d'information ne peut faire l'objet d'une quelconque dispense.

379. Cependant, cette obligation comporte des limites. En ce sens, aucune faute ne pourra être imputée à l'avocat qui s'abstient de révéler une information que le client connaît déjà⁵¹¹. De la même manière, l'avocat n'est pas tenu, dans le cadre de son obligation d'information, de vérifier les informations fournies par son client s'il n'est pas établi qu'il disposait d'informations de nature à les mettre en doute ni d'attirer son attention sur les conséquences d'une fausse information⁵¹².

Cela s'explique par le fait que « nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé à une partie le principe de bonne foi⁵¹³ » élémentaire qui s'impose en matière contractuelle, cet adage tiré du droit commun s'applique à l'avocat.

380. L'avocat qui ne prend pas l'initiative d'informer son client sur l'opportunité d'exercer une voie de recours manque à son devoir de conseil⁵¹⁴, mais à quel titre ?

⁵⁰⁹ C.civ., art 1104.

⁵¹⁰ Cass.civ. 1^{re} 18 juill. 2000, n° 97-14.713, Bull. civ. I, n° 216, D. 2002, Somm. 854, obs. B. Blanchard.

⁵¹¹ Cass.civ. 1^{re} 26 nov.1996, n°94-20.334, Bull. civ. I, n° 423, cité in Y. Avril, « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p.82.

⁵¹² Cass.civ. 1^{re} 30 oct. 2007, n°05-16.789, BRDA 2007, n°14, Resp.civ. et assur. 2008.

⁵¹³ Cass.civ. 1^{re} 28 mars 2000 : D.2000. 574, note B. Beignier- Cass.civ. 1^{re} 31 oct.2012 n°11-15.529, Bull. civ. I, n° 222, RTD civ. 2013, p. 109, obs.B. Fages.

⁵¹⁴ C. ALBIGES, « *Responsabilité de l'avocat pour manquement à son obligation d'information quant aux voies de recours* », Gaz. Pal., 7 mai 2015, n° 224c8, p. 22.

En effet, le devoir de conseil étant un devoir général, d'autres obligations peuvent venir s'y intégrer, de sorte que l'avocat qui n'informe pas son client de la possibilité et de l'opportunité de former une voie de recours manque également à son devoir de diligence. Cette argumentation retient l'attention de la Cour de cassation puisque nombreuses sont les décisions rendues en ce sens.

Par exemple, la mission d'assistance en justice emporte pour l'avocat obligation d'informer son client sur les voies de recours existant contre les décisions rendues à l'encontre de celui-ci⁵¹⁵.

De ce fait, constitue une faute le fait de ne pas mentionner l'existence d'une voie de recours⁵¹⁶, ou encore de conseiller de ne pas interjeter appel alors que les chances d'obtenir une réformation du jugement étaient réelles⁵¹⁷.

381. La mauvaise foi joue un rôle phare, au sein de cette obligation d'information, dans la mesure où l'avocat qui n'exécute pas ladite obligation, et ce volontairement, pourra voir sa responsabilité engagée. Néanmoins, la faute intentionnelle de ne pas délivrer une information nécessaire s'apparente à un comportement pouvant être le résultat d'un comportement délictueux, donc empreint de mauvaise foi.

Le devoir d'information revêt plusieurs obligations, de sorte que le manquement à l'une d'elles sera sanctionné. Ainsi, la mauvaise foi peut être constatée dans la mesure où, étant une affirmation négative de la bonne foi, tout comportement contraire à celle-ci pourra être synonyme de mauvaise foi.

382. Cependant, la démonstration de la mauvaise de l'avocat, en matière de conseil, est difficile à réaliser. Cette difficulté réside dans le fait que le comportement malveillant de l'avocat n'est pas systématiquement reconnu.

⁵¹⁵ Cass.civ, 1^{re} 4 févr. 2015, n°14-10.841, NP, Inédit, JurisData n°2015-001869.

⁵¹⁶ Cass.civ, 1^{re} 13 nov. 1997, n°95-14.141, JurisData n°1997-004408, JCP G 1997, IV, 2518.

⁵¹⁷ CA. Paris, 12 avr. 1996, JurisData RG n°1999-021505, cité in Y. Avril, « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p.66.

383. Le défaut ou l'absence de conseil peut être perçu comme de l'imprudence ou par la manifestation d'un oubli ou encore d'une erreur, de sorte qu'il est difficile d'affirmer pleinement que l'avocat sera marqué par une quelconque mauvaise foi en omettant de délivrer certaines informations.

Ainsi, pour qualifier un comportement empreint de mauvaise foi, il serait, peut-être, plus judicieux de prendre en compte le résultat escompté par le professionnel.

384. Quid du comportement et des compétences du client. A l'origine, le devoir de conseil présentait un caractère relatif, de sorte que la compétence du client était un élément pris en compte dans l'appréciation de la faute du professionnel⁵¹⁸. Aujourd'hui, la jurisprudence a changé sa ligne de conduite et estime que la compétence du client ne décharge pas le professionnel, de sorte que le devoir de conseil présente désormais un caractère absolu⁵¹⁹.

Toutefois, les juges font parfois référence à l'étendue des compétences personnelles du client, sans pour autant juger que cette compétence ait une influence sur l'étendue du devoir de conseil du professionnel.

Cet argument est également conforté par les précisions de la Cour de cassation, cette dernière énonce, en effet, de manière systématique que « la compétence personnelle de son client est sans incidence sur l'étendue du devoir de conseil qui incombe à l'avocat⁵²⁰ ».

⁵¹⁸ Cass.civ. 1^{re} 2 juill. 1991, n°90-12.065, Bull. civ. I, n° 228, (En ligne), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007027204>

⁵¹⁹ Cass.civ. 1^{re}, 15 janv. 2002, n°99- 21.799, Bull. civ. I, n°15; D. 2002. 541; Gaz. Pal., 2002. Somm. 183; JCP 2002. II. 10063, note H. Croze – Cass.civ. 1^{re}, 19 mai 1999, n°96- 22.892, Bull. civ. I, n°166; D. 1999. 159 – RAPP. : Cass.civ. 1^{re}, 25 nov. 1997, n°95- 18.618, Bull. civ. I, n°329 – Cass.civ. 1^{re}, 9 juin 1998, n°96- 13.785, Bull. civ. I, n° 205.

⁵²⁰ *Ibid.*

A ce stade, la question qui se pose est celle de savoir si le client peut, par son comportement, engager sa responsabilité ou exonérer celle de l'avocat ?

Plus précisément, il s'agit de s'intéresser à la mauvaise foi du client et de savoir si ce dernier pourra – après avoir compromis la mission de l'avocat – lui reprocher d'avoir mal accompli sa mission ? Ces questions suscitent de nombreuses réflexions.

385. Dans un premier temps, il est important de rappeler que les professionnels du droit sont tenus à un véritable devoir d'investigation.

Toutefois, cette obligation n'impose pas à l'avocat de mener une enquête, impossible, sur les déclarations de leurs clients. En conséquence, le devoir de conseil n'implique pas d'aller jusqu'à faire une vérification systématique des déclarations des parties. A ce propos, une jurisprudence énonce que l'avocat n'est pas tenu de vérifier la sincérité des affirmations d'une partie si ces informations portent sur des faits.

A contrario, « lorsqu'il s'agit de questions qui ne relèvent pas seulement des faits, mais [qui] ont des applications juridiques, l'avocat doit poser des questions ⁵²¹ ». L'avocat est donc « investi d'un véritable devoir de curiosité ⁵²² ».

386. La Cour de cassation fait preuve de clarté remarquable à ce sujet puisqu'elle rappelle – dès cela advient nécessaire – que « l'avocat ne saurait être tenu, dans le cadre de son obligation de conseil, de vérifier les informations fournies par son client s'il n'est pas établi qu'il disposait d'informations de nature à les mettre en doute [...] d'attirer son attention sur les conséquences d'une fausse déclaration dès lors que l'obligation de loyauté et de sincérité s'impose en matière contractuelle et que nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé à une partie ce principe de bonne foi élémentaire, ou les conséquences de sa transgression⁵²³ ».

⁵²¹ Cass.civ, 1^{re} 16 nov. 1964, Bull. civ. I, n°502, Gaz. Pal., 1965, I, 58

⁵²²Y. AVRIL, « Responsabilité des avocats », *op.cit.*, p. 82.

⁵²³ Cass.civ, 1^{re} 30 oct. 2007, n°05-16.789, RTD civ. 2008. 676, obs.B. Fages.

En conséquence, le devoir de conseil de l'avocat comporte des limites qui concerneraient l'information en cause, ainsi que le comportement de son client.

387. Si la jurisprudence retient largement les erreurs et les fautes commises par l'avocat – et ce puisque sa faute, même légère suffit à le rendre responsable - elle admet, avec modération, des causes d'exonérations, de sorte qu'il existe bien des limites au devoir de conseil. Ces limites peuvent être totales⁵²⁴, partielles⁵²⁵, voire même inexistantes⁵²⁶.

L'exonération de l'avocat pourra être totale, si et seulement si, ce dernier a accompli normalement ses diligences, mais encore, si le client assume sciemment une opération risquée en dépit des conseils et réserves prodigués⁵²⁷.

388. En effet, nombreuses sont les décisions qui évoquent la malhonnêteté de client à l'aune du devoir de conseil de l'avocat, de sorte que lesdites décisions s'avèrent hétérogènes.

Cependant, aucune décision uniforme ne pose de principe selon lequel, le comportement malhonnête d'un client exonère totalement l'avocat de toutes les fautes qu'il aurait pu commettre. C'est donc à la jurisprudence qu'il revient d'évaluer, *in concreto*, les situations litigieuses.

En matière de conseil, la mauvaise foi est plus ou moins facile à cerner, dans la mesure où le devoir de conseil revêt un caractère général et absolu. Pour autant, le caractère général de ce devoir permet de qualifier le manquement imputable à l'avocat. En effet, les manquements au devoir de conseil sont vastes et regroupent une multitude de situations, de sorte que la manifestation de la mauvaise semble plus abordable.

⁵²⁴ Cass. ass. Plén, 13 avr. 2007, n°06-19.613, D. 2007. 1433, obs. V. Avena-Robardet.

⁵²⁵ Cass.civ 1^{re} 2 avr. 1997, n° 94-19.762, NP – MÊME SENS : Cass.civ. 1^{re}, 16 nov. 2016, n°15- 25.513, NP; RCA 2017, n°41, obs. H. Groutel.

⁵²⁶ Cass.civ, 1^{re} 11 janv.2007, n°15-22.776, Rép.civ., 2017, p.246, note S. Peleet, Gaz.Pal., 24 avr.2017, p.27, obs.M. Mekki.

⁵²⁷ Cass.civ, 1^{re} 10 déc.2002, n° 00-17.562, NP, (En ligne), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007629583>

389. La mauvaise foi de l'avocat pourrait être perçue comme de l'imprudence, volontaire, et cette imprudence se manifesterait par le fait que l'avocat adopterait un comportement contraire à un « bon professionnel », faisant ainsi preuve de négligence.

A juste titre, cette négligence pourrait se manifester par un comportement qui ne relève pas d'un professionnel rigoureux, de sorte que ce dernier commettrait une atteinte aux intérêts de son client.

Quoi qu'il advienne, ce raisonnement est purement fictif puisque rares sont les cas où la mauvaise foi est observée par les juges en matière de conseil.

§2 - *L'articulation entre la mauvaise foi et la faute face à l'évolution du droit positif*

390. Définition. Le droit positif désigne « les règles juridiques en vigueur dans un État, quel que soit d'ailleurs leur caractère particulier, constitutions, lois, décrets, ordonnances, coutumes, jurisprudence⁵²⁸ ». Autrement dit, le droit positif est l'ensemble des règles et lois en vigueur qui organisent la vie d'une société.

La faute commise dans le cadre du droit constant ayant déjà été présenté dans les développements précédents et le contentieux principal provenant de l'état de la jurisprudence – dans la mesure où cette dernière peut être amenée à créer des bouleversements – il sera nécessaire d'évaluer l'état du droit positif à l'aune des revirements de jurisprudences.

391. La profession d'avocat face au droit applicable. L'article 3 alinéa 2 du décret du 12 juillet 2005 dispose que l'avocat doit faire preuve de « compétence, de dévouement, de diligence et de prudence⁵²⁹ ». Cette règle inspire la sauvegarde des intérêts que lui sont confiés par ses clients.

⁵²⁸ M.PLANIOL, « *Distinction du droit positif et du droit naturel* », coll., *Traité élémentaire de droit civil*, éd., 1904, p.2.

⁵²⁹ Décr. n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art.3.al.2.

Au titre de ces devoirs, l'avocat – afin de ne pas commettre d'erreur de droit – doit maîtriser parfaitement les règles de droit applicables. Toutefois, comme le précise un auteur, « le droit n'est pas une mécanique immuable et parfaite. Il s'agit plutôt d'une matière vivante, évolutive, souvent difficile à cerner, qui ne dépend pas de l'avocat lui-même⁵³⁰ ».

392. La valeur normative de la jurisprudence. Sur ce point, plusieurs questions se soulèvent. La première réside dans le fait de savoir quelle place occupe la jurisprudence au sein du droit positif et qu'elle est sa nature. Cette question est fondamentale puisqu'elle détermine la caractérisation d'une possible faute de l'avocat.

S'agissant de la valeur normative de la jurisprudence, l'article 5 du Code civil dispose qu'« Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises⁵³¹ ».

Autrement dit, le juge ne peut rendre un arrêt qui apporte à la situation qui lui est soumise une solution qui contredirait les autres juges.

393. Toutefois, la portée de cet article est à diminuer puisque désormais la jurisprudence devient « [...] une norme jurisprudentielle venant se placer à côté des normes législatives⁵³² ».

De sorte que la jurisprudence, tout comme la loi, est perçue comme « l'encadrement d'une conduite à travers un modèle, une direction qu'il faut suivre, qui est obligatoire⁵³³ ».

L'évolution de la jurisprudence en tant que source du droit amène l'avocat à faire preuve de prudence à l'égard des éventuels changements, de sorte qu'il est nécessaire d'évaluer le sort de l'avocat quant aux bouleversements jurisprudentiels.

⁵³⁰ H. SLIM « *Responsabilité professionnelle des avocats à l'épreuve des incertitudes du droit* », éd., Revue le Lamy droit civil, n°105, 2013.

⁵³¹ C.civ., art.5.

⁵³² J.-L. HALPERIN « *Introduction au droit : en 10 thèmes* », éd., Dalloz, 2019, p.48.

⁵³³ *Ibid.*, p.12.

394. Les difficultés liées aux revirements de jurisprudence. Il est nécessaire de préciser que « la règle nouvellement interprétée par la Cour de cassation est censée avoir toujours eu le sens que la décision de revirement lui donne. Par conséquent, la règle de droit dont l'interprétation est modifiée n'est pas à proprement parlé nouvelle, et, par l'effet de cette fiction, est censée avoir toujours été du droit positif⁵³⁴ ».

Cette vision abstraite n'est pas totalement applicable dans la mesure où l'interprétation nouvelle peut venir modifier le droit existant de sorte qu'il est nécessaire d'aller plus loin.

395. S'agissant d'un avocat, le principe est celui selon lequel « la méconnaissance d'un changement de jurisprudence par un avocat est considérée comme une faute⁵³⁵ », cependant, l'appréciation de la faute suppose de s'interroger sur la prévisibilité de ce changement de sorte qu'une question se pose. L'avocat est-il tenu d'anticiper un changement de jurisprudence ? Cette question est délicate, mais elle s'avère primordiale dans l'appréciation de la faute de celui-ci.

396. Une décision semblait prendre en compte le critère de prévisibilité en affirmant que si l'avocat « n'engage pas sa responsabilité professionnelle en soulevant pas un moyen de défense inopérant » et si aucune faute ne peut lui être imputée « de ne pas avoir anticipé une évolution jurisprudentielle imprévisible du droit positif » il se doit cependant « de faire valoir une évolution jurisprudentielle acquise dont la transposition ou l'extension à la cause dont a la charge a des chances sérieuses de la faire prospérer⁵³⁶ ».

⁵³⁴ S. HOCQUET-BERG, « Responsabilités des avocats – revirement de jurisprudence », éd., Revue le Lamy droit de la responsabilité, n°432-21, 2017.

⁵³⁵ Cass.civ. 1^{re} 15 oct.1985, n°84-12.309, Bull.civ. I, n°257; D. 1987. 104, note A. Brunois ; Gaz. Pal.,1986. Pan., 37 ; RTD civ. 1986. 759 obs. J. Huet.

⁵³⁶ Cass.civ. 1^{re} 14 mai 2009, n°08-15.899, Bull.civ. I, n°92, D.2010, p.56. obs. P. Brun., RTD civ.2009.

397. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation semble adoucir le critère temporel – puisqu'elle ne fera plus référence au caractère prévisible ou imprévisible – et estime « qu'un avocat n'engage pas sa responsabilité lorsque son analyse juridique est conforme à la jurisprudence alors en vigueur⁵³⁷ », « sans que l'on puisse lui imputer une faute de n'avoir pas prévu une évolution postérieure du droit consécutive à revirement de jurisprudence⁵³⁸ ».

En conséquence, le devoir de compétence de l'avocat lui impose de soulever tout moyen de défense opérant au regard de la jurisprudence, « sans que puisse lui être imputé la faute de n'avoir pas anticipé une évolution imprévisible du droit positif⁵³⁹ ».

Autrement dit, la Cour de cassation estime que la connaissance de la jurisprudence par le professionnel « ne saurait lui imposer une fonction de devin⁵⁴⁰ ».

Quoi qu'il en soit, l'avocat doit faire preuve de prudence au regard des incertitudes du droit positif auxquels il est amené à faire face dans l'exercice de sa profession au quotidien.

398. Ancienneté de la faute. Il ne faut pas oublier que la faute de l'avocat n'a pas toujours eu la même ampleur. En effet, le siècle précédant démontre que la faute de l'avocat n'était pas souvent ni facilement retenue dans la mesure où c'est l'avoué qui supportait – le plus souvent – cette responsabilité. L'avoué – en droit romain – « représente le plaideur et remplit une fonction salariée confiée le plus souvent à un esclave ou à un affranchi⁵⁴¹ », et l'avocat lui était un homme libre. Cette division explique le régime de responsabilité applicable à l'époque.

⁵³⁷ Cass.civ. 2^e 26 févr. 1997, n°94-19.233, Bull.civ. II, n°60. D. 1997. 77.

⁵³⁸ Cass.civ. 1^{re} 15 déc.2011, n°10-24.550, Bull.civ. I, n°214; RTD civ. 2012. 318, obs. Jourdain.

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ Cass.civ, 1^{re} 12 oct. 2016, n°15-18.659, Rép. civ., 2017. 48, note S. Pellet.

⁵⁴¹ Y. AVRIL, « *La responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p. 26.

399. Pour ainsi dire, l'avoué supportait seul les risques liés aux fonctions de représentations afférentes à sa mission. En conséquence, la responsabilité de l'avocat était exclusivement limitée à la faute lourde de sorte que ce dernier n'était que – pour ne pas dire jamais – rarement tenu responsable.

Ce cantonnement à la faute lourde est lié à la nature même de sa mission de l'époque : le conseil et la défense. Ainsi et comme le résume parfaitement une partie de la doctrine, « les difficultés pratiques, tenant à l'expression orale de ce rôle, limitent considérablement les possibilités réelles d'action du client ou des tiers⁵⁴² ».

400. A ce titre, il est intéressant de s'apercevoir que la faute pour mauvaise application de la loi ou de la jurisprudence est une faute ancienne dans la mesure où elle a toujours été retenue par les juges à l'égard du professionnel du droit. Ainsi, l'avocat qui ne prend pas en compte un revirement de jurisprudence engagera sa responsabilité professionnelle⁵⁴³.

L'ancienneté de cette faute démontre l'importance primordiale qu'elle occupe dans la profession d'avocat de sorte que l'application du droit positif est un devoir que l'avocat doit scrupuleusement respecter.

En conclusion, la norme jurisprudentielle « augmente soudainement : contrairement à la norme législative, dont il est possible, à force de diligence, de trouver la version en vigueur, l'évolution de la norme jurisprudentielle implique, d'une part, une évaluation de la portée exacte de l'arrêt qui la porte, d'autre part, une période d'incertitude pendant la phase de transition⁵⁴⁴ », de sorte que la Cour de cassation adapte l'obligation de connaissance du droit pour les situations d'évolution jurisprudentielle.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 27.

⁵⁴³ Cass.civ. 1^{re} 25 mai 1992, n°90-13.613, D. 1992.

⁵⁴⁴ P. DEUMIER, « *Application de la jurisprudence* » Rép.civ., éd., Dalloz, 2019.

401. Le devoir de connaissance du professionnel. Le devoir de compétence, de conseil ou d'information repose sur un même socle, celui de la connaissance exacte du droit. Le droit positif, tout comme la jurisprudence, sont les piliers formant les compétences de l'avocat, de sorte qu'il est dans l'obligation de les connaître.

Le devoir de connaissance du professionnel est une notion importante. Cette importance réside dans le fait que la Cour de cassation a reconnu la jurisprudence comme un élément de droit positif et non comme une simple autorité.

Autrement dit « le professionnel du droit doit connaître une jurisprudence acquise, mettre en garde face à une jurisprudence incertaine, tenir compte des évolutions prévisibles⁵⁴⁵ ».

La faute de l'avocat s'évalue à l'aune du droit applicable, et notamment à l'aune de la jurisprudence.

402. Ainsi, l'obligation de l'avocat porte « sur l'état du droit positif existant à l'époque de l'intervention⁵⁴⁶ » de sorte que l'avocat ne devrait pas commettre d'erreur à propos d'une jurisprudence dite constante⁵⁴⁷. En conséquence, l'avocat doit se tenir informé des évolutions, puisqu'il commet une faute en ignorant les jurisprudences nouvelles.

L'avocat ne peut « au mépris d'une nouvelle jurisprudence⁵⁴⁸ » fonder sa défense sur des arguments qui en conséquence empêcheront à une action de prospérer.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ Cass.civ. 1^{re} 7 mars 2006, n°04-10.101, *Bull.civ.* I, n°136 ; AJDI 2006. 587; RTD civ. 2007. 103, obs. J. Mestre et B. Fages; JCP 2006. I. 166, n° 9, obs. Ph. Stoffel- Munck; JCP N 2006. 1217, note F. Buy; Defrénois 2006. 38432, note F. Hébert; Rép.civ 2006. 1234, note S. Carval; D. 2006. 2894, note F. Marmoz.

⁵⁴⁷ C. ALBIGES, « *Responsabilité civile de l'avocat pour méconnaissance d'une jurisprudence constatée* », *Gaz. Pal.*, 18 déc. 2018, n° 338r7, p. 35.

⁵⁴⁸ Cass.civ.1^{re} 15 oct. 1985, n°84-12.309, *Bull.civ.* I, n°257; RTD civ. 1986? 759, obs. Huet.

403. Mais encore, au titre de son devoir de connaissance l'avocat doit mettre en garde son client sur les incertitudes qui se présentent à lui. En effet, l'état du droit ne passe pas automatiquement à une règle nouvelle et certaine de sorte qu'il existe des situations d'incertitude quant à l'évolution de la règle en question.

En ce sens, la jurisprudence essaie de déterminer les contours de cette obligation de mise en garde et indique que « lorsqu'une question de droit a fait l'objet de controverse, il ne peut être reproché une faute aux professionnels ⁵⁴⁹ ».

404. Comme en matière de revirement de jurisprudence, le professionnel n'est pas tenu de connaître l'issue d'une incertitude quant au droit positif.

Cependant, l'avocat devra informer son client sur l'existence d'une controverse et le mettre en garde sur l'incertitude juridique ainsi générée, de sorte que « face à un précédent jurisprudentiel et dans l'attente de sa confirmation par un arrêt de principe, les professionnels du droit se doivent soit de déconseiller l'opération litigieuse, soit, à tout le moins, d'avertir le preneur (*client*) des incertitudes de la jurisprudence⁵⁵⁰ ».

405. Le devoir de connaissance est donc perçu comme une « obligation de se documenter plus spécialement et surtout de porter à la connaissance de ses clients, l'existence même de cette controverse ou le caractère incertain de l'acte envisagé⁵⁵¹ ». En ce sens, l'avocat doit suivre l'évolution de cette controverse puisqu'il ne pourra plus invoquer, afin de s'exonérer, l'existence d'une controverse résolue « par une jurisprudence ancienne et constante de la Cour de cassation⁵⁵² ».

⁵⁴⁹ Cass.ch. req. 12 févr. 1883, DP 1884.1.255.

⁵⁵⁰ Cass.civ, 1^{re} 7 mars 2006, n°04-10.101, *préc.*

⁵⁵¹ CA. Amiens, 29 janv. 1959, JCP N 1959. II. 11212.

⁵⁵² Cass.civ. 21 juill. 1921, DP 1925.1.29.

A ce stade, il est nécessaire de se demander si le devoir de connaissance de l'avocat inclut également une obligation d'information ? Pour rappel, le devoir d'information recouvre un domaine très large, il est donc possible de répondre à cette question de façon positive.

En effet, « l'avocat doit fournir à son client tous les renseignements susceptibles d'éclairer ce dernier sur la situation dans laquelle il se trouve et les possibilités qui lui sont offertes pour sauvegarder ses intérêts⁵⁵³ », de sorte que ce dernier doit s'acquitter d'une obligation d'information afin de préserver les intérêts de son client.

406. Concernant l'état du droit positif, cette obligation d'information est évidente. En effet, le devoir de connaissance de l'avocat l'oblige à informer son client de l'état du droit actuel applicable au litige ou conseil en question. Ainsi, le devoir d'information découle du devoir de connaissance puisqu'ils sont inévitablement liés.

S'agissant d'une incertitude quant au droit positif, l'avocat doit informer son client qu'une incertitude plane sur les règles applicables au litige, de sorte qu'en délivrant cette information il s'assure d'avoir éclairé son client sur les risques que recouvre ladite incertitude.

Quoi qu'il advienne, le devoir d'information étant lié au devoir de connaissance, les manquements de l'avocat seront observés à l'aune de ce devoir, cela étant, en plus, démontré par la jurisprudence.

407. Le devoir de connaissance a donc pour but de renforcer la prudence et la diligence de l'avocat de sorte que ce dernier, en ne s'informant pas de l'état de droit, fait preuve de tolérance excessive, ce qui pourrait être perçu comme une certaine mauvaise foi.

⁵⁵³ H. SLIM « Responsabilité professionnelle des avocats à l'épreuve des incertitudes du droit », *op.cit.*

408. L'absence de définition relative à la mauvaise foi amène un raisonnement global de sorte que plusieurs notions peuvent s'apparenter à cette dernière. Il est ici question de savoir si la tolérance excessive de l'avocat peut être perçue comme un comportement de mauvaise foi. Cette tolérance excessive résulterait d'une mauvaise connaissance du droit actuel, ou plus précisément d'une mauvaise application de celui-ci.

409. La place occupée par la mauvaise foi est intéressante puisqu'elle ne s'apparente pas, automatiquement, à un comportement intentionnel. En effet, l'avocat qui ne met pas tout en œuvre pour assurer les intérêts et la défense de son client commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité.

Cependant, rares – voire obsolètes – sont les décisions qui fondent leur solution sur des éléments impliquant une quelconque notion relative à la mauvaise foi de sorte que cette notion doit être déduite du comportement de l'avocat. Jusqu'à présent, les éléments intentionnels pouvaient aider à invoquer la notion, toutefois la solution s'avère délicate lorsque l'avocat n'a pas agi sciemment.

410. Ainsi, comment est-il possible de caractériser un comportement de mauvaise foi ? En effet, l'avocat est responsable des fautes et négligences commises dans l'exercice de sa fonction de sorte que la négligence pourra engager la responsabilité de ce dernier. La mauvaise foi peut être perçue à l'aune du devoir de compétence puisque l'avocat qui commet une négligence fera preuve d'indulgence dans la gestion de sa mission.

En conséquence, la mauvaise foi ne nécessite pas automatiquement un comportement malveillant ou intentionnel pour être caractérisée. La négligence de l'avocat dans l'exercice de sa fonction peut être analysée comme une indulgence d'une telle intensité qu'il sera possible que ce comportement soit marqué par la notion de mauvaise foi.

411. La force du devoir de conseil et l'incertitude du droit. Dans le cadre de son obligation générale de diligence et de compétence, l'avocat est tenu de connaître l'état du droit, « cette obligation étant liée à l'accomplissement des missions qui lui sont confiées mais également au bon exercice de son devoir d'information et de conseil⁵⁵⁴ ».

Afin d'apprécier le respect du devoir de conseil, il est nécessaire de prendre en compte le droit positif⁵⁵⁵ et les aléas d'interprétation de la loi et de la jurisprudence⁵⁵⁶.

Pour autant, la jurisprudence maintient que l'incertitude sur le droit positif ne dispense pas l'avocat de son devoir de conseil⁵⁵⁷, de sorte qu'il est nécessaire d'évaluer l'équilibre qui règne entre cette possible incertitude et la faute de l'avocat.

412. Les limites quant à l'appréciation du devoir de conseil en matière de droit positif résident dans le fait que l'analyse juridique de l'avocat s'évalue à l'aune du droit en vigueur de sorte que – comme cela déjà été évoqué – l'avocat ne peut commettre une faute en omettant d'invoquer un revirement de jurisprudence postérieur à son action. Ainsi, c'est au moment où la décision est rendue et où cesse l'incertitude jurisprudentielle que la faute de l'avocat doit être appréciée.

⁵⁵⁴ J.-L. MAGNIER, « *De l'obligation de conseil et de compétence de l'avocat rédacteur d'acte* », Gaz. Pal., 20 nov. 2009, p. 4.

⁵⁵⁵ CA. Paris, 9 déc. 2002, Gaz. Pal., 2003, 1023.

⁵⁵⁶ J. BORE, « *Le devoir de conseil de l'avocat rédacteur d'actes entre ciel et terre* », Gaz. Pal., 1996. 2. Doctr.1411.

⁵⁵⁷ Cass.civ. 1^{re} 9 déc. 1997 n°95-21.407, Bull. civ. I, n° 362; AJDI 1998. 943; AJDI 1998. 944, obs. G. Teilliais. Pau, 11 juin 1981; Gaz. Pal. 1981. 2. 641; in DAMIEN, Les grands arrêts, 1991, p. 88

En conséquence, ne commet pas une faute en se référant à la dernière jurisprudence connue sans anticiper un revirement⁵⁵⁸. *A contrario*, l'avocat qui n'informe pas son client des moyens qui lui auraient permis de s'opposer à la demande de son contradicteur commet un manquement à son obligation de conseil⁵⁵⁹.

413. S'agissant de la mauvaise foi, l'implication de cette notion est difficile à cerner, contrairement à la faute intentionnelle. L'incertitude du droit positif n'est pas chose aisée.

Cette notion très abstraite et presque absente du comportement des avocats pourrait être caractérisée par la négligence de celui-ci dans l'exercice de sa profession notamment en ne s'informant pas des changements législatifs et jurisprudentiels.

En effet, la nécessité de faire appel à un avocat réside dans le fait que ce dernier est « censé » pouvoir assurer une défense imparable, et ce en ayant une maîtrise infaillible du droit en vigueur de sorte que la négligence quant au droit positif pourrait être difficilement admise.

414. Ainsi, les caractéristiques de la profession d'avocat laissent penser l'incompétence de ce dernier sera nécessairement intentionnelle. Et cette attitude intentionnelle pourra être guidée par une certaine passivité du professionnel expliquant ainsi la mise en œuvre de la notion de mauvaise foi.

En conséquence, le devoir de conseil est apprécié au même titre que le devoir de connaissance et d'information de sorte que l'étude du droit positif est appréhendée en fonction de la date d'intervention de l'avocat et la date du changement législatif ou jurisprudentiel.

⁵⁵⁸ Cass.com., 29 mars 1994, n°91-21.191, JurisData n°1994-000867 ; Bull.civ. IV, n°135, p. 106,1994, JCP 1994, n°26 IV, n°1486, P. 191 ; D. 1994, n°16, IR. 104.

⁵⁵⁹ Cass.civ. 1^{re} 9 mai 1996, n°94-14.022, Bull. civ. I, n° 191 ; D. 1996. 169.

415. En conclusion, il est opportun de s'intéresser aux raisonnements d'un auteur qui résume parfaitement les obligations des professionnels du droit en énonçant que « lorsqu'une jurisprudence est acquise, le professionnel du droit doit la connaître ; lorsqu'elle est incertaine, il doit mettre en garde ; lorsqu'elle a ensuite évolué de façon imprévisible, il ne pouvait le savoir ; lorsque cette évolution était prévisible, il aurait dû en tenir compte⁵⁶⁰ ».

L'objet de cette étude était donc celui de savoir si les évolutions jurisprudentielles pouvaient faire l'objet d'une faute pour l'avocat, et dans l'affirmative, qu'elle place pouvait occuper la notion de mauvaise foi.

⁵⁶⁰ P. DEUMIER, « Application de la jurisprudence », *op.cit.*

CONCLUSION DE CHAPITRE

416. Les évolutions attachées à la profession d’avocat démontrent que celui-ci est désormais responsable, et ce au même titre que tout justiciable de sorte que l’appréciation de la faute civile de ce dernier nécessite d’être évaluée.

L’étude de chapitre permet de comprendre qu’elle est la place que peut occuper la faute civile au sein de la profession d’avocat. *A fortiori*, cette étude était orientée par une notion, celle de la mauvaise foi sur ladite faute.

D’une façon générale, la mauvaise foi peut s’avérer être un élément déclencheur de la faute civile. Toutefois, cette articulation nécessite de prendre en compte certains critères comme celui attaché à l’intention de nuire à autrui, soit plus généralement au client.

417. Mais encore, l’appréciation de la faute civile nécessite de mesurer la notion de mauvaise foi à l’aune des obligations juridiques et judiciaires de l’avocat. A ce titre, il apparaît opportun de confronter la notion avec la portée du mandat de l’avocat. En effet, cette confrontation démontre que la notion de mauvaise foi s’avère être quelque peu absente des décisions jurisprudentielles.

Le devoir de conseil de l’avocat apparaît comme un devoir général ou encore comme un devoir pouvant être à l’origine d’un manquement imputable à l’avocat. En la matière, la mauvaise foi apparaît comme une forme d’imprudence, volontaire ou non, pouvant s’apparenter à un comportement contraire à celui d’un « bon professionnel ».

418. Enfin, les connaissances de l’avocat quant à l’évolution du droit positif semblent susciter de nombreuses réflexions puisque cette l’étude implique d’évaluer la portée des revirements de jurisprudence face aux connaissances que l’avocat doit impérativement maîtriser. La notion de mauvaise foi s’avère difficile à cerner. Cette difficulté réside dans le fait que la faute de l’avocat n’est pas toujours retenue.

En conséquence, cette mauvaise foi pourrait être déduite du comportement passif de l’avocat quant aux connaissances acquises et évolutions que ce dernier est censé savoir discerner.

CHAPITRE 2. L'influence de la mauvaise foi sur le régime en matière de responsabilité comminatoire

419. Comme cela a été démontré précédemment, la profession d'avocat n'exonère pas ce dernier d'une possible responsabilité civile. Plus encore, en étudiant la portée de la déontologie de l'avocat, il est nécessaire d'observer que la faute déontologique est le fondement de toutes sanctions disciplinaires. En l'espèce, il sera question d'évaluer le rôle de la mauvaise foi dans l'appréciation de cette faute déontologique. Autrement dit, il s'agira d'étudier la notion de mauvaise foi au regard de la faute déontologique (Section 1), pour ensuite confronter la notion de mauvaise foi à l'aune du droit pénal (Section 2).

SECTION 1. La qualification de la mauvaise foi à l'épreuve de la faute déontologique

420. L'étude de la faute déontologique, à travers la notion de mauvaise foi, nécessite de prendre connaissance de l'impact que peut avoir cette autorégulation sur la plainte disciplinaire (§1), pour ensuite évaluer l'articulation entre la mauvaise foi et la déontologie afin de s'apercevoir que cette notion est le préalable à l'appréciation de la faute (§2).

§1 – L'impact entre l'autorégulation de la profession et la plainte disciplinaire

421. Amorce. La profession d'avocat n'est pas dotée d'un Code de déontologie unique regroupant toutes les règles s'y afférents. Les règles se trouvent ainsi morcelées au sein de plusieurs textes distincts, textes qui ont déjà été évoqués. Cet éparpillement n'est pas synonyme d'absence, bien au contraire, la profession d'avocat est soumise à une éthique forte et affirmée.

La déontologie de l'avocat se manifeste dans plusieurs textes regroupant ainsi les « principes essentiels » guidant la profession d'avocat, de sorte qu'il est nécessaire de comprendre pourquoi l'exercice de la déontologie des avocats est caractérisé par une autoréglementation, autrement dit, une autorégulation.

Ainsi, les professionnels gèrent, eux-mêmes et selon des règles qui leur sont propres, les conflits inhérents aux manquements déontologiques, de sorte que le procès civil et pénal ne sont pas compris dans cette autorégulation.

422. Nécessité d'une autorégulation. A ce stade se pose la question de savoir qu'elle est la nécessité de bénéficier d'une autorégulation au sein de la profession d'avocat ? La nécessité de cette autorégulation est parfaitement expliquée et démontrée par certains auteurs qui indiquent que « les avocats sont les mieux à même d'établir les exigences réglementaires pour leur exercice - ils se sentiront plus responsables des réglementations s'ils sont impliqués dans le processus d'élaboration, - elle permet une certaine souplesse, - le coût administratif est plus faible, le respect est meilleur et l'adaptation par les cabinets plus rapide. Enfin les avocats sont les mieux placés pour observer et évaluer la mauvaise conduite professionnelle et aider à la sanctionner⁵⁶¹ ».

423. Toutefois, il est nécessaire de préciser que l'État n'est pas totalement absent de cette autorégulation dans la mesure où c'est ce dernier qui prend la décision de déléguer aux Ordres « le soin de s'assurer que ses membres sont compétents, indépendants et disciplinés⁵⁶² ». Cette délégation démontre que l'État peut intervenir dans les relations ordinales et que, de fait, il n'en est pas totalement distrait.

424. Ainsi, comme le résume André Damien, l'autorégulation de cette profession d'avocat est nécessaire puisqu'elle permet un certain gain de temps, une économie importante et un respect scrupuleux des règles édictées par les personnes objet de cette régulation. L'autorégulation pourrait donc servir à dissuader les membres de cette profession de commettre des fautes disciplinaires.

⁵⁶¹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.74.

⁵⁶² *Ibid.*

425. L'auteur poursuit en indiquant que le « seul but de cette réglementation de la profession d'avocat consiste dans le fait d'assurer aux clients de celui-ci que l'avocat sera compétent, indépendant et discipliné⁵⁶³ ». En conséquence, l'autorégulation de la profession est étroitement liée à la déontologie de l'avocat.

En effet, l'autorégulation peut avoir comme but de renforcer les principes essentiels qui guident ladite profession, ce qui démontre comment l'intérêt du client pourra être sauvegardé.

426. L'autorégulation de la profession d'avocat a pu susciter quelques craintes, notamment à travers le principe de la libre concurrence. Un arrêt, rendu par la Cour de Justice de l'Union Européen en 2002, indique que « L'ordre, en ce qu'il n'est pas une association d'entreprises, en ce qu'il n'exerce pas une activité économique, en ce qu'il agit par délégation de l'État, en ce qu'il agit en fonction d'un corps légal défini par l'État, en ce que ses décisions sont soumises au contrôle étatique, n'est pas un facteur de restriction à la concurrence⁵⁶⁴ ».

427. Quoi qu'il en advienne, certains auteurs résument, parfaitement, les besoins de cette autorégulation, notamment les Professeurs Henri Ader et André Damien qui évoquent la nécessité d'une autorégulation en guise de protection du professionnel puisqu'ils indiquent que « La possibilité pour le groupe professionnel de régler les conflits surgissant entre ses membres sans avoir besoin de recourir à une autorité extérieure est un attribut important de l'autorégulation de la profession. Elle concourt à la cohésion du groupe en donnant la garantie que les comportements professionnels seront appréciés en fonction des valeurs communes de celui-ci et évite les jugements de tiers qui ne les prendraient pas suffisamment en compte⁵⁶⁵ ».

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ CJUE., 19 févr.2992, Wouters, aff. C.-309/99 ; Gaz.Pal., 2 mars 2002, p.11.

⁵⁶⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.74.

Ainsi, la nécessité d'une autorégulation s'évalue à travers la préservation des intérêts du client, mais également par la protection des valeurs éthiques, lesquelles sont attachées à la profession d'avocat.

428. Portée de l'autorégulation. Ce phénomène d'autorégulation est prévu par la Charte des principes essentiels de l'avocat européen, notamment au sein de son principe (j)⁵⁶⁶. En effet, cette autorégulation fait partie des principes essentiels de l'avocat européen et celle-ci est le corollaire du principe (a), de cette même charte, qui indique que l'avocat est indépendant et libre d'assurer la défense de son client en précisant que « [...] Le statut membre d'une profession libérale et l'autorité découlant de ce statut aide à maintenir l'indépendance, et les barreaux doivent jouer un rôle important dans la sauvegarde de l'indépendance des avocats. L'autorégulation de la profession est vitale pour maintenir l'indépendance de l'avocat⁵⁶⁷ [...] ».

Au niveau national, cette autorégulation découle de la procédure ordinaire. En effet, comme il apparaît dans l'ouvrage présentant les règles de la profession d'avocat

429. « L'autorégulation commence par le signalement d'un manquement déontologique auprès du Bâtonnier, amenant le Bâtonnier à exercer ses prérogatives le conduisant [...] à ouvrir une procédure disciplinaire, la procédure ordinaire [...] fondamentale en tant qu'outil majeur de l'exercice de l'autorégulation de la profession⁵⁶⁸ ». L'autorégulation de la profession est marquée par la procédure ordinaire de sorte que c'est à travers cette procédure qu'elle se manifeste.

⁵⁶⁶ Charte des principes essentiels de l'avocat européen : *Principe (j)* – autorégulation de la profession.

⁵⁶⁷ Charte des principes essentiels de l'avocat européen : *Principe (a)* – loyauté à l'égard du client.

⁵⁶⁸ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.75.

430. S'agissant de cette procédure ordinale, il est opportun de déterminer son contenu. Cette dernière se déroule en « interne », c'est-à-dire par les membres de la profession en question, soit par le Bâtonnier principalement⁵⁶⁹.

A ce titre, l'article 21 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1971 dispose que « Le Bâtonnier représente le barreau dans tous les actes de la vie civile. Il prévient ou concilie les différends d'ordre professionnel entre les membres du barreau et instruit toute réclamation formulée par les tiers ⁵⁷⁰ ».

En conséquence, la procédure ordinale débute par une plainte auprès du Bâtonnier, cette plainte sera nécessairement dirigée contre un avocat qui sera susceptible d'être fautif.

431. Mais encore, le Conseil de l'Ordre a, dans ses attributions, le devoir « d'exercer la surveillance que l'honneur et l'intérêt de ses membres rendent nécessaire⁵⁷¹ », l'article poursuit en indiquant qu'il doit aussi « maintenir les principes de probité, de désintéressement, de modération et de confraternité sur lequel repose la profession ».

Le Conseil de l'Ordre participe donc, lui aussi, à cette autorégulation dans la mesure où ce dernier doit s'intéresser et veiller au respect des devoirs qui incombent aux avocats.

La procédure ordinale est une procédure marquée par l'autorégulation, elle-même perçue comme une régulation sans intervention extérieure.

432. Mise en œuvre de l'autorégulation. Cette mise en œuvre s'évalue, dans un premier, temps à travers la plainte disciplinaire. En effet, le Bâtonnier examine les plaintes dont il est saisi, plaintes qui peuvent émaner des clients, des avocats ou du procureur général. Le Bâtonnier procède ensuite à leur instruction afin de juger s'il en donnera suite.

⁵⁶⁹ V°supra, §n°288 : Le Bâtonnier et le Conseil de l'Ordre.

⁵⁷⁰ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.21.al.2.

⁵⁷¹ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.17.

Si la plainte nécessite une suite, le Bâtonnier procédera à une enquête déontologique sur le comportement de l'avocat et ce dernier avisera s'il y a lieu d'entamer une procédure disciplinaire. Cette procédure démontre à quel point les avocats veulent garder la maîtrise de leur profession.

433. Dans un second temps, l'intérêt du client peut expliquer la nécessité d'une autorégulation. Cet intérêt est observé à travers le rôle essentiel du Bâtonnier puisqu'il est en mesure d'intervenir pour réguler les problèmes que les clients rencontrent avec leur avocat. Ainsi, le Bâtonnier incarne un rôle essentiel en évaluant le service rendu par l'avocat. Le Bâtonnier aura ainsi un rôle de médiateur, rôle qui a été concrétisé par l'Ordonnance du 20 août 2015⁵⁷² ainsi que par le décret du 30 octobre 2015⁵⁷³ qui consacre le droit pour tout consommateur (client) de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable du litige qui l'oppose à un professionnel.

Ainsi, la justice disciplinaire n'est pas une justice étatique. Ainsi, le juge constitutionnel reconnaît cette autorégulation en reconnaissant au législateur la faculté pour lui d'attribuer un pouvoir de répression à une autorité qui ne relève pas du pouvoir judiciaire⁵⁷⁴.

434. Articulation entre la plainte disciplinaire et l'autorégulation. Il est nécessaire de rappeler que l'autorégulation peut être perçue sous un angle disciplinaire, notamment à travers la plainte d'un client, d'un autre avocat ou du procureur général.

Dans un premier temps, la question qui se pose est celle de savoir comment mesurer la plainte à l'aune de la plainte disciplinaire ?

⁵⁷² Ord.n°2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *JORF* 21 août 2015.

⁵⁷³ Décr. n°2015-1382 du 30 août 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation, *JORF* 31 oct.2015.

⁵⁷⁴ Cons.const. 29 sept. 2011 n°2011-179 QPC, *JO* 30 sept., p. 16472 ; Rec. 471.

Pour un auteur, la discipline apparaît comme « un mode effectif de sanction de l'offre de service juridique de basse qualité des avocats réprimant les manquements déontologiques, avec en complément la justice civile et pénale les sanctionnant à l'instar des citoyens lambda⁵⁷⁵ ».

435. S'agissant de la faute, les principes essentiels ainsi que les règles déontologiques de la profession fondent la sanction disciplinaire.

Autrement dit, tous manquements à ces principes constituent une faute déontologique et peuvent, par conséquent, justifier une sanction disciplinaire.

A ce titre, l'article 183 du décret du 27 novembre 1991⁵⁷⁶ dispose que « Toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extraprofessionnels, expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires énumérées à l'article 184 ».

436. La plainte trouve son origine dans un manquement imputable à l'avocat. Ce manquement passe par une violation sérieuse aux lois et aux règlements, ou par une infraction caractérisée aux règles professionnelles ou enfin, par un manquement à la probité, à l'honneur, ou à la délicatesse.

La plainte peut alors être perçue comme l'élément déclencheur de la faute déontologique, de sorte qu'elle constitue l'origine de la procédure ordinale.

437. S'agissant de l'autorégulation, elle se manifeste – le plus souvent – par la mise en œuvre d'une procédure ordinale et celle-ci est, elle-même, mise en œuvre par une plainte caractérisant un manquement de l'avocat. Ainsi, la notion de faute et d'autorégulation semble être étroitement liée. En effet, la caractérisation d'une possible faute déontologique, imputable à l'avocat, débouche sur l'ouverture d'une procédure ordinale qui est, elle-même, marquée par une forme d'autorégulation.

⁵⁷⁵ B. FAURE, « *Le devoir de conseil de l'avocat* », Mémoire en droit, Faculté de LIMOGES, 2000.

⁵⁷⁶ Décr. n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, *préc.*, art.183.

438. Cette autorégulation peut être synonyme de protection envers l'avocat. En effet, comme l'affirment plusieurs auteurs « l'avocat est sous la protection du Bâtonnier et de l'Ordre auquel il appartient, de sorte que celui-ci doit par respect pour cette autorité ne rien faire qui puisse nuire à leur réputation, et doit s'accommoder de leur décision⁵⁷⁷ ».

En conséquence, il est possible d'affirmer que la plainte disciplinaire de l'avocat est en corrélation avec l'autorégulation de la profession.

439. Difficultés liées à cette autorégulation. La Cour de cassation a pu considérer que dès lors que le Bâtonnier, qui avait rendu un avis, lequel n'avait pas été suivi d'effet et qu'aucune poursuite disciplinaire ne s'en était suivie, « une cour d'appel en a exactement déduit, en l'état de cette carence, que le juge compétent pour statuer sur le conflit d'intérêts qui lui été soumis ne pouvait être que le juge des référés⁵⁷⁸ ». Ainsi, le juge pourra lui-même relever une difficulté déontologique en cas de carence de l'Ordre.

Cet arrêt démontre que les carences commises par les instances ordinales peuvent être sanctionnées par la Cour de cassation.

440. En effet, l'action du Bâtonnier et des membres du Conseil de l'Ordre, dans le traitement des réclamations déontologiques ou des plaintes disciplinaires, doit être traitée avec « célérité et efficacité⁵⁷⁹ ». Cette compétence doit être infaillible dans la mesure où l'inaction pourrait conduire à causer un préjudice à un client ou à un tiers.

Le Conseil de l'Ordre et le Bâtonnier ont une mission de surveillance et de contrôle. Ainsi, rien ne s'oppose à ce qu'un client mécontent engage la responsabilité délictuelle du Conseil de l'Ordre ou d'un Bâtonnier pour avoir méconnu leurs obligations légales.

⁵⁷⁷ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.81.

⁵⁷⁸ Cass.civ. 1^{re} 27 mars 2001, n°98-16.508, Bull.civ. I, n°89 ; JCP II. N°10546, note. R. MARTIN ; D.2002.848, obs.B. BLANCHARD.

⁵⁷⁹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1067.

441. A ce titre, la responsabilité de l'Ordre sera retenue lorsque ce dernier, malgré les mises en garde de la banque et les demandes d'information sur les vérifications de comptabilité, n'a pas pris les mesures pour faire cesser les agissements délictueux d'un avocat [notamment lorsque ce dernier faisait preuve d'escroquerie envers son client]⁵⁸⁰.

En conséquence le Conseil de l'Ordre et le Bâtonnier pourront engager leur responsabilité pour s'être désintéressés du respect par ses membres des devoirs de leur profession.

442. La faute n'est pas toujours retenue dans la mesure où il est nécessaire d'évaluer la connaissance du Conseil de l'Ordre quant aux faits délictueux. En effet, si le Conseil de l'Ordre arrive à établir qu'il a effectivement ignoré ou mal étudié les fautes imputables de l'avocat il ne pourra être exonéré de toute responsabilité.

En définitive, « toutes décisions illégales des institutions ordinales causant un préjudice est justiciable de la responsabilité délictuelle sans préjudice des contentieux spécifiques relatifs aux décisions prises par ces institutions dans le cadre de leurs compétences légales⁵⁸¹ ».

443. La question qui se pose est celle de savoir comment l'autorégulation de la profession – quant à l'appréciation de la plainte disciplinaire d'un avocat – pourrait présenter des difficultés ? De prime abord, l'autorégulation d'une profession semble être un mécanisme logique qui s'explique par le besoin de gérer les membres d'une profession quant à leur formation et leur apprentissage, mais aussi par le besoin de préserver les intérêts des clients en leur assurant une pleine efficacité de leurs garanties, autrement dit en leur garantissant une qualité du service fourni par le professionnel.

⁵⁸⁰. Cass.civ. 1^{re} 7 oct. 1997, n°96-10.389, Bull.civ. n°264 ; JCP 1997. IV.2251.

⁵⁸¹ M.-L. DEMEESTER « Section 5 : responsabilité du Conseil de l'Ordre », in « *Avocat : responsabilité* », *op.cit.*

444. A ce stade, cette autorégulation ne semble pas susciter de difficulté. Toutefois, lorsque la procédure ordinale s'ouvre, le Conseil de l'Ordre et le Bâtonnier doivent être efficaces quant aux demandes du client et/ou d'un tiers. En effet, la procédure débute par une plainte, autrement dit, par un mécontentement de la personne à l'initiative de celle-ci, de sorte que si le Conseil de l'Ordre ne remplit pas correctement sa mission découlant de la procédure ordinale, celui-ci pourra voir sa responsabilité engagée.

445. Ainsi, la responsabilité pourra présenter un effet de « cascade » qui s'explique par la plainte initiale dirigée contre l'avocat, laquelle pourra être doublée par un mécontentement auprès du Conseil de l'Ordre pour avoir manqué à son obligation de surveillance et de contrôle, ou encore lorsque ce dernier aura présenté des carences dans l'évaluation de la plainte.

En conséquence, le Conseil de l'Ordre et le Bâtonnier doivent respecter les missions qui leur sont confiées, en ce sens, ils doivent présenter une certaine rigueur dans la gestion de la plainte disciplinaire.

446. Vers une possible dérégulation ? Il convient de rappeler que, l'autorégulation de la profession d'avocat est perçue sous l'angle de la procédure ordinale marquée par une forte indépendance quant à la gestion du traitement des plaintes disciplinaires.

Toutefois, cette procédure ordinale suscite de nombreuses réflexions.

En effet, certains préconisent des nouvelles réformes qui seraient principalement axées sur une protection « renforcée » des victimes. Le rapport de Maître Haeri rédigé en 2017⁵⁸² éclaire ce sujet. En effet, ce dernier arrive à identifier parfaitement les carences et de fait, propose de nombreuses solutions.

⁵⁸² Rapp. confié par J.-J. URVOAS, Garde des sceaux, à K.HAERI, « *L'avenir de la profession d'avocat* », févr. 2017, p.103-104-105.

- 447.** Dans son rapport, cet avocat relate plusieurs propositions. La proposition n°7 est la plus intéressante, en l'espèce, puisqu'elle indique quels pourraient être les palliatifs quant à l'effectivité des poursuites dirigées contre un avocat. De prime abord, Maître Haeri indique que « les auteurs d'infractions déontologiques ne sont pas tous traités avec la même attention par les instances disciplinaires de la profession⁵⁸³ » ce qui laisse paraître que la crédibilité de la profession n'est pas conservée et que certains conflits d'intérêts persistent.
- 448.** Ensuite, la place – obsolète – de la partie civile suscite une réflexion accrue. Comme l'indique, également, Maître Haeri, « la partie civile se trouve quasi totalement exclue du déroulement de la procédure disciplinaire⁵⁸⁴ », de sorte que cette absence laisse un sentiment « de frustrations et d'ambiguïté » pour ces dernières. Le décret du 27 novembre 1991 prévoit expressément que « la partie civile n'a pas accès au dossier, ne se voit pas notifier les auditions des tiers, n'est pas convoquée pour l'audience disciplinaire pas plus qu'elle n'est informée de la décision finalement rendue⁵⁸⁵ ».
- 449.** Toutefois, le droit positif prévoit la possibilité pour la partie civile de former une plainte auprès du Bâtonnier, mais alors, qu'elle est la réelle portée de cette plainte ? Le Bâtonnier dispose d'un certain contrôle quant à la gestion de cette plainte dans la mesure où il peut refuser de procéder à une enquête déontologique et la partie civile ne connaîtra pas les raisons de ce refus.

Ainsi, il est possible de formuler une plainte sans toutefois avoir la certitude que celle-ci produira ses effets. En conséquence, la portée de cette plainte apparaît réduite.

⁵⁸³ *Ibid.*, p.103.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ *Ibid.*

450. Enfin, Maître Haeri indique, à ce sujet, qu'« impliquer davantage la partie civile dans la procédure disciplinaire permettrait sans doute de dissiper au sein de la profession, le sentiment selon lequel les auteurs de certaines fautes déontologiques restent impunis⁵⁸⁶ ».

A ce titre, le CNB préconise de « renforcer la place du plaignant dans la procédure discipline afin d'améliorer la transparence à l'égard du public, sans pour autant lui donner le statut de partie à la procédure ⁵⁸⁷ ».

451. Cet argumentaire a retenu l'attention d'une Commission – créée par le Garde des Sceaux dans le but de prendre en compte les analyses présentées dans ce rapport – qui recommande plusieurs solutions à l'égard des parties civiles, à titre d'exemple il semble opportun d'en citer quelques-unes.

La commission propose aux parties civiles « le droit de se voir expliquer, par décision motivée, les raisons pour lesquelles le Bâtonnier ne donne pas suite à leur plainte ; le droit de former des observations ; le droit de récuser les membres de l'instance disciplinaire ; le droit de former un recours incident à l'encontre de la décision disciplinaire⁵⁸⁸ ».

452. Cette analyse nécessite de se demander s'il est encore possible d'affirmer que la profession d'avocat est une profession marquée par une forte autorégulation.

Il devient nécessaire de revoir l'effectivité de l'autorégulation de la profession d'avocat dans la mesure où celle-ci peut aboutir à des inégalités, voir des discriminations.

⁵⁸⁶ *Ibid.*

⁵⁸⁷ F. POIRIER, « Rapport de la commission des règles et usages sur la réforme de la procédure et de l'instance disciplinaire des avocats », CNB.AG.,18-19 janv. 2013.

⁵⁸⁸ Rapp. confié par J.-J. URVOAS, Garde des sceaux, à K.HAERI, « L'avenir de la profession d'avocat », *op.cit.*, p. 105.

En prenant connaissance des difficultés liées à la procédure ordinale et disciplinaire, il est possible d'affirmer que l'autorégulation de la profession semble être en suspens.

453. L'affermissement d'un passage de la notion d'autorégulation à celle de dérégulation semble fort et impossible, et ce, puisque la réforme proposée par la commission n'a pas pour but de contrer le système d'autorégulation préexistant, mais essaie d'apporter des corrections afin de pouvoir affirmer par la suite que la procédure ordinale et disciplinaire sont transparentes vis à vis du public.

Pour autant, il est loisible de penser que la multiplication des propositions de réforme quant à la profession d'avocat pourra, au fil des années, venir estomper l'effectivité de cette autorégulation.

§2 - L'articulation entre la mauvaise foi et la déontologie comme préalable à l'appréciation de la faute

454. Opportunités. Lorsque l'avocat commet un manquement relatif à son serment, il se rend coupable d'une faute de nature disciplinaire. En conséquence, « les principes essentiels, ainsi que les règles déontologiques de la profession fondent les sanctions disciplinaires qui peuvent être prononcées à l'encontre d'un avocat [...] tout manquement à ses principes constitue une faute déontologique et peut par conséquent justifier une sanction disciplinaire⁵⁸⁹ ». Ainsi, il est possible d'affirmer que la faute imputable à un avocat et la déontologie sont deux notions voisines, étant alors étroitement liées. La déontologie semble être le socle des différents principes essentiels de l'avocat.

455. Pour rappel, la déontologie semble être la source des principes qui guident la profession d'avocat. Ces principes essentiels énoncent la ligne de conduite que l'avocat doit respecter⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.399.

⁵⁹⁰V° supra, §n°148 : Sur les principes essentiels du serment.

456. Autrement dit, ce dernier doit « exercer ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité, humanité, dans le respect des termes de son serment. Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie. Il fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence ⁵⁹¹ ».

La déontologie apparaît donc comme étant « la colonne vertébrale de la profession⁵⁹² ».

En effet, si ces principes ont déjà été longuement évoqués au sein des développements qui précèdent, il semble intéressant de démontrer comment la déontologie peut être le préalable d'une faute.

457. A ce stade, il apparaît opportun de comprendre comment la déontologie et le droit disciplinaire s'articulent.

A cet égard, il est nécessaire d'observer que si les règles déontologiques ne sont pas respectées des sanctions disciplinaires pourront être prononcées. Ainsi, quelle est la véritable liaison que peuvent entretenir ces deux notions ?

Au préalable, la déontologie présente un caractère moral, et ce puisque « la vie de l'avocat est régie par la morale chrétienne et par des règles et usages traditionnels de la profession⁵⁹³ ». L'évolution de la déontologie démontre que celle-ci passe d'une norme morale à une norme de plus en plus juridique et professionnelle. En conséquence, « La déontologie devient une norme fonctionnelle, laïcisée et sans référence à une morale admise par tous⁵⁹⁴ ».

⁵⁹¹ RIN. art.3.

⁵⁹² H. ADER et N. FRICERO, « *Ethique et professions judiciaires* », éd. Juridiques et techniques, coll., droit et procédures, 2004, p.67.

⁵⁹³ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.384.

⁵⁹⁴ *Ibid.*

458. Un ouvrage résume parfaitement ce changement et affirme que « la déontologie de l'avocat fut longtemps coutumière et ce trait la rapprochait de la morale. Mais il y a beau temps que le droit écrit s'est introduit en ce domaine comme en d'autres, et aujourd'hui l'origine des règles est devenue diverse⁵⁹⁵ ».

Aujourd'hui, il est possible de considérer que la déontologie fait partie du droit positif. Ce passage n'est pas indifférent à la notion de discipline dans la mesure où le Doyen Savatier affirme à son tour que « c'est sous forme disciplinaire que la déontologie est entrée dans le droit positif⁵⁹⁶ ». Le caractère répressif du droit disciplinaire donne, ainsi, à la déontologie un aspect juridique pouvant ainsi s'inscrire dans le droit positif.

459. Pour autant, le droit disciplinaire est une notion qui doit être définie. L'un des pères du droit administratif, Maurice Hauriou, apporte ses lumières pour définir ce qu'est la nature du droit disciplinaire en indiquant qu'il serait constitué « par l'ensemble des actes juridiques et règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée, qui ont pour objet soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose⁵⁹⁷ ».

460. Le droit disciplinaire semble être l'une des branches qui constitueraient la déontologie dans la mesure où si l'avocat manque à ses obligations une procédure de nature disciplinaire s'ouvrira.

En résumé, la déontologie est l'un des éléments qui fondent la profession d'avocat. Cette notion permet de définir le contour des devoirs et obligations de ladite profession, de réguler les rapports et enfin de garantir les droits de ceux-ci.

⁵⁹⁵ R. MARTIN, « *Déontologie de l'avocat* », 10^{ème} éd., Litec, n°2, 2008.

⁵⁹⁶ R. SAVATIER, « Déontologie », éd., encyclopédia Universalis in MORET – BAILLY, « *les déontologies* », PU Aix Marseille, 2001, p.58.

⁵⁹⁷ M.HAURIOU, « *Principe de droit public* », 2^{ème} éd., Hachette Bnf, 1916.

461. Le droit disciplinaire, apparaît, plutôt, sous une forme répressive dans la mesure où il sera la conséquence d'une faute déontologique. Ce droit disciplinaire déterminera la procédure à suivre ainsi que la sanction qui en découle.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation donne une interprétation de la faute déontologique lorsque cette dernière compare l'application du droit civil et du droit disciplinaire en précisant que « un manquement à une règle déontologique, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres d'une profession et qui est assortie de sanctions disciplinaires [...] »⁵⁹⁸. En conséquence, le droit disciplinaire vient renforcer le respect des règles déontologiques.

462. Difficultés. La faute déontologique présente des difficultés de qualification. En effet, la faute déontologique ne fait pas l'objet de liste exhaustive dans la mesure où elle n'est pas clairement définie. L'article 22 de la loi du 31 décembre 1971 mentionne « les infractions et fautes, commises par les avocats⁵⁹⁹ » et l'article 25 indique « les fautes et manquements au serment professionnel commis à l'audience⁶⁰⁰ ».

463. Ainsi, comme l'affirme Emmanuel Blanc, la faute déontologique ressemblerait à « l'idée d'une compétence très générale et très vaste englobant la vie professionnelle et extraprofessionnelle de l'avocat s'étendant à tous les faits bien antérieurs à la prestation de serment et se prolongeant pendant tout le cours de l'honorariat jusqu'à la mort⁶⁰¹ ».

Il est loisible de penser que la faute déontologique revêt un caractère indéterminé de sorte qu'il est nécessaire de se poser la question de sa qualification.

464. Qualification. L'appréciation même de la déontologie découle de l'article 1.3 du RIN, déjà, énoncé précédemment. Cet article recense les principes essentiels qui guident la profession d'avocat.

⁵⁹⁸ Cass.com., 10 sept. 2013, n° 12-19.356, Gaz. Pal., déc. 2013, p. 21, obs. De Belval et Villacèque.

⁵⁹⁹ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.22.

⁶⁰⁰ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.25.

⁶⁰¹ E. BLANC, « *La nouvelle profession d'avocats* », éd., LJNA, 1972, p.220.

Ces principes d'origine déontologique peuvent faire l'objet d'un manquement, de sorte qu'il sera possible de les qualifier de fautes déontologiques. Le terme de faute déontologique est donc la conséquence d'un manquement.

465. La faute déontologique est une faute autonome caractérisée par « le non-respect des règles déontologiques et ne peut donc conduire qu'à la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire [...]»⁶⁰². Cette faute déontologique est donc parfaitement indépendante des fautes civiles et pénales.

Cette indépendance est parfaitement représentée par une partie de la doctrine, indique que « certains actes faits par l'avocat, tout en étant parfaitement licites au regard de la loi pénale et de la loi civile, peuvent constituer des manquements aux obligations professionnelles⁶⁰³ ».

466. Inversement, il est possible d'invoquer, à l'appui d'une action disciplinaire une action en dommages et intérêt, « mais il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer sur une telle action, à laquelle l'exercice d'une action disciplinaire ne peut faire obstacle »⁶⁰⁴.

A ce stade, il est possible d'affirmer que la faute déontologique apparaît comme le préalable à toutes sanctions disciplinaires. Ainsi se pose la question de savoir qu'elle est la place que peut occuper la mauvaise foi en matière de faute déontologique ?

467. La mauvaise foi : une qualification difficile. Les raisonnements précédents s'appuyaient sur une possible mauvaise foi, déduite d'une intention frauduleuse, de sorte que c'est le volontarisme qui semblait accaparer cette notion.

⁶⁰² TGI. Pontoise, 2 avr. 1997, JCP 1997. II. 22907, note R. Martin.

⁶⁰³ L. CREMIEU, « *Traité de la profession d'avocat* », éd., LGDJ, 1939, p. 297.

⁶⁰⁴ Cass.civ. 1^{re} 18 mars 1997, n°95-12.576, Bull.civ. I, n°99 ; D. 1997.315, obs J.Penneau.

468. En matière de faute déontologique, l'intention frauduleuse⁶⁰⁵ n'est pas requise de sorte que la mauvaise foi doit, pour être reconnue, s'apparenter à d'autres notions, de sorte qu'elle pourrait être le résultat de déduction. Il convient de rappeler que la négligence de l'avocat pouvait être perçue comme un comportement marqué par la mauvaise foi.

A ce stade, plusieurs questions se posent, notamment celles de savoir qu'elles sont les formes que peut emprunter la négligence ? Autrement dit, quelle est sa valeur au moment de l'appréciation de la faute ?

Comme l'indique un auteur « la négligence de l'avocat suffit à le rendre responsable aux termes de l'article 27 alinéa 1^{er} de la loi du 31 décembre 1971⁶⁰⁶ ». Pour autant, cette négligence doit être caractérisée⁶⁰⁷ ». L'appréciation de cette négligence doit être évaluée à l'aune des fautes imputables à l'avocat.

469. En effet, l'avocat est soumis à un certain nombre de principes et il arrive que ce dernier s'éloigne de cette ligne de conduite. Ce professionnel peut donc s'avérer être envers ses obligations professionnelles et méconnaître les nombreux devoirs qui lui incombent. A titre d'exemple l'avocat négligent sera un avocat qui commettra une erreur dans les termes de l'identification de la personne à assigner⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵Cass.civ. 1^{re} 30 janv. 1996, n° 93-19.663, Bull. civ. I, n° 53, (En ligne), URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007034522/>

⁶⁰⁶ J.-J. TAISNE, « Chapitre 4 : Les risques » in « *L'avocat* », *op.cit.*, V° Caractérisation de la faute.

⁶⁰⁷ Cass.civ. 1^{re} 10 mars 1992, n° 90-20.360, Bull. civ. I, n° 76 ; D. 1992. 121 ; Gaz. Pal., 1992. Pan., 210.

⁶⁰⁸ CA. Lyon, 12 nov.2015, RG n°13/09372, cité par G. Wester, « Les fautes successives de l'avocat négligent », *BACALy*, n°8, Publié :01/12/2016, (En ligne), URL : <http://publications-prairial.fr/bacaly/index.php?id=407>

470. Mais encore, l’avocat qui, chargé de recouvrer une créance contre une entreprise en liquidation judiciaire, n’a pas formé de demande de relever de forclusion fait perdre à son client la chance de recouvrer une partie de sa créance, de sorte que ce dernier commet une faute de négligence⁶⁰⁹.

En conséquence, une négligence qui apparaît comme étant inexcusable et qui cause un préjudice au client sera qualifiée comme étant le résultat d’un comportement fautif.

471. La démonstration de la négligence de l’avocat peut être assortie d’un comportement présentant les traits de caractère de la notion de mauvaise foi. En effet, la négligence inexcusable pourrait – dans certaines mesures – être la conséquence de faute présentant un certain degré de gravité. Le préjudice causé au client ne résulte pas automatiquement d’un élément volontaire de la part de l’avocat. Ce dernier peut tout à fait, par son laxisme ou sa négligence, bafouer les intérêts de son client.

Mais encore, la négligence pourrait être le résultat d’une faute découlant du devoir de diligence. Ce devoir implique pour l’avocat un certain soin dans l’exécution de sa mission, autrement dit « il doit montrer une grande disponibilité et apporter un soin appliqué et attentif à sa défense. Il ne doit pas [...] pour quelque motif que ce soit, négliger un dossier⁶¹⁰ ».

472. La mauvaise foi peut donc résulter du comportement négligent de l’avocat lorsque ce dernier agit avec désintérêt. A titre d’exemple il est possible de prendre connaissance d’un jugement rendu par la Cour d’appel de Paris.

Cette dernière a été amenée à condamner un avocat négligent, qui, à de multiples reprises et de manière délibérée, fournit de fausses informations sur le déroulement des procédures à ses clients, à des confrères et au Bâtonnier⁶¹¹.

⁶⁰⁹ TGI. Paris, 30 oct. 1996, JurisData n°1996-04745, C. GALOKHO, « *La responsabilité civile des professionnels du droit dans la déclaration de créance* », Jurisclasseur rec. proc. coll. n°5, étude 36, sept. 2012 éd., Lexis 360.

⁶¹⁰ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d’avocat* », *op.cit.*, p.524.

⁶¹¹ CA. Paris, 25 janv. 2007, RG n° 06/03893, cité in Y. Avril, « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p.257.

473. Mais encore, l'avocat négligent peut également être un avocat qui ne mesure pas les intérêts en présence, sans catégoriser les intérêts de ses clients⁶¹², ce qui démontre que certaines affaires doivent faire l'objet d'une extrême prudence.

Ainsi, l'avocat qui, malgré les honoraires perçus de la part d'une personne bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, n'effectue aucune diligence dans un contentieux lourd concernant la résidence habituelle des enfants, manque à son devoir de prudence et de diligence. Cette inertie peut donc être le résultat d'un comportement marqué par la mauvaise foi.

474. Pour autant, il ne faut pas mettre de côté la faute intentionnelle de l'avocat, autrement dit celle qui implique une volonté de commettre un préjudice.

Ainsi, l'avocat qui promet sa présence personnelle à l'audience tout en sachant de façon certaine qu'il se fera substituer⁶¹³ commet une faute de nature déontologique.

Mais encore, commets une faute, de mêmes natures, l'avocat qui ne paie pas ses taxes professionnelles⁶¹⁴ ou qui emploie des termes désobligeants à l'égard du Bâtonnier⁶¹⁵.

Ce comportement intentionnel peut également être analysé par des faits portant atteinte à la dignité, l'honneur, à la probité ou à la délicatesse⁶¹⁶.

⁶¹² C. ALBIGES, « *Responsabilité de l'avocat pour manquement à son obligation de diligence* », Gaz. Pal., 17 déc. 2015, n° 252e7.

⁶¹³ Cass.civ. 1^{re} 11 juill. 1983, Bull. civ. I, n° 202, Gaz. Pal., 1984. 1. 152.

⁶¹⁴ Cass.civ. 1^{re}, 23 nov. 1999, n° 96-19.466, JCP 2000. I. 231, n°30, obs. R. Martin.

⁶¹⁵ CA. Orléans. 25 sept. 1985, D. 1987. Somm. 106, obs. Brunois.

⁶¹⁶ Cass.civ. 1^{re} 11 juill. 1983, Bull. civ. I, n° 202, Gaz. Pal., 1984. 1. 152.

475. S'agissant du comportement volontaire dont peut faire preuve l'avocat, la mauvaise foi peut être, également, appréciée au regard de l'abandon de la barre des assises, pendant une suspension d'audience, et ce sans que le professionnel du droit ne prévienne la Cour « faisant ainsi preuve d'une insultante désinvolture⁶¹⁷ ».

476. En définitive, la faute déontologique est véhiculée par la notion de déontologie et sanctionnée par le droit disciplinaire, de sorte que ces notions sont étroitement liées.

La faute déontologique est une faute indéterminée qui fait l'objet de nombreuses décisions jurisprudentielles, mais encore, cette faute présente les caractères d'une faute autonome préservant ainsi l'indépendance de la profession.

La mauvaise foi peut, en théorie, animer le comportement d'un avocat. Une telle déduction peut se manifester par la négligence, le désintérêt, l'intention, le volontarisme et bien d'autres notions.

477. L'articulation entre la notion de mauvaise foi et la déontologie enseigne que l'appréciation de la faute ne requière pas nécessairement la présence de cette mauvaise foi.

En effet, même s'il est possible de déduire une certaine mauvaise foi d'un comportement intentionnel en matière disciplinaire, rien n'affirme que cette déduction soit présente dans l'esprit d'une décision ou d'une procédure.

En somme, une négligence ou une faute légère suffit à engager la responsabilité de l'avocat.

Il est donc opportun de pouvoir effectuer des déductions et de s'apercevoir que, même si la mauvaise foi ne fait pas partie du langage ordinal ou judiciaire, elle peut faire partie du comportement de l'avocat. La mauvaise est donc une notion qui intervient indirectement.

⁶¹⁷ CA. Lyon, 14 juin 1993, BICC 15 oct. 1993, n° 1165, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.516.

SECTION 2. L'influence du droit pénal et de la fraude sur la qualification de la faute pénale

478. Comme l'affirme André Damien, « Le droit pénal ne doit jamais être négligé par l'avocat dans le cadre de son activité professionnelle (...)»⁶¹⁸. En conséquence, dans le but de comprendre comment le droit pénal et la fraude peuvent avoir une influence sur la qualification de la faute pénale de l'avocat, il est nécessaire d'étudier les sanctions relatives à la divulgation du secret professionnel afin de les analyser, à l'aune de la mauvaise foi (§1), pour ensuite, mesurer les facilités d'interprétation de la mauvaise foi en matière d'infractions spécifiques (§2).

§1 - L'impact de la mauvaise foi sur la faute pénale en cas de divulgation du secret professionnel

479. Termes. Il est nécessaire de préciser qu'elle est la valeur de la faute en matière pénale. L'article 121-3 alinéa premier du Code pénal dispose que « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui»⁶¹⁹. L'intention en droit pénal démontre la volonté de commettre un crime et/ou un délit, de sorte que la faute pourra résulter de cet élément intentionnel, intellectuel.

480. Historique. Le secret professionnel⁶²⁰ est une notion provenant des règles déontologiques de l'avocat. L'origine du secret professionnel est ancienne, comme le démontre certains auteurs⁶²¹, et notamment lorsqu'ils citent Bruno Py, qui indique que « Le secret de l'avocat est historiquement un des trois grands secrets protégés par la société libérale du monde occidental avec le secret médical

⁶¹⁸ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1866.

⁶¹⁹ C.pén., art. 121-3. al.1 et 2.

⁶²⁰ V°supra, §n°237 : Sur le secret professionnel.

⁶²¹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p. 535.

et le secret de la confession⁶²² ». Aussi, le secret professionnel est un principe absolu, général et illimité dans le temps⁶²³.

Cette ancienneté démontre la place importante tenue par ce principe, au sein de la profession d'avocat, de sorte que le secret professionnel est l'un des attributs les plus fondamentaux de la profession.

481. Fondement. Le secret professionnel de l'avocat est régi par plusieurs textes, notamment par l'article 4 du décret du 12 juillet 2005⁶²⁴ qui précise l'étendue du principe en disposant que « Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel ».

482. L'article 5, dudit décret, poursuit en indiquant que « L'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf pour l'exercice des droits 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 pénale⁶²⁵ ».

⁶²² B.PY, « *Secret professionnel* », éd., Dalloz, Rép. pén., 2003.

⁶²³ RIN, art.2.

⁶²⁴ Décr.n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art.4.

⁶²⁵ Décr.n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art.5.

483. Enfin, l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971⁶²⁶ dispose qu'« En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle » les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

Par principe, « le secret professionnel est une obligation impérieuse de l'avocat, un droit pour le client, et opposable aux tiers en toutes circonstances⁶²⁷».

Toutefois, ce secret professionnel peut être amené à englober d'autres notions, telles que la notion de secret de l'enquête et de l'instruction, ou encore, celle de la confidentialité des correspondances entre avocats qu'il sera nécessaire d'étayer afin de comprendre l'efficacité du droit pénal en la matière.

484. Étendue du secret professionnel. Certains auteurs délimitent parfaitement le domaine du secret professionnel en indiquant qu'« En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel⁶²⁸ ». Pour ce faire, ces derniers s'appuient effectivement sur l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 précité.

485. La Cour de cassation a elle aussi été amenée à préciser l'étendue de ce secret. Elle indique, en effet, que le secret professionnel couvre toutes les confidences que l'avocat a pu recevoir à raison de son état ou de sa profession⁶²⁹.

⁶²⁶ L.n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.66-5.

⁶²⁷ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.550.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ Cass.civ. 1^{re} 7 juin 1983, n°82-14.469, Bull.civ. I, n°169 ; Gaz. Pal., 1983. Pan., 281.

Mais encore, s'agissant de la violation du secret par l'avocat au regard de la défense effective du justiciable, la Cour européenne a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet.

486. Dans cette affaire, les juridictions du fond avaient condamné un avocat à verser un euro symbolique à la partie civile pour avoir violé le secret professionnel, car ce dernier avait fait des commentaires sur un rapport d'expertise, notamment sur les éventuelles pressions qu'avait subies son client, un expert. La Cour Européenne intervient et indique que « l'amende pénale, même symbolique, risquait d'avoir un effet dissuasif sur la liberté d'expression, ce qui était inacceptable pour un avocat appelé à assurer la défense de ses clients⁶³⁰ ».

487. En conséquence, l'avocat pourra être délié du secret professionnel lorsque les strictes exigences de sa propre défense en justice le justifient, de sorte que la levée du secret professionnel doit être exercée, seulement, lorsque « les strictes exigences de sa propre défense » le justifient ou dans des cas limitativement énumérés par la loi⁶³¹ ».

488. *A contrario*, l'avocat ne pourra violer le secret médical. En effet, ce dernier dans le cadre de l'exercice de la défense de son client, ne pourra fournir des éléments couverts par le secret médical, sauf si la personne qui a transmis ces informations, soit le client, donne son accord à cette divulgation⁶³².

Cette divulgation est également permise lorsque l'avocat voudrait dénoncer un crime, le secret professionnel ne s'appliquant pas à la divulgation des délits ou des crimes dont l'avocat pourrait avoir la connaissance.

En résumé, il existe des exceptions pouvant justifier la levée du secret professionnel, de sorte qu'il est possible d'affirmer que ce principe exige à l'avocat, soit de se taire, soit de révéler certaines informations.

⁶³⁰ CEDH., 15 déc.2011, n°28198, *Mor c/ France*, JDA 2012. 143, chron. L. Burgorgue- Larsen; D. 2012. 667, obs. S. Lavric, note L. François; D. 2013. 136, obs. T. Wickers; AJ pénal 2012. 337, note C. Porteron; RSC 2012. 260, obs. J.- P. Marguénaud

⁶³¹ Décr.n°2005-790 du 12 juillet 2005, *préc.*, art.4.

⁶³² Cass.civ. 1^{re} 28 juin 2012, n°11-14.486, Bull.civ. I, n°145 ; JCP 2012. 846, obs J-B. Thierry ; D. 2012. 136, obs. Th. Wickers ; Dr. et Patr. 2013, 81, obs. B. Chaffois.

489. **Secret professionnel et secret de l’instruction et de l’enquête.** Le principe du secret de l’instruction et de l’enquête est posé par l’article 11 du Code de procédure pénale qui dispose en son alinéa 1^{er} que « Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l’enquête et de l’instruction est secrète⁶³³ ».

Par nature, le secret professionnel n’est pas assimilé au secret de l’enquête et de l’instruction. De la même manière, ce secret ne s’imposera pas directement à l’avocat. L’alinéa 2nd, de l’article déjà précité, indique que « Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du code pénal⁶³⁴ ». En effet, l’avocat n’est qualifié comme étant un professionnel qui concourt à l’enquête.

490. Pour autant, ce dernier pourra y être assujetti lorsque son exercice professionnel lui implique de connaître l’affaire en question. Autrement dit, les éléments obtenus par l’avocat dans ce cadre deviendront alors couverts par le secret professionnel. En effet, c’est l’article 5 du décret du 12 juillet 2005, déjà énoncé, qui prévoit cette obligation.

Comme l’affirment plusieurs auteurs « L’avocat a donc le devoir de respecter le secret de l’enquête et de l’instruction ⁶³⁵ ». Ainsi, lorsque l’avocat sera qualifié comme une personne concourante à l’enquête pénale, ce dernier devra respecter le principe du secret professionnel.

491. A ce stade, la question qui se pose est celle de savoir qu’elle est l’étendue du secret professionnel imposé à l’avocat en matière d’enquête et d’instruction pénale ? Si dans certains cas le secret professionnel peut céder face à la défense effective des droits de la défense, la solution apparaît quelque peu différente en matière d’enquête et d’instruction pénale.

⁶³³ CPP., art.11.al.1.

⁶³⁴ *Ibid.*, al.2.

⁶³⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d’avocat », *op.cit.*, p.640.

492. En effet, l'un des principes du secret est d'assurer et de respecter pleinement les intérêts des parties, de sorte que, par principe, l'avocat ne peut adresser la copie des éléments de l'enquête à son client. Ainsi, la force du secret professionnel est assimilable à celle du secret de l'enquête et de l'instruction.

Pour autant, à tout principe existent des limites. En effet, il est possible pour l'avocat de communiquer la copie du dossier à son client et cette possibilité a été envisagée dans un premier temps par la Haute juridiction qui sollicite une intervention du législateur en la matière. En conséquence, l'article 114 du Code de procédure pénale prévoit cette procédure.

Alors, l'avocat ayant obtenu les éléments de l'enquête, du fait de sa qualité et dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, c'est-à-dire celle d'assurer la défense de son client, ne peut, seulement, communiquer lesdits éléments par une autorisation du juge.

493. Secret professionnel et confidentialité. Par principe, le secret professionnel n'est pas assimilé à la confidentialité des correspondances. Toutefois, cette confidentialité bénéficie de la protection du secret professionnel. Cette protection est admise par l'article 66-5 de la loi de 1971 qui prévoit le principe de secret professionnel et évoque la confidentialité des « correspondances⁶³⁶ ».

Autrement dit, les correspondances échangées entre l'avocat et ses confrères sont soumises au secret professionnel. Cela semble logique puisque la confidentialité est le résultat, sinon la conséquence de ce secret professionnel.

⁶³⁶ L.n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.66-5.

494. Cette protection implique nécessairement un respect scrupuleux du principe. Ainsi, comme l'affirme la Cour de cassation, l'avocat qui communiquerait une correspondance avec un confrère à un tiers, à son client ou en justice, commettrait le délit de violation du secret professionnel et encourrait des sanctions pénales⁶³⁷.

Toutefois, une exception persiste, notamment celle tenant aux correspondances portant la mention « Officielle ». L'article précité prévoit que ces correspondances pourront être levées du principe de confidentialité. Cette exception comporte des conditions, citées à l'article 3.2 du RIN qui indique que « Peuvent porter la mention officielle et ne sont pas couverts par le secret professionnel, au sens de l'article 66.5 de la loi du 31 décembre 1971 : une correspondance équivalant à un acte de procédure ; une correspondance ne faisant référence à aucun écrit, propos ou éléments antérieurs confidentiels⁶³⁸ ».

La seconde condition tient au fait que l'avocat doit « respecter les principes essentiels⁶³⁹ ».

495. *A contrario*, si le principe est applicable, l'avocat ne pourra se délier du principe de confidentialité, étant soumis au secret professionnel ce dernier ne peut divulguer à son client et aux magistrats le contenu des correspondances échangées avec son confrère. A défaut, l'avocat pourra faire l'objet de poursuites disciplinaires. Cette divulgation pourra – et au même titre que le secret professionnel – être perçue comme un abus pouvant, selon les cas, manifester un comportement de mauvaise foi de la part de l'avocat fautif.

⁶³⁷ Cass.crim., 4 déc.2007, n°06-88.025, Bull.crim. n°295 ; D. 2008. 301.

⁶³⁸ RIN, art.3.2.

⁶³⁹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.666.

496. En résumé, il est possible d'affirmer que le secret professionnel est un principe général, puisque ce principe s'étend à d'autres notions. Toutefois, son caractère absolu laisse subsister certains doutes quant à son effectivité. En effet, le principe connaît quelques exceptions tenant à certaines conditions légales. Le secret professionnel impose à l'avocat un respect scrupuleux et exigeant des principes essentiels qui guident sa profession.

L'irrespect de ce principe entraîne des sanctions pénales qu'il est nécessaire d'étudier afin de comprendre quelle place occupe la mauvaise foi en matière de divulgation du secret tant protégé par la législation actuelle.

497. Secret professionnel et application de la sanction pénale. La responsabilité pénale de l'avocat est souvent évaluée à l'aune de la violation du secret professionnel qui est, sans aucun doute, le délit le plus fréquent. A ce titre, un article fondamental sanctionne l'avocat qui se rend coupable d'un tel délit. En effet, l'article 226-13 du Code pénal dispose que « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ⁶⁴⁰ », cet article s'applique à l'avocat en raison de la qualité de sa profession.

Ainsi, il est loisible d'affirmer que la violation du secret professionnel tient un caractère pénal.

498. A ce stade, la question qui se pose est celle de savoir qu'elle est la conséquence de l'implication du droit pénal en la matière. Dans un premier temps, l'implication du droit pénal aurait pour but de protéger le secret professionnel. En effet, ce principe peut être sanctionné sur le plan disciplinaire, mais également sur le plan pénal ce qui ne laisse aucun doute quant à son côté fondamental.

⁶⁴⁰ C.pén., art.226-13.

499. Mais encore, cette implication pourrait également démontrer le besoin du législateur de renforcer le côté dissuasif, puisqu'il est vrai que l'implication du droit pénal a toujours un côté qui sert à dissuader les individus de commettre tel ou tel délit ou tel ou tel crime. L'apport du droit pénal pourrait donc être une sorte de « bon sens » impliquant alors une certaine logique dans l'exercice de la profession d'avocat, qui se veut être, et ce depuis toujours, une profession assurant la garantie des droits fondamentaux des individus.

500. Toutefois, nombreuses sont les décisions qui condamnent les avocats pour avoir manqué à leurs obligations imposées par le secret professionnel⁶⁴¹. Il ne faut pas oublier que cette divulgation, directe ou indirecte, volontaire ou involontaire, causera nécessairement un préjudice au client de l'avocat fautif. En conséquence, l'application du droit pénal en matière de secret professionnel est bien réelle, cette réalité amène à affirmer positivement son efficacité. En effet, les juges se montrent exigeants quant au respect de ce principe.

Enfin, la notion de perquisition est particulièrement intéressante en l'espèce. Cette notion est définie comme « la recherche d'une preuve effectuée au domicile d'un particulier⁶⁴² ». Autrement dit, « la perquisition implique la recherche, à l'intérieur d'un lieu immobilier clos, notamment au domicile d'un particulier, d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction ou d'en déterminer l'auteur ⁶⁴³».

501. La perquisition de l'avocat est soumise aux articles 56 et 57 du Code de procédure pénale⁶⁴⁴. Ces articles démontrent l'importance de la qualité de l'avocat dans la mesure où il sera soumis à un régime dérogatoire, de sorte que ce dernier devra nécessairement invoquer sa qualité afin de pouvoir préserver le secret professionnel.

⁶⁴¹ En ce sens : Cass.crim., 28 sept.2004, JCP 2005. II. 10054, note. Martin.

⁶⁴² R. MERLE et A. VITU, « *Traité de droit criminel* », *op.cit.*, p. 198.

⁶⁴³ Cass.crim., 29 mars 1994, n°93-84.995, Bull.crim. n°118 ; D.1995.114, obs.J. Pradel.

⁶⁴⁴ CPP., art.56 et 57.

Toutefois, ce régime dérogatoire est à étudier délicatement, car, en effet, il a pour seul but la protection du secret professionnel. L'avocat pourra donc invoquer sa qualité afin de pouvoir préserver le secret professionnel, toutefois, cette protection doit être justifiée par une nécessaire menace, de sorte que cette fonction n'est pas automatique.

502. Pour autant, invoquer les possibilités de saisie de documents couverts par le secret professionnel nécessite de préciser que cette pratique doit rester exceptionnelle. En effet, de par sa qualité d'avocat, celui-ci fait l'objet d'une certaine protection.

Cet aspect exceptionnel réside dans l'idée que « le cabinet de l'avocat doit demeurer à l'abri des recherches qui n'auraient pour objet que la découverte des indices des délits et crimes imputés aux clients⁶⁴⁵ ».

En définitive, le secret professionnel est un principe fondamental, inviolable – mais qui peut faire l'objet d'une levée – et qui nécessite une certaine prudence à l'égard des avocats.

503. Divulgence et mauvaise foi. La mauvaise foi joue ici un rôle primordial, mais qui n'aura guère de conséquence dans la mesure où la divulgation volontaire apparaît comme un élément intentionnel qui peut être synonyme de malhonnêteté. La mauvaise foi en matière de divulgation du secret professionnel fait grief à plusieurs principes, notamment celui de la confraternité, celui de l'intérêt du client ainsi que celui de l'honneur.

504. Dans un premier temps, il est nécessaire de détacher la divulgation volontaire bienveillante et celle qui pourrait résulter d'une simple volonté de nuire à la personne victime de cette divulgation. En effet, l'article 226-14 du Code pénal⁶⁴⁶ précise les cas et les conditions dans lesquelles un professionnel peut ou doit divulguer une information ayant un caractère secret. C'est ici que la mauvaise foi peut jouer un rôle bien précis.

⁶⁴⁵ F. HELIE, « *Traité de l'instruction criminelle* », éd., Plon (Paris) t. IV, 1866-1867, n°1818.

⁶⁴⁶ C.pén., art.226-14.

505. Le signalement de l'avocat où la divulgation volontaire de celui-ci doit être effectuée de « bonne foi⁶⁴⁷ ».

Cette exigence est également prévue par le dernier alinéa du même article qui dispose que « Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de bonne foi⁶⁴⁸ ».

A ce stade, il est donc facile de déterminer ce que peut être un comportement de mauvaise foi dont se rend coupable le professionnel du droit, c'est-à-dire l'avocat. Ainsi, lorsque ce dernier, signale des informations dans le but de nuire à autrui, agit contrairement au principe de bonne foi imposé par l'article 226-14, de sorte que son comportement pourra, par négation, être assimilé à la notion de mauvaise foi.

506. Dans un deuxième temps, il est nécessaire de mesurer l'impact de la divulgation volontaire d'un élément protégé par le secret professionnel, qui est analysé comme une faute résultant d'un délit.

Ce délit nécessite la présence d'un élément moral, lequel est assimilé à un élément intentionnel, de sorte que l'avocat qui commet une telle faute est nécessairement conscient. Ainsi, comme l'affirme la Chambre criminelle de la Cour de cassation « la seule conscience que l'on a de révéler un secret dont on a la connaissance est donc suffisante à la caractérisation de l'infraction⁶⁴⁹ ». La mauvaise foi de l'avocat peut donc être appréhendée sous l'angle de cet élément moral, de sorte que cette mauvaise foi sera constatée par la pleine conscience de l'avocat de commettre ce délit.

⁶⁴⁷ L.PUECH, « *article 226-14 du Code pénal* », 2020, (En ligne), URL : <https://secretpro.fr/secret-professionnel/fiches-legislation-commentee/code-penal/article-226-14>

⁶⁴⁸ C.pén., art.226-14.al.6.

⁶⁴⁹ Cass.crim., 15 déc. 1885; DP 1886. 1. 347.

507. Mais alors, quelle est l'étendue de cette mauvaise foi ? La Haute juridiction indique également, à ce sujet, que « le bavardage excessif et la volonté de révéler un fait couvert par le secret professionnel dans l'intérêt de son client ou pour contribuer à la vérité historique ne font pas obstacle à la constitution du délit de violation du secret professionnel⁶⁵⁰ ».

La constitution du délit est donc instantanée, de sorte que la faute de l'avocat peut être évaluée par sa seule volonté de relever un fait. La mauvaise foi pourrait donc être évaluée comme étant le prolongement, ou la suite « logique » du comportement intentionnel de l'avocat.

508. Mais encore, la mauvaise foi pourrait également résulter d'un abus. Cet aspect résulte, lui aussi, d'une volonté d'abuser de la qualité ou du titre que la personne tient de par sa profession d'avocat. En effet, le délit de violation du secret professionnel peut également être constitué par le comportement abusif d'un avocat qui comme le précise la Chambre criminelle « a obtenu des services du procureur de la République des renseignements sur les procédures pénales dans lesquelles était impliqué celui-ci et en a révélé l'existence à des tiers dans le cadre du litige les opposant⁶⁵¹ ».

509. Ici, cet abus emporte deux conséquences. La première réside dans la violation du secret professionnel. En effet, un avocat qui est en litige personnel avec son ancien client ne peut, de par sa qualité, obtenir des éléments relevant du secret professionnel alors que celui-ci n'agit pas en tant qu'avocat, mais en tant que partie au litige. La seconde réside dans la caractérisation certaine d'un abus de fonction.

⁶⁵⁰ Cass.crim., 25 janv. 1968, n°66-93.877, Bull. crim. n°25; D. 1968. 153 rappr. Costa; JCP 1968. II. 15425; Gaz. Pal., 1968. 1, 164; RSC 1968. 344, obs. G. Levasseur.

⁶⁵¹ Cass.crim., 18 déc. 2001, n°01-84.170, Bull.crim. n°273, JCP 2002. 1394; D. 2002. 862 – Cass.civ. 1^{re} 30 mars 2005, n°03- 17.907, Bull. civ. I n°156; D. 2005. 1047; RSC 2005. 550, obs. E. Fortis.

510. Encore une fois, la présence d'une possible mauvaise foi ne fait aucun doute en matière d'abus de fonction, puisque l'élément intentionnel, la volonté de tromper autrui est présente.

Ce comportement pourrait même s'apparenter à un dol général ayant pour conséquence la caractérisation parallèle de la mauvaise foi.

511. En résumé, la mauvaise foi en droit pénal et surtout en matière de divulgation du secret professionnel est – sans même rentrer dans les détails les plus profonds du droit pénal général – facilement caractérisée. Cette facilité réside dans l'élément intentionnel du délit puisque « le délit existe dès que la révélation a été faite avec connaissance, indépendamment de toute intention spéciale de nuire⁶⁵² ». Alors, « L'intention frauduleuse consiste dans la conscience qu'a le prévenu de révéler le secret dont il a connaissance, quel que soit le mobile qui a pu le déterminer⁶⁵³ ».

512. La mauvaise foi est une notion qui peut être déduite de certains comportements. Cette notion n'est pas automatiquement prononcée par les juges. En effet, le droit positif met en œuvre d'autres mécanismes pouvant, éventuellement, se déduire de la notion de mauvaise foi, sans pour autant avoir une conséquence quant à l'interprétation de celle-ci, de sorte que la mauvaise foi reste – à ce stade – une notion plus ou moins absente des théories et pratiques.

⁶⁵² Cass.crim., 9 mai 1913. S. 1914. 1. 169, note Roux ; DP 1914. 1.

⁶⁵³ Cass.crim., 7 mars 1989, Bull. crim. n° 109; RSC 1990. 73, obs. Levasseur.

§2 – *La déduction logique de la mauvaise foi en matière de qualification et d'interprétation des infractions spécifiques en droit pénal*

513. Infractions spécifiques. Il convient de rappeler que l'avocat n'est pas à l'abri de sanction pénale, autrement dit, il est possible que ce dernier se rende coupable d'une infraction pouvant engendrer la mise en œuvre de sa responsabilité pénale. *A fortiori*, en matière de responsabilité pénale, la mauvaise foi de l'avocat sera « le plus souvent, quasi présumée de manière irréfragable ⁶⁵⁴ ». S'agissant des infractions que pourrait commettre l'avocat, un ouvrage indique très justement qu'« un certain nombre d'infractions sont contingentes à certaines règles professionnelles de la profession d'avocat [...] ⁶⁵⁵ ».

514. Ainsi, certaines infractions s'avèrent être en lien étroit avec la profession d'avocat. La qualité donnée à l'avocat peut lui donner certains avantages quant à la commission de certaines infractions, c'est lui et lui seul qui doit respecter les obligations qui découlent de son activité, *a contrario* il se rendra coupable d'une faute pénale.

515. Tout manquement au serment n'est pas automatiquement constitutif d'une faute pénale. La liste des infractions n'est pas limitative, mais certaines infractions peuvent être récurrentes.

Les infractions récurrentes pour la jurisprudence sont l'abus de confiance, l'escroquerie, ainsi que la corruption.

En conséquence, la notion d'infractions spécifique signifie que ces dernières sont inhérentes à la profession d'avocat, autrement dit, ce sont des infractions commises dans le cadre de son exercice professionnel.

⁶⁵⁴ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1874.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

A ce titre, il est nécessaire d'étayer certaines de ces infractions – sans pour autant effectuer une description théorique – afin de prendre connaissance de la place de la mauvaise foi en la matière. Il sera donc question d'étudier les infractions relatives au devoir de probité.

En effet, le devoir de « probité est un devoir impératif de l'avocat⁶⁵⁶ ».

516. Le manquement à la probité s'analyse sous plusieurs formes. Ce manquement est qualifié par le détournement et le blanchiment. Ces deux délits sont aussi qualifiés par d'autres notions telles que l'abus de confiance, l'escroquerie, et enfin le blanchiment de fonds mis en œuvre par le professionnel, soit l'avocat.

517. L'avocat inspire la confiance pour son entourage, notamment pour ses clients. En effet, en tant que défenseur des droits et libertés des individus, ce dernier acquiert une forte légitimité dans l'exercice de sa profession. Pour autant, cette légitimité doit être scrupuleusement observée.

En tant qu'avocat, ce dernier doit naturellement instaurer un équilibre entre les droits et les devoirs que lui impose ou procure sa profession.

A ce stade, il est nécessaire de s'intéresser à la caractérisation d'une possible faute pénale imputable à l'avocat, autrement dit, à quel moment est-il possible de considérer que cet équilibre a été bafoué ? Cette question s'intéresse nécessairement aux infractions spécifiques inhérentes à la profession d'avocat.

518. S'agissant de l'abus de confiance, l'article 314-1 du Code pénal définit cette infraction comme « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé⁶⁵⁷ ».

⁶⁵⁶ Y. AVRIL, « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p.368.

⁶⁵⁷ C.pén., 314-1.

519. Pour l’avocat, cet abus de confiance se manifeste par « la non-restitution de fonds, biens ou valeur remis à une personne à charge pour celle-ci de les représenter ou d’en faire un usage déterminé, et de les rendre dès lors que la remise est ainsi faite à titre précaire⁶⁵⁸ ».

En conséquence, il est loisible d’affirmer que l’abus de confiance se manifeste pour la plupart du temps en un détournement de fonds. Toutefois, cet abus de confiance peut s’apparenter à une trahison.

En effet, l’abus de confiance débouche nécessairement sur une trahison de la confiance de sorte que le devoir de probité semble être la pierre angulaire de cet abus.

520. Le devoir de probité se définit comme « l’exacte régularité à remplir tous les devoirs de la vie civile⁶⁵⁹ ». En résumé, ce devoir impose à l’avocat d’agir en faisant preuve de « pureté qui ne se laisse entamer ni corrompre⁶⁶⁰ ». Les manquements à ce devoir s’analysent donc comme des rétentions ou des utilisations fautives de fonds.

L’abus de confiance peut caractériser une faute imputable à l’avocat dans l’exercice de son activité, cette faute aura donc une nature pénale dans la mesure où elle est réprimée par le droit pénal.

521. S’agissant de l’escroquerie, l’article 313-1 du Code pénal définit cette infraction comme « l’escroquerie est le fait, soit par l’usage d’un faux nom ou d’une fausse qualité, soit par l’abus d’une qualité vraie, soit par l’emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d’un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge⁶⁶¹ ».

⁶⁵⁸ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d’avocat », *op.cit.*, p.1875.

⁶⁵⁹ E. LITTRÉ, « Dictionnaire de la langue française », *op.cit.*, V° Probité. p.1329.

⁶⁶⁰ *Ibid.*

⁶⁶¹ C.pén., art.313-1.

522. Autrement dit l'escroquerie est perçue comme un abus de qualité. Cet abus peut également être l'origine de manœuvres frauduleuses, en effet, « l'avocat peut, dans le cadre de son activité, réaliser des actes portant manœuvres frauduleuses, support d'une escroquerie⁶⁶² ».

En conséquence, l'avocat fait donc preuve de mauvaise foi en adoptant un comportement frauduleux puisque ce dernier est nécessairement conscient des actes qu'il effectue, cette infraction nécessitant un élément intentionnel pour être qualifiée, la présence d'une possible mauvaise foi ne fait aucun doute.

523. Enfin, s'agissant du blanchiment, cette infraction est définie par l'article 324-1 du Code pénal qui dispose que « Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit⁶⁶³ ».

524. Autrement dit, le blanchiment s'apparente au recel qui est défini comme « le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit⁶⁶⁴ ».

En somme, l'avocat qui se rend coupable d'un blanchiment le fait nécessairement intentionnellement.

⁶⁶² H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1878.

⁶⁶³ C.pén., art.324-1.

⁶⁶⁴ C.pén., art.321-1.

525. Cet aspect volontaire est largement éclairci par un les auteurs de l'ouvrage attaché aux règles de la profession d'avocat, en effet ces derniers indiquent à de multiples reprises que « la caractérisation nécessite la simple connaissance de l'origine frauduleuse des fonds ou produits de l'infraction, laquelle est souvent déduite des relations antérieures de l'avocat et le délinquant⁶⁶⁵ », ils poursuivent en déduisant que l'élément intentionnel du professionnel est naturellement présent puisque ce dernier indique que « L'avocat saurait d'autant plus difficilement prétendre avoir sérieusement pu ignorer l'origine frauduleuse des fonds qu'il est tenu d'une stricte obligation de vigilance et de prudence en la matière⁶⁶⁶ ».

526. Les juges de la Haute Cour n'hésitent pas à condamner les avocats coupables de telles infractions, à titre d'illustration, l'avocat sera « coupable de blanchiment aggravé du délit de détournement de fonds placés sous-main de justice, le fait, pour un avocat, d'apporter sciemment, en utilisant les facilités que lui procure sa profession, son concours au placement de ces sommes dont il savait qu'elles avaient été prélevées sur des comptes bloqués⁶⁶⁷ ».

527. Il est intéressant de s'apercevoir que ce genre d'infractions sont souvent marquées par un abus de qualité, cette qualité qui s'explique par la profession même amène l'avocat à détourner son exercice professionnel, et ce volontairement, aux fins – principalement – de percevoir des sommes illégitimes ou la plupart du temps, illégales.

Ces infractions pénales s'analysent comme des fautes pénales de sorte que l'élément intentionnel est un élément fondamental de sorte qu'il est nécessaire de le confronter à la notion de mauvaise foi.

⁶⁶⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1011.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ Cass.crim., 4 mai 2011, n°10-44.456, Bull. crim. n°90; RSC 2011. 840, obs. H. Matsopoulou; Dr. pén. 2011, 101, obs. M. Veron. CD Paris, arr. 16 oct. 2012, n°066172.

528. Quid de l'importance de l'élément intentionnel⁶⁶⁸. Cet élément intentionnel est prévu par l'article 121-3 du Code pénal qui prévoit que « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre⁶⁶⁹ ». Cet élément intentionnel est donc largement prévu par le droit pénal puisque cet article se trouve dans les dispositions générales dudit Code.

Cet élément intentionnel est fondamental dans la mesure où il caractérise l'infraction et la faute pénale. Cet élément sera recherché scrupuleusement par les juges du fonds, toutefois il est nécessaire d'avoir à l'esprit qu'une déduction logique peut être analysée.

En effet, la caractérisation de certaines infractions – notamment celles susvisées – fait naturellement ressortir cet aspect intentionnel puisque la commission de ces infractions nécessite forcément une « ruse » dont le but est de trahir ou tromper la confiance accordée à l'avocat.

529. Cet aspect intentionnel est donc important puisqu'il détermine la conscience que pouvait avoir le professionnel au moment de la réalisation des faits litigieux. Cette conscience qui, par déduction, devient automatiquement malveillante et stratégique.

La stratégie de l'avocat n'est donc pas toujours légale ...

Cette déduction logique est également déduite des affirmations d'Yves Avril, « l'escroquerie est une infraction intentionnelle. La simple imprudence ne qualifie pas le délit d'escroquerie et la bonne foi interdit de le retenir⁶⁷⁰ ».

Ainsi, l'élément intentionnel attaché à ces infractions peut être la conséquence logique d'un défaut de prudence et de vigilance de la part de l'avocat à l'égard de ses clients, ou plus largement à l'égard d'autrui.

⁶⁶⁸ V° infra §n°677 et s. : Sur l'élément moral.

⁶⁶⁹ C.pén., art.121-3.

⁶⁷⁰ Y. AVRIL, « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p.373.

530. Quid des conséquences de l'irréfragabilité de la mauvaise foi. Dans un premier temps il est nécessaire de définir ce qu'est une « irréfragabilité », cette notion rend irrecevable la possibilité d'apporter la preuve contraire d'un fait ou d'un acte.

Ainsi en matière d'infractions spécifiques il est démontré que la mauvaise foi de l'avocat est présumée de manière irréfragable de sorte qu'il est difficile, quoiqu'impossible, d'apporter la preuve d'une possible bonne foi. Comme le résumant les auteurs de l'ouvrage présentant les règles de la profession d'avocat, « les juridictions se montreront rarement clémentes à son égard⁶⁷¹ ».

531. Cela démontre que l'avocat qui rend coupable de ce genre d'infraction, soit celle de la complicité, recel, blanchiment de fonds, ou encore celles relatives à l'abus de confiance et l'escroquerie est nécessairement de mauvaise foi.

A ce titre, la notion de mauvaise foi peut être perçue comme la volonté ou « la pleine connaissance⁶⁷² » de causer un trouble à un intérêt, qu'il soit général ou privé, générant ainsi une faute pénale.

532. Cette irréfragabilité touchant à la notion de mauvaise foi s'explique par la jurisprudence. Certaines illustrations⁶⁷³ démontrent que les juges qualifient facilement la faute intentionnelle de l'avocat. Cet élément intentionnel explique nécessairement la présence d'une intention frauduleuse qui peut être marquée par un comportement de mauvaise foi. La mauvaise foi peut apparaître au moment de la commission des faits, mais également et par analogie au moment de la défense du professionnel du droit.

533. Cette qualification « automatique » de la mauvaise foi a une conséquence sur le régime touchant à la responsabilité du professionnel du droit. En effet, le fait que l'avocat ne puisse démontrer sa bonne foi le condamne naturellement à une sanction de sorte que la déduction d'un élément fautif est aisée à déduire.

⁶⁷¹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1866.

⁶⁷² D.REBUT, « Abus de bien sociaux », *Rép. pén., Rép. pr. pén., éd., Dalloz, janv. D. 2020, V° Éléments constitutifs.*

⁶⁷³ Cass.crim., 5 févr. 2003, n°01-87.052, NP, cité in Y. Avril « Responsabilité des avocats », *op.cit.*, p. 373.

534. La mauvaise foi est donc une circonstance pouvant qualifier une faute pénale. Cette déduction s'explique également par la facilité de rapporter la preuve de cet élément intentionnel.

Comme l'affirme une partie de la doctrine « la preuve de l'intention de tromper est souvent aisée, car elle résulte des procédés utilisés par l'escroc et des circonstances de l'affaire⁶⁷⁴ ».

535. Quid de la valeur de la mauvaise foi quant à l'appréciation de la faute pénale. Comme le précise Yves Avril, « de même que la responsabilité civile traduit le manquement au devoir du professionnel, la responsabilité pénale va pouvoir s'alimenter d'obligations impératives⁶⁷⁵ ». Ces obligations impérieuses s'expliquent par la gravité de certains faits démontrant, de la part des avocats, des intentions frauduleuses avérées.

536. En matière de qualification d'infractions spécifiques, la valeur de la mauvaise foi s'avère être une notion omniprésente. En effet, l'importance de l'élément intentionnel laisse une place gracieuse à la mauvaise foi dans la mesure où cette dernière est généralement toujours retenue.

Le lien entre les deux notions semble relever d'une logique intellectuelle qui amène à penser que celles-ci semblent être cantonnées au même résultat.

⁶⁷⁴ Y. AVRIL, « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p.373.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p.289.

CONCLUSION DE CHAPITRE

537. Comme déjà évoqué, l'engagement de la responsabilité de l'avocat n'est pas à exclure. En effet, ce dernier est responsable sur le plan civil, disciplinaire et enfin sur le plan pénal.

La faute commise par l'avocat a nécessité de s'intéresser aux règles disciplinaires et pénales.

En matière disciplinaire, la profession d'avocat est soumise à une forte autorégulation. Cette autorégulation signifie que les sanctions imputables à un avocat seront prononcées par ses pairs, soit par le Conseil de l'Ordre et le Bâtonnier, cela ne voulant pas dire que l'État est totalement distrait de cette procédure puisque ce dernier délègue seulement certaines de ses compétences.

Cette autorégulation est le reflet – quoique le résultat – d'une plainte disciplinaire de sorte que cette plainte peut être analysée comme une faute, une négligence commise par l'avocat.

538. Pour autant, certaines études démontrent que cette autorégulation semblerait prendre un tournant différent, et ce, car la place de ladite plainte apparaît comme fondamentale de sorte que les manquements que peuvent commettre les professionnels du droit semblent être analysés de plus en plus sévèrement laissant ainsi une place aisée à la victime.

Ainsi, la mauvaise foi de l'avocat semblera, elle aussi, prendre une importance certaine dans le prononcé d'une quelconque sanction.

539. Mais encore, la déontologie peut apparaître comme le guide de l'avocat de sorte que la violation de celle-ci est synonyme de faute. Cette faute n'étant pas clairement définie, elle pourra susciter des difficultés de qualification. Quoiqu'il en advienne, la faute disciplinaire n'est pas une notion abstraite puisqu'elle sera retenue par les juges.

540. Le secret professionnel est une notion étant largement protégée par le droit pénal de sorte que sa divulgation sera perçue comme une faute pénale. En effet, la violation du secret professionnel est le délit le plus fréquent en droit pénal. Pour autant, d'autres infractions existent. Notamment celle concernant le détournement, le blanchiment, l'abus de confiance ainsi que l'escroquerie.

L'articulation de la mauvaise foi en matière de faute disciplinaire s'effectue par une possible intention frauduleuse, en matière déontologique, l'étude démontre que l'appréciation de la faute ne requière pas nécessairement la présence d'une quelconque mauvaise foi de sorte que cette notion semble quelque peu obsolète.

541. En matière pénale le raisonnement diffère, en effet, la notion de mauvaise foi joue un rôle primordial, mais ce rôle n'emporte pas de réelle conséquence dans la mesure où c'est la divulgation volontaire du secret professionnel qui prime au moment du prononcé d'une sanction. En matière de qualification d'infractions spécifiques, la valeur de l'élément intentionnel laisse une place gracieuse à la mauvaise foi dans mesure où ces notions semblent emporter les mêmes conséquences.

En conclusion, la mauvaise foi est une notion protéiforme qui, selon les matières, acquière une importance différente.

CONCLUSION DE TITRE

542. La faute de l'avocat a pour conséquence une sanction qui peut revêtir plusieurs formes. En effet, celui-ci peut être l'auteur de faute de nature civile, disciplinaire ou encore de nature pénale.

L'articulation entre la faute et la notion de mauvaise foi révèle que ces deux notions sont indépendantes. Pour autant, la notion de mauvaise foi peut s'avérer être l'élément déclencheur de la faute civile. La faute de nature civile peut être défini comme le résultat d'une intention de nuire de sorte que ce comportement purement intentionnel de causer un dommage qui peut être synonyme de mauvaise foi.

543. Mais encore, les obligations professionnelles de l'avocat jouent un rôle important au moment de l'évaluation d'un possible manquement. En effet, le mandat de l'avocat lui procure des missions juridiques et judiciaires de sorte que ce mandat implique également un respect scrupuleux des règles professionnelles. De plus, le devoir de conseil ainsi que la conformité face à l'évolution du droit positif semblent impliquer une rigueur hors pair de la part de l'avocat. La mauvaise foi pourra alors être perçue comme un comportement imprudent, négligent ou volontaire.

544. La faute déontologique est véhiculée par la notion de déontologie et sanctionnée par le droit disciplinaire, de sorte que ces notions sont étroitement liées. En la matière, la mauvaise foi peut animer le comportement d'un avocat de sorte que celle-ci sera perçue sous l'angle du désintérêt, de la négligence ou encore du volontarisme.

545. La faute pénale donne une place primordiale à la notion de mauvaise foi. En effet, l'élément intentionnel en droit pénal joue un rôle fondamental de sorte que la mauvaise foi peut être facilement déduite notamment au travers de la divulgation volontaire d'informations couvertes par le secret professionnel. *A fortiori*, l'irréfragabilité de la mauvaise foi en matière de faute pénale contribue à lui accorder une place primordiale.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

546. Dans un premier temps, il est nécessaire d'affirmer que la notion de mauvaise foi est une notion difficile à définir. En effet, cette notion est déduite de plusieurs autres notions, notamment de la notion de bonne foi. La mauvaise foi serait alors la négation de la notion de bonne foi de sorte que sa définition découlerait d'une lecture *a contrario*. Pour autant, certains textes évoquent cette notion sans pour autant la définir.

547. Au sein de la profession d'avocat, l'étude de la mauvaise foi n'est pas une chose aisée. En effet, la notion est une notion quasiment absente des décisions jurisprudentielles de sorte qu'il est difficile de s'en faire une pratique. Pour autant, le statut même de l'avocat pourra aider à cerner la notion. En ce sens, l'indépendance de l'avocat, ce qui lui procure une certaine liberté contractuelle pourra amener ce dernier à commettre des abus lors de l'accomplissement de ses missions. Cette indépendance permet ainsi de cerner davantage la notion. Mais encore, la confiance qu'inspire l'avocat peut également l'amener à commettre des abus pouvant s'apparenter à la notion de déloyauté.

548. Dans un second temps, l'articulation entre la faute de l'avocat et la notion de mauvaise démontre que celle-ci peut être l'élément déclencheur d'une faute imputable à l'avocat.

Pour autant, la notion peut également être obsolète de tout comportement. Cette absence peut s'expliquer par la valeur et l'importance de l'élément intentionnel en droit pénal. Pour autant, cet élément intentionnel pourra s'apparenter à la notion de mauvaise foi.

En conclusion, la mauvaise foi peut animer le comportement d'un avocat et une telle déduction peut se manifester par la négligence, le désintérêt, l'intention, le volontarisme et bien d'autres notions.

SECONDE PARTIE – La sanction de la mauvaise foi de l’avocat : une procédure abondante et complexe sanctionnant les comportements de mauvaise foi

549. Les transformations contemporaines amènent à soutenir que l’avocat est désormais responsable, et ce au même titre que tout justiciable. De plus, l’étude de la notion de mauvaise foi apparaît opportune dans la mesure où cette notion peut jouer un rôle au moment de l’engagement de la responsabilité de celui-ci. Mais les interrogations concernant sa valeur persistent de sorte qu’il est nécessaire d’évaluer cette notion à l’aune des différentes possibles responsabilités.

En conséquence, la sanction résultant de la mauvaise foi implique de prendre connaissance du caractère répressif du droit pénal, ainsi que de la notion de peine résultant de l’application du droit disciplinaire (*Titre 1*), pour enfin prendre connaissance de sa place au sein de la mise en œuvre de la responsabilité civile (*Titre 2*).

Plan.

- **Titre 1. La mauvaise foi à la frontière du caractère répressif du droit pénal et de la notion de peine du droit disciplinaire.**
- **Titre 2. Le rôle de la mauvaise foi dans la mise en œuvre de la responsabilité civile.**

TITRE 1 – La mauvaise foi à la frontière du caractère répressif du droit pénal et de la notion de peine du droit disciplinaire

550. L'aspect répressif du droit pénal et la notion de peine disciplinaire nécessitent de s'interroger sur les façons dont la responsabilité de l'avocat pourrait être engagée. A ce titre, il semble opportun d'étudier comment le droit disciplinaire protège les valeurs qui sont dégagées par la déontologie de la profession d'avocat, mais également comment la mauvaise foi peut être sanctionnée (Chapitre 1), pour ensuite évaluer les infractions pénales liées à la mauvaise foi et s'apercevoir que la sanction peut s'avérer délicate (Chapitre 2) et ce puisque à côté des manquements disciplinaires, l'avocat peut faire l'objet de poursuites pénales.

Plan.

- **Chapitre 1. Les manquements disciplinaires confrontés à la mauvaise foi, la protection des valeurs déontologiques**
- **Chapitre 2. Les infractions pénales liées à la mauvaise foi, une sanction cohérente.**

CHAPITRE 1. Les manquements disciplinaires confrontés à la mauvaise foi, la protection des valeurs déontologiques

551. Il est nécessaire de rappeler que les manquements disciplinaires sont analysés lorsque l’avocat manque à son serment, et *a fortiori* lorsque ce dernier manque aux règles légales que lui impose sa profession⁶⁷⁶. En conséquence, il apparaît nécessaire de confronter ces manquements disciplinaires avec la notion de mauvaise enfin de s’apercevoir que l’avocat est soumis à une éthique forte (Section 1).

À côté de cela, il apparaît primordial d’étudier l’impact que peut avoir la mauvaise foi sur l’engagement de la responsabilité dite disciplinaire (Section 2).

SECTION 1. L’étude accrue des manquement disciplinaires confrontés à la mauvaise foi, une éthique forte

552. Le manquement disciplinaire est une notion assez floue et dense de sorte qu’il est nécessaire de cantonner celle-ci à certaines notions qui apparaissent fondamentales au sein de la profession d’avocat. Ainsi, il est opportun de confronter la valeur de l’honneur et des bonnes mœurs face à la notion de mauvaise foi (§1) pour ensuite évaluer la place hiérarchique de l’obligation de probité face à la mauvaise foi (§2) afin de comprendre quelle valeur peut avoir la mauvaise foi en matière de manquement et de sanction.

§1 - L’importance effective de l’honneur et des bonnes mœurs face à la mauvaise foi

553. **Ordre public et bonnes mœurs.** L’article 6 du Code civil dispose que « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs⁶⁷⁷ ». Le doyen Marty indique que les bonnes mœurs sont perçues comme l’aspect moral de la notion d’ordre public de sorte que le ce dernier parle « d’ordre public moral⁶⁷⁸ ».

⁶⁷⁶ V°supra, §n°67 et §128 : Sur les règles guidant la profession d’avocat.

⁶⁷⁷ C.civ., art.6.

⁶⁷⁸ G. MARTY, « *Les obligations, les sources* », t.I, éd., Librairie du recueil Sirey, 1988, n°77.

554. Ainsi, il est possible d'affirmer que la notion de bonnes mœurs est étroitement liée à la notion d'ordre public.

L'ordre public lui, se manifesterait par « la supériorité de la collectivité sur l'individu⁶⁷⁹ ». A ce sujet, Portalis a pu qualifier l'ordre public et les bonnes mœurs comme des « maximes de tous les temps » et poursuit en affirmant que « le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême⁶⁸⁰ ». Telle est la signification qu'il est possible de retenir.

555. Bonnes mœurs et profession d'avocat. En matière contractuelle, la notion de bonnes mœurs prime sur le principe de liberté contractuelle. Cette primauté est fondamentale au sein de la profession d'avocat. En effet, de par sa forte indépendance⁶⁸¹, l'avocat bénéficie d'une certaine liberté dans l'accomplissement de sa mission de sorte que le respect scrupuleux des bonnes mœurs et de l'ordre public semble être une règle primordiale. En effet, l'avocat en tant que défenseur des intérêts de son client doit faire preuve de prudence. La notion de bonnes mœurs n'est donc pas indifférente à la profession d'avocat. Sous un aspect général, l'intervention de l'avocat doit être conforme aux bonnes mœurs.

556. Ce respect ne découle pas systématiquement du droit des contrats puisque la notion de bonnes mœurs revêt un aspect moral général de sorte que cet aspect s'impose au sein de la profession d'avocat. Cet aspect général est indiqué par l'article 11 de la loi du 31 décembre 1971 qui dispose que « nul ne peut accéder à la profession d'avocat s'il ne remplit pas les conditions suivantes [...] 4° n'avoir été l'auteur de faits ayant donné lieu à condamnation pénale pour agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs⁶⁸² ».

⁶⁷⁹ A. GOUEZEL, Civ.art. 6, Fasc. unique « *Ordre public et bonne mœurs* », éd., Lexis 360, 2018.

⁶⁸⁰ J.-B. d'ONORIO, « L'esprit du code civil selon Portalis » éd., PUF, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques, 2005, n°42, p. 75 à 92.

⁶⁸¹ V°supra, n°§168 : Sur l'indépendance professionnelle de l'avocat.

⁶⁸² L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.11.

En conséquence, il est loisible de penser que la notion de bonnes mœurs est étroitement liée à la profession d'avocat et *a fortiori* cette notion est érigée en condition, notamment pour accéder à ladite profession.

557. L'aspect moral découlant de la notion de bonnes mœurs consiste à « préserver la société de comportement dont on estime qu'ils mettraient en danger le développement de ses membres⁶⁸³ ».

La notion de bonnes mœurs protège l'aspect moral de la société, et ce puisqu'il est affirmé que « la protection de la moralité publique est également concernée par certaines activités considérées comme portant atteinte aux bonnes mœurs⁶⁸⁴ ». Cette moralité est également présente au sein de la profession d'avocat dans la mesure où il existe des conditions de moralité afin de pouvoir exercer cette activité.

558. En somme, la question qui se pose serait celle de savoir qu'elle est cohérence qui gouverne entre cet aspect moral et le respect des bonnes mœurs au sein de la profession d'avocat ? Il est nécessaire de rappeler qu'à l'origine, la déontologie avait pour fondement une morale commune de sorte que les règles découlant de cette déontologie étaient essentiellement morales. La déontologie est pour l'avocat le socle contenant les devoirs et les obligations auquel il est soumis.

559. La notion de bonnes mœurs fait partie de ce socle puisqu'elle s'apparente à une norme comportementale ayant un aspect moral dans certains cas. En conséquence, les deux notions se regroupent dans la même ligne de conduite sans pour autant être synonymes. En somme, la notion de bonnes mœurs est intégrée dans la déontologie afin de rendre celle-ci plus adroite.

⁶⁸³ J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE et J. HAUSER, « *Ordre public et bonne mœurs* », éd., Dalloz, Rép.civ., 2019, V° Fonctions des bonnes mœurs.

⁶⁸⁴ G. CLAMOUR et P.-Y. GAHDOUN, « *Commerce et industrie* », éd. Dalloz, Rép.com., 2020, V° Protection de la moralité.

Ce raisonnement est donc illustré par l'article 11 de la loi du 31 décembre 1971 qui conditionne une inscription au tableau conforme aux bonnes mœurs.

560. Au-delà de cet aspect général, la notion de bonnes mœurs – qui, étant une notion non définie strictement – peut être qualifiée comme étant une notion présentant des caractères divers, ainsi il a pu être jugé que le fait de procéder à l'ajout apocryphe d'un moyen dans des conclusions d'appels, en vue de soutenir un moyen non argumenté en cassation, constitue une atteinte aux bonnes mœurs et à l'honneur⁶⁸⁵.

Mais encore, le mensonge, la corruption, la complicité de tentative de faux en écriture privée, l'aide à l'évasion⁶⁸⁶ sont des comportements pouvant constituer des atteintes aux bonnes mœurs.

561. Bonnes mœurs et honneur⁶⁸⁷. L'honneur d'un avocat est défini comme « le vif sentiment de sa propre dignité qui anime un individu et qui le pousse à agir de manière à conserver l'estime des autres ainsi que les principes moraux qui sont à la base de ce sentiment⁶⁸⁸ ».

L'honneur fait donc partie des principes essentiels de l'avocat qui plus est, inscrit dans les termes de son serment.

562. Ce principe est un principe fondamental dans la mesure où il est étroitement lié à tous les autres principes essentiels qui guident l'avocat et ce puisque « tout manquement aux principes essentiels, toute faute déontologique d'une particulière gravité porte atteinte à l'honneur de la profession d'avocat⁶⁸⁹ ». Par analogie, le respect de la notion d'honneur et de bonnes mœurs semble étroitement lié puisque l'appréciation générale de l'honneur implique ce respect aux bonnes mœurs.

⁶⁸⁵ CA. Paris, 22 sept. 1993, Gaz.Pal., 28 oct.1993, 15.

⁶⁸⁶ CA. Paris, 23 nov. 1993, D.1995.164, obs. A. Brunois; CA. Aix en Provence. 15 mars. 1982 ; D. 1984. 120 ; Gaz. Pal., 1983, 1, Somm. 186 ; in DAMIEN, Les grands arrêts, 1991, p.130.

⁶⁸⁷ V°supra, §n°181 : Sur la valeur de l'honneur.

⁶⁸⁸ CA. Aix en Provence, 24 nov. 1989, Gaz. Pal., 1990. I, p.240.

⁶⁸⁹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.477.

563. En conséquence et d'un point de vue déontologique, lorsque l'avocat se rend coupable d'un manquement touchant au principe d'honneur il peut également se rendre coupable d'un manquement touchant les règles guidant les bonnes mœurs.

A fortiori, il est possible d'affirmer que « la faute professionnelle, entachant l'honneur professionnel, est le plus souvent une faute grave, mais surtout, une faute allant à l'encontre des principes mêmes de la profession [...]»⁶⁹⁰.

En somme, l'honneur a acquis une place plus que fondamentale au sein du droit et plus encore, au sein de la profession d'avocat ce qui explique d'ailleurs les termes de son serment de sorte qu'il est opportun de réaliser un rapprochement entre les deux notions.

564. Historique. D'un point de vue historique, au bas Empire, Justin 1^{er}⁶⁹¹ instaure une nouvelle pratique en ce qui concerne la profession d'avocat.

En effet, ce dernier indiquait que « les praticiens devaient justifier avoir étudié le droit pendant 5 ans, être de bonne moralité et prononcer un serment dans chaque cause qu'ils étaient amenés à plaider⁶⁹² ».

Ainsi, la référence à la « bonne moralité » implique pour l'avocat une certaine valeur morale signifiant un comportement répondant à une norme de référence de sorte la notion est d'ores et déjà présente au sein de la profession.

565. Par la suite, le serment que prêter l'avocat indiquait qu'il devait « jurait obéissance aux constitutions de l'Empire et fidélité à l'Empereur, il jurait en outre de ne rien dire ou publier de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'État et à la paix publique [...] »⁶⁹³. Ce serment désormais politique a été établi par Napoléon 1^{er}.

Ainsi, en 1810, la notion de bonnes mœurs est insérée nettement dans les termes du serment que prête l'avocat.

⁶⁹⁰ B. BEIGNIER, « *L'honneur et le droit* », *op.cit.*, p.428.

⁶⁹¹ Empereur byzantin (450 av. J.C – 518).

⁶⁹² H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p. 62.

⁶⁹³ *Ibid.*, p.331.

566. Alors, la question qui se pose est celle de savoir quel pourrait être son impact ainsi que sa valeur. A cette époque⁶⁹⁴, l'esprit du serment est érigé principalement en « un respect dû aux tribunaux et aux autorités publiques, ainsi que, parfois, de soumission, voulue, au pouvoir politique en place. Il ne s'y trouve guère de trace des devoirs de l'avocat, et encore moins des principes essentiels⁶⁹⁵ ».

En conséquence, ce serment peut susciter certaines difficultés. La référence aux bonnes mœurs n'engage que peu de conséquences, mais la formulation de ce serment implique pour l'avocat d'être sanctionné automatiquement en cas de manquement disciplinaire de sorte qu'un équilibre sera par la suite instauré.

567. L'importance des bonnes mœurs au moment de l'accès à la profession d'avocat. L'article 11 de la loi du 31 décembre 1971 indique que « nul ne peut accéder à la profession d'avocat s'il ne remplit pas les conditions suivantes : [...] 4° n'avoir pas été l'auteur de faits ayant donné lieu à condamnation pénale pour agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs⁶⁹⁶ ». Ainsi, la notion de bonnes mœurs semble être une notion qui n'est pas indifférente à la profession d'avocat. Plus encore, le rôle de l'amnistie semble être un mécanisme pouvant aider à cerner de plus près cette notion de bonnes mœurs.

568. Rôle de l'amnistie. L'amnistie est « l'acte du législateur qui efface rétroactivement le caractère punissable des faits auxquels il s'applique⁶⁹⁷ ». Les lois d'amnistie ont été instituées par plusieurs lois, la dernière en date est celle du 6 août 2002⁶⁹⁸. Ainsi, en droit français il est possible pour un avocat de bénéficier d'une mesure législative pouvant venir effacer le caractère punissable de certains de leurs actes.

⁶⁹⁴ Première moitié du XIX^e siècle, règne de Napoléon 1^{er} (1804 – 1815).

⁶⁹⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.416.

⁶⁹⁶ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.11.4°.

⁶⁹⁷ Dictionnaire français Larousse, V° Amnistie, p.2963.

⁶⁹⁸ L. n°2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie, *JORF* 5 août 2002.

569. A ce stade il est toutefois nécessaire de préciser que si les faits ont préalablement donné lieu à une sanction pénale, l'amnistie concernant des sanctions disciplinaires est subordonnée à l'octroi d'une amnistie touchant la sanction pénale.

En conséquence, comme le résume parfaitement un auteur, « l'amnistie efface seulement les conséquences juridiques de la mesure disciplinaire prononcée contre un avocat et non pas ses conséquences matérielles⁶⁹⁹ », ainsi la jurisprudence confirme que l'amnistie « ne saurait permettre à l'avocat réinscrit au barreau après radiation et amnistie de percevoir rétroactivement des avantages auxquels il ne pouvait prétendre au moment où ils auraient dû être perçus⁷⁰⁰ ».

570. En somme, un avocat qui bénéficie d'une amnistie – soit d'un effacement de sa sanction – pourra faire une demande auprès du Conseil de l'Ordre afin de solliciter sa réinscription au tableau. Cette réinscription n'est toutefois plus automatique et l'avocat pourra se heurter à un refus.

En effet, la radiation au barreau est l'une des sanctions découlant de la procédure disciplinaire qui « consiste à ordonner le retrait de l'avocat au tableau du barreau et de l'interdire pour l'avenir de toute possibilité de s'inscrire au tableau d'un barreau⁷⁰¹ ».

Enfin, ce mécanisme s'avère être subordonné à de multiples conditions, notamment celle tenant aux caractères de la faute commise par l'avocat.

⁶⁹⁹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1187.

⁷⁰⁰ CA. Paris, 7 déc. 1989, D. 1990.22 - B. MERCADAL, « L'amnistie des interdictions professionnelles », D. 1993.

⁷⁰¹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1174.

571. Honneur, bonnes mœurs et amnistie. En matière d'amnistie, les notions d'honneur et de bonnes mœurs acquièrent une importance quelque peu particulière.

En effet, il est affirmé depuis de longues dates que « la loi d'amnistie fait disparaître le caractère délictueux sur le plan pénal si les faits entrent dans ces prévisions⁷⁰² ». Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir qu'elles seraient ces prévisions si particulières ? l'auteur poursuit en affirmant que « l'amnistie ne permettra que de faire disparaître et échapper à toute condamnation des faits qui ne sont pas contraires à l'honneur, la probité ou les bonnes mœurs⁷⁰³ ».

572. La notion de bonnes mœurs apparaît être une notion fondamentale et notamment lorsqu'il appartient au Conseil de l'Ordre de se prononcer sur des faits ne pouvant bénéficier d'une amnistie. Pour autant, la notion de bonnes mœurs est difficile à envisager. En effet, ladite notion est une notion floue et non définie clairement de sorte qu'il est nécessaire de se référer à des usages, des pratiques ou à des décisions jurisprudentielles.

Il a pu être jugé qu'était contraire à l'honneur et aux bonnes mœurs, « les faits à caractère frauduleux [...] ; les faits dans lesquels le goût du lucre a été le moteur de la mauvaise action commise par le délinquant⁷⁰⁴ ».

C'est pourquoi la notion de bonnes mœurs est une notion impliquant un mécanisme de référence. En matière de règles guidant la profession d'avocat, la notion est quelque peu imprécise, mais relève du « bon sens » ou de la « logique professionnelle ».

573. Enfin, la notion de bonnes mœurs est perçue comme une conduite à adopter pendant la durée de l'activité, et ce afin de réaliser au mieux les missions dont sera investi le professionnel, mais encore, le respect de cette notion permettra également de pouvoir bénéficier de certaine « immunité » tolérée par les pratiques de la profession en question.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 275.

⁷⁰³ *Ibid.*

⁷⁰⁴ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.476.

574. Mauvaise foi. La question qui intéresse est celle de savoir quel est l'impact de la mauvaise foi de l'avocat en matière d'honneur et de bonnes mœurs. Une décision prise par la Cour d'appel de Paris retient l'attention en matière de mauvaise foi puisque cette dernière sanctionne un avocat qui a « tenté de contourner les dispositions destinées à garantir et à protéger le secret professionnel de l'avocat, en sollicitant la mise en examen d'un confrère pour le contraindre à communiquer un document couvert par ledit secret⁷⁰⁵ ».

Ainsi, il est loisible de penser que ce comportement – naturellement contraire à l'honneur et aux bonnes mœurs – a été guidé par une intention malveillante pouvant être caractérisée par un comportement de mauvaise foi. En effet, la contrainte peut être un élément pouvant venir pallier la notion de mauvaise foi.

575. Nombreuses sont les décisions qui sanctionnent un comportement contraire à ces deux notions, pour autant l'engagement d'une sanction n'implique pas forcément une liaison avec la notion même de mauvaise foi de sorte qu'il est nécessaire de prendre en compte le comportement de la personne objet de la sanction.

Ainsi la mauvaise foi peut résulter d'un comportement adoptant une conduite contraire à l'activité de sorte qu'un avocat pourra être sanctionné pour avoir manqué à ses obligations lorsque ce dernier « porte des enchères au nom d'une société de marchands de biens qu'il contrôlait directement ou indirectement⁷⁰⁶ ».

576. Le respect des obligations dues par l'avocat en matière d'honneur et de bonnes mœurs est applicable en matière de vie privée puisque « les faits relevant de la vie privée intéressent la juridiction disciplinaire, sans qu'ils puissent se rattacher de près ou de loin à la vie professionnelle⁷⁰⁷ ». La mauvaise foi peut donc être retenue au sujet de faits relevant de la vie privée de l'avocat, notamment lorsque ce dernier se rend coupable de vol.

⁷⁰⁵ CA. Paris, 26 mars 2003, Gaz. Pal., 2003. Somm. 1125.

⁷⁰⁶ CA. Paris, 26 oct. 2006, RG n°05/24595, cité in Y. Avril « *Responsabilité des avocats* » *op.cit.*, p. 259.

⁷⁰⁷ Y. AVRIL, « *La responsabilité de l'avocat* », *op.cit.*, p. 259.

En conséquence, le manquement aux bonnes mœurs et à l'honneur pourra être retenu lorsque « les explications de l'avocat tendant à faire admettre sa bonne foi étaient dépourvues de pertinence et de valeur probante⁷⁰⁸ ».

577. La mauvaise foi est donc, sans être omniprésente, une notion qui pourrait influencer les juges dans le prononcé de leur décision. Cette affirmation est éclaircie par le comportement de l'avocat lors de la commission d'un fait répréhensible.

Pour ainsi dire, la notion de mauvaise foi n'est pas une notion automatique de sorte que les juges ne l'emploient guère souvent, pour autant il est possible d'assimiler certains comportements à ladite notion.

En définitive, l'honneur et les bonnes mœurs peuvent être perçue comme des notions primordiales de sorte que « tout manquement délibéré au serment prêté est nécessairement contraire à l'honneur⁷⁰⁹ » et par analogie, aux bonnes mœurs.

§2 - La place hiérarchique de l'obligation particulière de probité face à la mauvaise foi

578. Rappel. La probité est perçue comme « l'honnêteté scrupuleuse dans le comportement [...] ; une appréciation portée sur le comportement de l'avocat, d'un jugement de valeur⁷¹⁰ ». A ce titre, un avocat du XVI^e siècle au parlement de Paris avait d'une manière claire et synthétique défini le devoir de probité en indiquant que « pour arriver à la perfection de son état, un Avocat doit joindre à l'éloquence la capacité et la probité ; car un Avocat n'est guère moins puissant par sa vertu [...] ; que la probité était le principal instrument de la persuasion⁷¹¹ ».

⁷⁰⁸ Cass.civ. 1^{re} 12 avr. 1983, n° 82-12.517, Bull.civ. I, n° 114 ; Gaz.Pal., 1983. II. 436, note. DAMIEN ; D. 1984. IR 116 ; JCP 183. IV. 189.

⁷⁰⁹ CA. Limoges, 14 janv. 2004, cité in Y. Avril « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p. 263.

⁷¹⁰ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.324.

⁷¹¹ A.G. BOUCHER D'ARGIS, « *Règles pour former un avocat* », *op.cit.*, p.382.

579. Un autre avocat ne manque pas de compléter la définition précédente en indiquant à son tour que « Si le style est tout l'homme, la probité est tout l'avocat. On peut même dire qu'elle résume toutes les qualités qui lui sont nécessaires ; car il a pour mission de persuader, et l'on ne persuade pas, si l'on est honnête homme⁷¹² ».

En conséquence, la place hiérarchique du devoir de probité semble naturellement hériter d'une place fondamentale, voire primordiale au sein de la profession d'avocat.

580. Forte éthique. La profession d'avocat est influencée par une forte éthique. La définition générale de la notion d'éthique serait marquée par « l'ensemble des principes moraux qui sont à la base de la conduite de quelqu'un⁷¹³ ». En matière professionnelle, l'éthique servirait à « rehausser leur image d'honnêteté dans l'esprit du public et écarter les soupçons de corruption⁷¹⁴ ». En conséquence, il apparaît que la notion d'éthique serait basée sur un aspect moral regroupant ainsi un bon nombre de règles professionnelles.

Mais encore, la notion d'éthique ayant pour synonyme la déontologique, il est loisible d'affirmer que la profession d'avocat serait empreinte d'une éthique professionnelle accrue.

581. Dès lors, l'analyse de la notion d'éthique apparaît opportune dans la mesure où elle représente une notion bien présente au sein de l'exercice professionnel de l'avocat. La question qui se pose est donc celle de savoir quelle place pourrait occuper la notion de probité au côté de celle d'éthique, plus précisément, celle de savoir si le rôle de l'éthique professionnelle tient toujours une place conséquente dans les termes du serment prêté par l'avocat.

⁷¹² A. MOLLOT, « *Règles de la profession d'avocat (Usages, lois et règlements)* », 1^{re} éd., Joubert, 1842.

⁷¹³ Dictionnaire français Larousse, V° Ethique, p.1389.

⁷¹⁴ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.31.

582. Le rôle de l'éthique face à la notion de probité n'a guère d'impact puisque l'éthique professionnelle est principalement nourrie par des réflexions pouvant ainsi acquérir cet aspect moral. Le devoir de probité lui est un devoir « réel » imposant à l'avocat un respect scrupuleux attaché à toutes les facettes qui le compose. De plus, rares sont les décisions qui sanctionnent un comportement contraire à la probité au nom de l'éthique professionnelle de sorte que c'est surtout la notion de déontologie qui prend une place importante au moment du prononcé d'une sanction disciplinaire.

583. En conséquence, la place attachée à l'éthique de la profession de l'avocat ne fait aucun doute, pour autant cette place n'est pas automatiquement liée au devoir de probité.

Comme l'affirme une partie de la doctrine, « le serment nouveau remanié par la loi du 31 décembre 1990⁷¹⁵ est d'exercer les fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité, et humanité. Dorénavant, l'éthique l'emporte donc à juste titre sur la soumission à l'État [...] »⁷¹⁶.

Ainsi, malgré un attachement incertain, il est possible d'affirmer que la nouvelle articulation du serment, qui d'ailleurs implique désormais le respect au devoir de probité, renforce l'éthique professionnelle attachée à la profession d'avocat et – d'une certaine manière – se rattache à la notion de probité.

584. Rôle du Conseil de l'Ordre et le respect du devoir de probité lors de l'inscription au tableau. Le devoir de probité est un devoir particulier qui nécessite une multitude d'observations. En effet, ce devoir doit être respecté dans le cadre de l'inscription au tableau, mais également et comme tous les autres principes essentiels guidant la profession d'avocat, pendant toute la durée de son activité professionnelle.

Autrement dit à l'occasion de l'exercice de sa profession.

⁷¹⁵ L. n°90-1258 du 30 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales, *JORF* 5 janvier 1991.

⁷¹⁶ J.-J. TAISNE, « *La déontologie de l'avocat* », *op.cit.*, p.14.

585. Parmi les nombreuses prérogatives du Conseil de l'Ordre, une intéresse, notamment celle attachée au devoir de probité lors de l'inscription d'un avocat au tableau.

En ce sens, l'article 17, 3° de la loi du 31 décembre 1971⁷¹⁷ donne au Conseil de l'Ordre une mission de surveillance quant au respect des devoirs dont sont assujettis les avocats dans le cadre de leur exercice professionnel.

En effet, l'alinéa 3 dudit article attribue au Conseil de l'Ordre une mission afin « de maintenir les principes de probité, de désintéressement, de modération et de confraternité sur lesquels repose la profession et d'exercer la surveillance que l'honneur et l'intérêt de ses membres rendent nécessaire ».

586. La surveillance quant au respect du devoir de probité est donc une prérogative appartenant au Conseil de l'Ordre de sorte que l'article 17 précédemment cité donne ainsi à ce dernier la mission de maintien des principes de probité [...], il lui reconnaît par la même le pouvoir de refuser l'inscription d'un postulant ayant contrevenu à ses principes⁷¹⁸ ».

Ainsi, par cette prérogative, le Conseil de l'Ordre doit vérifier, analyser et enfin décider, « à la lumière de l'enquête approfondie prévue par la loi, s'ils écartent par des décisions judicieusement motivées, les postulants qui n'offrent pas les garanties morales que réclame la profession d'avocat⁷¹⁹ ».

587. En conséquence, l'analyse tenant au devoir de probité dont est assujetti l'avocat implique nécessairement de s'intéresser à l'article 17 de la loi de 1971. Cet article attribue une place fondamentale au Conseil de l'Ordre puisque ce dernier est en mesure de conditionner l'accès à ladite profession, et ce, en vertu du devoir de probité.

⁷¹⁷ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.17.3°.

⁷¹⁸ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p. 320.

⁷¹⁹*Ibid.*, p. 321.

588. La valeur de la mauvaise foi face au devoir de probité. La place de la mauvaise foi au sein de la profession d'avocat relève d'une analyse pouvant être qualifiée d'ardue. Pour autant la notion peut aisément être étudiée lorsqu'il est question d'étudier un comportement frauduleux ou un manquement imputable au professionnel du droit.

L'étude de la notion de mauvaise foi fait ressortir plusieurs autres notions, et ce en fonction des comportements en cause.

La question qui se pose est donc celle de savoir si les faits contraires au devoir de probité peuvent, en théorie, être accompagnés d'un éventuel comportement de mauvaise foi.

Certaines illustrations jurisprudentielles démontrent que le comportement de l'avocat peut être animé par une certaine mauvaise foi, notamment lorsque ce dernier met son téléphone personnel à la disposition d'un détenu, et que parallèlement à cela ce dernier a fait l'objet d'une sanction disciplinaire à la suite d'incidents violents et volontaires envers un magistrat⁷²⁰.

589. L'article 11 de la loi du 31 décembre 1971⁷²¹ ainsi que de nombreuses jurisprudences rappellent l'importance et la place que peut avoir le devoir de probité au sein de la profession d'avocat. En effet, « aucun candidat ne peut être avocat s'il ne présente pas les conditions de probité et de moralité requises⁷²² ». Autrement dit, le devoir de probité est une obligation qui doit être scrupuleusement observée, notamment au moment où l'avocat formule une demande afin de s'inscrire au tableau de son barreau.

En conséquence, ledit article énumère les conditions requises afin de pouvoir prétendre à la profession d'avocat de sorte que ce dernier doit faire preuve de bonne foi. C'est en ce sens que la notion de mauvaise foi peut apparaître importante.

⁷²⁰ Cass.civ. 1^{re} 18 sept. 2008, n° 07-12.165, Bull.civ. I, n°202; D. 2008. 2352, obs. V. Avena Robert.

⁷²¹ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*

⁷²² V.AVENA-ROBERDET, « *Refus d'inscription au tableau d'un avocat condamné pour manquement à la probité* », éd., Dalloz actualité, 2008.

Plus généralement, la mauvaise foi peut donc jouer un rôle au moment de l'entrée en fonction du professionnel de sorte que ce dernier doit faire preuve de sagesse, autrement dit, il doit respecter les principes essentiels inhérents à la profession.

Ce respect passe donc par l'absence de condamnation pénale ou disciplinaire.

590. En ce sens, la première chambre civile de la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur des condamnations pénales dont s'était rendu coupable un avocat. Cette dernière a retenu, dans son dispositif, la présence d'un état de démence de l'avocat partie à la cause.

En effet, la Haute cour retient qu' « un avocat inculpé de faits contraires à l'honneur, bien que bénéficiant d'un non-lieu fondé sur l'article 64 de l'ancien code pénal, ne peut prétendre à être inscrit à nouveau à un barreau après avoir donné sa démission⁷²³ », elle poursuit en indiquant qu'« en effet, si l'état de démence fait disparaître le caractère pénal de certains agissements, il n'efface pas les faits eux-mêmes⁷²⁴ ».

591. En l'espèce, c'est le principe d'honneur qui semble avoir retenu la décision des juges de la Haute cour, toutefois les notions de probité et d'honneur semblent acquérir un lien étroit quand il s'agit de condamnations pénales. Ce lien étroit a notamment été souligné par certains auteurs qui expliquent que « la probité est proche de l'honneur, et les manquements qui portent atteinte à la probité portent également, en principe, atteinte à l'honneur de la profession⁷²⁵ ».

Mais encore, un avocat a lui aussi rattaché les deux notions en affirmant que la probité « [...] résume toutes les qualités qui lui sont nécessaires (*à l'avocat*) ; car il a pour mission de persuader, et l'on ne persuade pas si l'on n'est honnête homme⁷²⁶ ».

⁷²³ Cass.civ. 1^{re} 13 janv.1982, n°81-11.063. Bull.civ. I, n°18; Gaz. Pal., 2 juill. 1982. Pan., 186.

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », op.cit., p.461.

⁷²⁶ A. MOLLOT, « *Règles de la profession d'avocat (Usages, lois et règlements)* », op.cit.

592. Ainsi, le respect au devoir de probité et le devoir d'honneur sont des obligations fondamentales – sans rendre les autres principes obsolètes – ces deux devoirs semblent être des devoirs présentant des conséquences sévères lorsqu'ils sont bafoués.

Quant à la valeur théorique de la mauvaise foi, aucun texte sanctionnant le manquement au devoir de probité ne semble introduire une quelconque mauvaise foi de sorte qu'il est nécessaire de la déduire.

593. Cette déduction permet alors d'appréhender – quoique timidement – la notion de mauvaise foi en matière de probité. Pour autant, même si cette notion est manifestement absente des textes, elle n'est pas totalement absente en pratique. En effet, l'avocat, lorsqu'il se rend coupable d'un manquement au devoir de probité, de dernier est animé par un comportement intentionnel de sorte qu'il est possible de dégager de ce comportement une certaine préméditation.

Pour autant, la place de cet élément intentionnel laisse planer un certain doute. En effet, la Cour de cassation a été amenée à réfléchir sur la manifestation de cet élément intentionnel à l'occasion d'un manquement au devoir de probité.

594. Cette dernière a donc affirmé que « les manquements à la probité qui constituent des infractions disciplinaires ne requièrent pas la constatation de l'intention frauduleuse, élément constitutif d'une infraction pénale⁷²⁷ ». Toutefois, l'absence de cet élément intentionnel ne requiert pas une grande importance. En effet, en matière de manquement au devoir de probité l'intention frauduleuse n'a pas vocation à être retenue puisqu'elle est, le plus souvent, automatique.

⁷²⁷ Cass.civ. 1^{re} 10 mars 1992, n° 90-20.360, Bull.civ. I, n°76 ; D. 1992. 121 ; Gaz. Pal., 1992. Pan., 210.

595. La manifestation pragmatique de la mauvaise foi. Le respect au devoir de probité est nécessairement observé dans le cadre de l'inscription au tableau. Mais, *a fortiori*, pendant toute la durée de son activité professionnelle. En conséquence, le devoir de probité est un devoir omniprésent. Le respect au devoir de probité passe nécessairement par l'intégrité et « à l'intégrité s'attache l'idée particulière d'une pureté qui ne se laisse entamer ni corrompre⁷²⁸ ».

A ce titre, manque à son devoir de probité, l'avocat qui étant commis d'office, exige d'un inculpé la signature d'un engagement de versement d'honoraires, et de ne pas s'être présenté à l'audience sous prétexte que la somme convenue n'avait pas été réglée en totalité⁷²⁹.

596. La mauvaise foi peut donc être perçue lorsque l'avocat utilise des fonds à des fins personnelles⁷³⁰, la Cour de cassation s'est exprimée en ce sens en indiquant que « le fait pour un avocat de ne pas pouvoir représenter à tout moment les fonds destinés à ses clients dont il est dépositaire, et qu'il utilise à des fins personnelles, est une faute contre l'honneur, la probité et la délicatesse [...]»⁷³¹.

597. Nombreux sont les exemples où la mauvaise foi anime le comportement du professionnel⁷³², puisque l'étude des jurisprudences démontre, principalement, une volonté pour l'avocat d'agir contrairement aux règles guidant sa profession, et notamment à celles prévoyant le respect du devoir de probité. *A contrario*, il est nécessaire de préciser que, même si l'intention frauduleuse n'est pas un élément constitutif du manquement disciplinaire, toutes les négligences ne peuvent être qualifiées comme des manquements au devoir de probité.

⁷²⁸ E. LITRE, « *Le dictionnaire de la langue française* », *op.cit.*, V° Probité, p.1329.

⁷²⁹ Cass.civ. 1^{re} 14 mai 1985, n°84-13.610, PI, n°149 ; D. 1987. Somm. 106.

⁷³⁰ V° *infra*, §n°296 et s.

⁷³¹ Cass.civ. 1^{re} 10 mars 1992, n°90-20.360, Bull.civ. I, n°76 ; JCP G 1992. IV. 153, n°, 21, n°1401, p. 153.

⁷³² V° *supra*, §n°234, §292 et §374 : illustrations.

Ainsi, l'avocat « qui tombe en « déconfiture » par une imprudence dans la gestion de son patrimoine privé n'a pas commis, en l'absence de tout autre élément, de faute disciplinaire de nature à justifier une sanction ⁷³³» pas plus que « l'avocat qui a contracté un prêt d'honneur auprès de l'Ordre et qu'il n'a pu rembourser⁷³⁴ ».

598. La négligence, qui peut être synonyme de mauvaise foi, peut également empêcher le prononcé d'une sanction disciplinaire de sorte que c'est le véritable comportement malveillant de l'avocat qui aide à qualifier celui-ci comme étant un comportement animé par la mauvaise foi pouvant ainsi justifier une sanction de quelque nature qu'elle soit.

L'étude de la mauvaise foi en matière de probité est une étude complexe. En effet, il est difficile d'analyser un comportement pouvant être entaché de mauvaise foi dans la mesure où d'une part l'intention frauduleuse n'est pas un élément constitutif du manquement disciplinaire et d'autre part que la négligence ou l'imprudence ne peuvent, à elles seules, être des notions pouvant venir étayer la notion de mauvaise foi de sorte que l'analyse de la notion doit forcément être purement subjectif ce qui biaise son aspect général et l'empêche, de surcroît, à s'imposer.

599. En conclusion, le respect des principes essentiels guidant la profession d'avocat, notamment le principe attaché au devoir de probité perdure et est étendu à des faits commis en dehors de l'activité professionnelle, soit pour des faits extra-professionnels, et ce puisque « toutes contraventions aux lois et règlements, toutes infractions aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extra-professionnels⁷³⁵ ».

⁷³³ CA. Dijon, 7 mai 1998, NP, cité in A. Damien et H. Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.469.

⁷³⁴ CA. Paris, 26 févr. 1992, D.1994. Somm. 133.

⁷³⁵ Décr. n°91-1197 du 27 novembre 1991, *préc.*, art.183.

SECTION 2. L'étude des manquements disciplinaires de l'avocat, l'impact direct de la mauvaise foi sur l'engagement de la responsabilité

600. La mise en œuvre du droit disciplinaire nécessite de prendre en compte plusieurs étapes. En effet, lorsque l'avocat commet un manquement disciplinaire, la première étape à étudier est celle de l'engagement de la procédure dite disciplinaire. Ainsi, il semble opportun d'évaluer le rôle délicat de la mauvaise foi de l'avocat en matière disciplinaire (§1), pour ensuite étudier celle de la sanction, de sorte qu'il est nécessaire de prendre en compte l'influence – quoique timide – que pourrait avoir cette mauvaise foi lors du prononcé de celle-ci (§2).

§1 - Le rôle délicat de la mauvaise foi au moment de l'engagement de la procédure disciplinaire

601. Amorce. Lors de son exercice professionnel, l'avocat est tenu de se soumettre et de respecter les termes du serment qu'il a prêté. Ainsi, le droit disciplinaire a pour but la protection des valeurs déontologiques. En conséquence, parallèlement aux poursuites civiles et pénales dont l'avocat peut faire l'objet, ce dernier est susceptible de se rendre responsable sur le plan disciplinaire. A ce titre, l'alinéa 1^{er} de l'article 25 de la loi du 31 décembre 1971 dispose que « Toute juridiction qui estime qu'un avocat a commis à l'audience un manquement aux obligations que lui impose son serment, peut saisir le procureur général en vue de poursuivre cet avocat devant l'instance disciplinaire dont il relève⁷³⁶ ».

602. *A fortiori*, cette instance disciplinaire concerne les actes délictueux que l'avocat pourrait commettre dans l'exercice de ses fonctions, autrement dit, les manquements peuvent être analysés en toutes circonstances et pas seulement en audience.

⁷³⁶ L. n°71-1130 de la loi du 31 décembre 1971, *préc.*, art. 25.

603. L'article 22 de ladite loi prévoit ce large champ d'application en disposant qu'« Un conseil de discipline institué dans le ressort de chaque cour d'appel connaît des infractions et fautes commises par les avocats relevant des barreaux qui s'y trouvent établis⁷³⁷ ».

A titre d'illustration, la Cour de cassation a pu juger qu'une « attaque *ad hominem* d'un magistrat par un avocat s'exprimant d'une manière agressive et virulente, sans traduire une idée, peut constituer un manquement déontologique⁷³⁸ ». Ladite Cour a pu ajouter que « les termes de modération et de délicatesse sont suffisamment précis dans la langue française pour que les avocats ne puissent en ignorer le sens et la portée⁷³⁹ ».

604. La procédure disciplinaire. La procédure disciplinaire est composée de plusieurs étapes. Ladite procédure débute par une enquête déontologique, en effet l'article 187 du décret en date du 27 novembre 1991 dispose que « Le Bâtonnier peut, soit de sa propre initiative, soit à la demande du procureur général, soit sur la plainte de toute personne intéressée, procéder à une enquête sur le comportement d'un avocat de son barreau [...] ».

Au vu des éléments recueillis au cours de l'enquête déontologique, il établit un rapport et décide s'il y a lieu d'exercer l'action disciplinaire. Il avise de sa décision le procureur général et, le cas échéant, le plaignant [...] ⁷⁴⁰ ».

Autrement dit, postérieurement à une plainte, l'enquête déontologique permet au Bâtonnier de considérer, s'il y'a lieu, le manquement de l'avocat en cause, toutefois, ladite enquête n'est qu'une alternative dans la mesure où elle n'est pas obligatoire⁷⁴¹.

⁷³⁷ *Ibid.*, art.22.

⁷³⁸ Cass.civ. 1^{re} 10 sept. 2015, n°14-24.208 ; D. 2015. 1842, Gaz. Pal., 23 févr. 2016, p. 35, obs. F. Fourment – CA. Paris. 8 sept. 2016, RG n°15/15222.

⁷³⁹ Cass.civ. 1^{re} 10 juill.2014, n°13-19.284, Bull.civ. I, n°137 ; D. 2014. 1597.

⁷⁴⁰ Décr. n°91-1197 du 27 nov. 1991, *préc.*, art.187.

⁷⁴¹ Décr. n°2005-531 du 24 mai 2005, *préc.*, art. 188.

605. Postérieurement à cette enquête déontologique, la procédure disciplinaire s'ouvrira par le biais d'une saisine. En effet, le conseil de discipline est saisi soit à l'initiative du Bâtonnier à la suite de la procédure ordinale, soit à la demande du procureur général⁷⁴², et le Conseil de l'Ordre et l'avocat en cause seront avisés de cette saisine.

En conséquence, l'ouverture d'une procédure disciplinaire est la conséquence d'un manquement à l'un des seize principes essentiels qui guident la profession d'avocat de sorte qu'il est nécessaire pour « l'autorité poursuivante de préciser quelle est l'obligation déontologique qui a été violée⁷⁴³ ».

606. Droit à un procès équitable. En la matière, le droit à un procès équitable est lié au respect du contradictoire ainsi qu'au respect du devoir d'impartialité et enfin au respect des droits de la défense. Plus généralement, le droit à un procès équitable permet de maintenir les droits dont peut bénéficier un avocat lors du déroulement de ladite procédure.

A ce titre, la Cour de cassation a pu se prononcer sur la régularité du principe d'impartialité, notamment dans un arrêt en date du 4 janvier 2005. Cette dernière a considéré que « des maladresses procédurales⁷⁴⁴ » pouvaient être imputables aux instances disciplinaires. En effet, « un Conseil de l'Ordre avait pris la décision de renvoyer un avocat devant lui [...]»⁷⁴⁵, la Haute juridiction a considéré que « le Conseil de l'Ordre avait préjugés, c'est-à-dire qu'il a tenu pour établies les infractions aux règles professionnelles imputées à l'avocat poursuivi⁷⁴⁶ ».

⁷⁴² L. n°71-1130 de la loi du 31 décembre 1971, *préc.*, art. 23.

⁷⁴³ Y. Avril, « Responsabilité des avocats », *op.cit.*, p. 269.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 279.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 280.

⁷⁴⁶ Cass.civ. 1^{re} 4 janv. 2005, n°01-121.19, Bull.civ. I, n°2 ; D. 2005. 167; Gaz. Pal., 16- 18 janv. 2005, p. 30.

Force est de constater que la Cour de cassation est parfois amenée à rappeler l'existence de certains principes guidant le procès civil, et ce puisque la procédure disciplinaire est une procédure civile. A ce titre, certains auteurs ne manquent pas d'affirmer que « la procédure disciplinaire a la particularité d'être au croisement de la procédure civile, dont elle emprunte les voies [...] »⁷⁴⁷.

607. S'agissant du principe du contradictoire, il peut être qualifié comme un principe « fondamental⁷⁴⁸ », et *a fortiori* comme l'affirmait un auteur, le principe du contradictoire constitue « l'âme du procès⁷⁴⁹ ».

Comme énoncé ci-dessus, en matière de procédure disciplinaire il est possible de soutenir que cette procédure est soumise à la procédure civile de sorte que c'est l'article 16 du Code de procédure civile⁷⁵⁰ qui est applicable. A ce titre, si la procédure suivie ne respecte pas le principe du contradictoire, la cassation interviendra.

Ledit principe permet de préserver la défense de la personne objet du litige, et ce puisque les débats doivent être contradictoires. Autrement dit, en vertu de ce principe, découle le caractère équitable du procès et garantie, « le droit de se voir communiquer et de discuter de toute pièce ou observation présentée au juge [...] »⁷⁵¹.

608. En conséquence, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur le respect de ce principe contradictoire. Cette dernière est souvent amenée rappeler « l'obligation pour le ministère public de communiquer en appel son avis de telle sorte que l'avocat poursuivi puisse faire valoir ses observations en réponse⁷⁵² ».

⁷⁴⁷ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1117.

⁷⁴⁸ Rapp. Premier ministre précédant le Décr. du 9 sept. 1971 ; BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil », *JC.PÉN.*,1993 I. 3693, n° 13.

⁷⁴⁹ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès par eux-mêmes, fragment d'un état des questions » in Mélanges P. BELLET., éd., Litec, 1991, p. 83 et s., spéc. p. 90.

⁷⁵⁰ CPC., art.16.

⁷⁵¹ CEDH., 27 mars 1998, n°9/1997/793/994, J.J c/ Pays-Bas.

⁷⁵² Y. Avril, « Responsabilité des avocats », *op.cit.*, p. 281.

609. Ainsi l'arrêt énonce que « si le ministère public avait par ailleurs déposé des conclusions écrites préalablement à l'audience, et si tel avait été le cas, constater que le professionnel poursuivi en avait reçu communication afin d'y répondre utilement⁷⁵³ ».

En somme, certains principes découlant du procès civil guident la procédure disciplinaire et préservent les droits du professionnel mis en cause. En la matière, la mauvaise foi ne semble naturellement pas faire d'apparition dans la mesure où comme expliqué ci-dessus, ce peut être les droits propres de l'avocat qui peuvent être bafoués.

La mauvaise foi, si elle s'embles ne pas être présente en matière de règles procédurales vis-à-vis de l'avocat, n'est pas totalement absente de la procédure disciplinaire. De sorte qu'il est nécessaire de s'intéresser plus franchement à la matière disciplinaire ainsi qu'à ses mécanismes.

610. Quid des faits antérieurs à l'entrée en fonction de l'avocat face à la procédure disciplinaire. L'entrée en fonction d'un avocat s'effectue par une inscription au tableau du barreau dans lequel ce dernier souhaite être membre. Ainsi, cette inscription est primordiale dans la mesure où elle marque l'entrée en fonction de l'avocat. Cette entrée en fonction signifie plusieurs choses, dont la possible mise en œuvre de sa responsabilité, et notamment une responsabilité résultant d'un manquement disciplinaire.

En conséquence, l'élève avocat devient un professionnel, et ce passage indique donc qu'il est possible que sa responsabilité soit engagée lors de son activité professionnelle.

Pour autant, la procédure disciplinaire implique de s'interroger sur la présence de faits antérieurs et litigieux à cette inscription afin de savoir s'il est possible que l'avocat nouvellement inscrit puisse faire l'objet de sanction disciplinaire.

⁷⁵³ Cass.civ. 1^{re} 17 févr. 2011, n°09-72.249, NP, cité in Y. Avril « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p.328.

611. En effet, André Damien, lors de sa réflexion sur la dissimulation volontaire d'un avocat concernant la commission de faits antérieurs, a pu affirmer que « compte tenu des termes de l'article 180 du décret du 27 novembre 1991 qui n'incriminent que les faits commis par un avocat postérieurement à son inscription dans un barreau [...], ce ne sont pas les faits antérieurs à l'admission au barreau qui sont retenus comme fondement de l'action disciplinaire mais bien leur dissimulation fautive⁷⁵⁴ », ou comme l'indique la Haute cour, « leur dissimulation frauduleuse lors de la procédure d'inscription⁷⁵⁵ ».

En conséquence, le Conseil de discipline a eu l'occasion de rendre plusieurs décisions qui amènent à penser que les faits antérieurs s'ils sont dissimulés et contraires aux principes essentiels qui guident la profession d'avocat seront qualifiés de manquements pouvant faire l'objet de sanction disciplinaire.

612. C'est en ce sens que celui-ci indique que « c'est ainsi que constitue un manquement aux principes d'honneur et de probité, le fait pour un avocat, d'avoir dissimulé une condamnation pour fraude fiscale, peu importe que ce délit ait été commis antérieurement à son entrée dans la profession d'avocat, dès lors qu'au moment de sa demande d'inscription il n'en a pas révélé l'existence au service de l'Ordre⁷⁵⁶ ».

613. La dissimulation volontaire et frauduleuse peut être assimilée à la notion de mauvaise foi. A ce stade il convient de rappeler que la notion de mauvaise foi regroupe un certain nombre de notions voisines. Pour autant, ces notions sont généralement empreintes d'un certain comportement malveillant, intentionnel, autrement dit, ces comportements présentent une intention frauduleuse dans la mesure où la volonté de nuire peut être décelée.

⁷⁵⁴ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1132.

⁷⁵⁵ Cass.civ. 1^{re} 6 oct. 2011, n°10-21.884, NP, D 2012. 3327, note Y. Avril.

⁷⁵⁶ Cons. Ordre de Paris, 24 juin 2003, n°22.5877, cité in A.Damien et H.Ader, « Les règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1132.

Ainsi, la dissimulation intentionnelle de faits antérieurs à l'inscription au barreau constitue une faute disciplinaire susceptible de faire l'objet d'une sanction de sorte que la procédure disciplinaire sera mise en œuvre. La mauvaise foi peut donc jouer un rôle au moment de l'engagement de la procédure disciplinaire, plus précisément, la mauvaise foi de l'avocat peut être l'élément déclencheur de ladite procédure.

614. Mauvaise foi et stratégie. La stratégie de l'avocat peut résulter d'une « ruse » afin de couvrir ou de masquer un comportement frauduleux. La procédure disciplinaire est une procédure durant laquelle l'avocat répond de ses fautes professionnelles devant le Conseil de l'Ordre qui siège en Conseil de discipline⁷⁵⁷.

Autrement dit, la procédure disciplinaire est nécessairement mise en œuvre lorsque le professionnel du droit, soit l'avocat, cause un préjudice à un autrui, que ce soit le Bâtonnier, son client, son confrère, ou même une tierce personne. Ainsi, cette procédure nécessite d'évaluer le comportement de la personne mise en cause. La mauvaise foi peut donc jouer un rôle à ce moment précis.

L'avocat mis en cause peut, naturellement, soumettre sa défense et arguer tous les moyens qui lui semblent opérants. Pour autant, la stratégie de celui-ci peut, en toute évidence, présenter les caractères d'une intention malveillante. En effet, les compétences du professionnel du droit peuvent justifier une mauvaise utilisation de la stratégie.

615. A titre d'exemple, une Cour d'appel a pu rappeler à un avocat mis en cause que « L'article 189 du décret du 27 novembre 1991 prévoit que le rapporteur remet son rapport au président du conseil régional de discipline, mais ne précise pas qu'il doit aussi le notifier à l'avocat poursuivi [...] ».

⁷⁵⁷ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.22.

616. La procédure de discipline concernant les avocats est spécifique et le rapporteur n'avait pas l'obligation de faire application des dispositions de l'article 173 du code de procédure civile, qui concerne les mesures d'instruction ordonnées dans le cadre d'un procès civil ⁷⁵⁸».

En l'espèce, l'intention malveillante n'est pas forcément décelable, mais le moyen de défense semble être illusoire de sorte que la question qui se pose est celle de savoir à quel stade la stratégie peut devenir malveillante.

Autrement dit, est-il possible d'affirmer que le comportement stratégique d'un avocat résulterait automatiquement d'une possible mauvaise foi ?

617. En effet, l'avocat mis en cause peut user de ses compétences afin d'essayer, lors de l'audience disciplinaire, d'influencer la décision du Conseil de discipline. En somme, l'avocat pourra arguer, et ce en vertu du principe du contradictoire, tous arguments de nature à se défendre. Par exemple, l'avocat pourra invoquer l'absence de toute intention frauduleuse, cette absence pourra éventuellement être justifiée par un comportement négligent.

Autrement dit, ce dernier pourra invoquer certaines omissions pouvant ainsi expliquer son désaccord avec la mise en œuvre de la procédure disciplinaire.

618. Alors, un avocat qui refuse de régler ses cotisations, et ce malgré plusieurs relances et sans aucun motif de nature à lui faire mériter l'obtention de délai, « doit être considéré comme contraire à la délicatesse qu'un avocat doit observer dans ses rapports avec l'Ordre et justifie dès lors la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire ⁷⁵⁹ ». En somme, l'avocat défend le fait qu'il a omis de régler ses cotisations, mais cette omission ne peut être justifiée dans la mesure où celui-ci a fait l'objet de plusieurs relances.

⁷⁵⁸ CA. Colmar, 21 nov. 2018, n°17/05326, (En ligne), URL : https://www-labase-lextenso-fr.ezproxy.univ-perp.fr/jurisprudence/CACOLMAR-21112018-17_05326?em=CA.%20Colmar%2C%2021%20nov.%202018%2C%2017%2F05326.%20

⁷⁵⁹ Cass.civ. 5 mai 1936, DP 1937. 1. 59 ; Cass.civ. 1^{re} 5 juill. 2017, n°16-21. 768 ; Gaz. Pal., 25 juill. 2017, p. 26, obs. C. Berlaud; JCP 2017. 857.

619. Ainsi, l’avocat qui invoque une omission dans la réalisation de ses obligations doit justifier ce moyen. En l’espèce, il est loisible de penser que ce dernier a agi en connaissance de cause et donc par déduction de mauvaise foi. Cette notion peut donc jouer un rôle dans la mise en œuvre de la stratégie de l’avocat lors de l’élaboration de la procédure disciplinaire. *A fortiori*, il a été rappelé « qu’un fait de nature à justifier une omission n’échappe pas pour autant à une action disciplinaire⁷⁶⁰ ».

620. **La mauvaise foi dans la mise en œuvre du recours.** En effet, à la suite de l’audience disciplinaire, l’avocat mis en cause aura la possibilité de former un recours. La procédure disciplinaire relève de la procédure civile de sorte que les voies de recours semblent être identiques.

Ainsi, « l’appel est le seul recours possible⁷⁶¹ » contre une décision relevant du Conseil de discipline. En ce sens, l’article 23 de la loi du 31 décembre 1971 en son dernier alinéa dispose que « Sa décision peut être déférée à la cour d’appel par l’avocat intéressé, le Bâtonnier dont il relève ou le procureur général⁷⁶² ».

Ainsi, la Cour d’appel, qui est une juridiction du second degré sera compétente pour statuer sur la demande qui lui aura été formulée à l’issu de la procédure disciplinaire.

621. L’avocat en cause est donc légitime, si bon lui semble, à faire appel de la décision. A ce titre, il a pu être jugé comme « recevable un recours formé contre une décision du Conseil de l’Ordre désignant un rapporteur dans le cadre d’une procédure disciplinaire contre un avocat⁷⁶³ ».

⁷⁶⁰ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d’avocat », *op.cit.*, p.1133.

⁷⁶¹ *Ibid.*, 1155.

⁷⁶² L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.23.

⁷⁶³ CA. Grenoble, 16 sept. 2014, n°14/02027, cité in A.Damien et H.Ader, « Les règles de la profession d’avocat », 16^e éd., Dalloz action, 2018-2019, p.1136.

622. Autrement dit, « la cour d'appel de Grenoble vient confirmer la possibilité pour un avocat lésé par une décision du Conseil de l'Ordre désignant un rapporteur dans le cadre d'une procédure discipline le concernant, de former un recours contre cette décision s'il l'estime irrégulière⁷⁶⁴ ».

Ainsi, un avocat qui estime que la procédure est irrégulière peut former un appel sans pour autant invoquer le fond du litige.

623. L'appel est donc possible, et *a fortiori* c'est la seule voie de recours ouverte à ce jour.

Toutefois, il est nécessaire de s'interroger sur un point. Notamment sur celui de l'intérêt, pour un avocat, de faire appel à la décision.

Dans l'affaire énoncée précédemment, l'avocat fait valoir qu'aucune des deux décisions du Conseil de l'Ordre ne lui a été notifiée de manière régulière. L'avocat a donc tout intérêt à former un appel. L'opportunité de cet appel réside dans le fait que la Cour d'appel a postérieurement annulé les délibérations du Conseil de l'Ordre.

624. *A contrario*, l'intérêt de former un recours peut être entaché d'une certaine mauvaise foi. A ce sujet, les décisions émanant des Cours d'appels parlent d'elles-mêmes. En évaluant les faits objet du litige il est possible de déduire une certaine malveillance lorsque l'avocat forme appel.

Cette intention malveillante a pu être décelée par les juridictions, notamment par la Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} mars 1983. Cette dernière, reprenant la Cour d'appel, a pu indiquer qu'« une cour d'appel, saisie de l'entier litige, peut considérer comme établi, le fait qu'un avocat ait tenté de se faire remettre une importante somme d'argent par un client en lui offrant de corrompre un magistrat⁷⁶⁵ ». La Cour a donc confirmé la décision de radiation du Conseil de discipline.

⁷⁶⁴ A. PORTMANN, « Régularité de la procédure disciplinaire des avocats : un recours est possible », Rép. pr. civ., éd., Dalloz actualité, 2014.

⁷⁶⁵ Cass.civ. 1^{re} 1^{er} mars 1983, n° 82-10.830, Bull.civ. I, n° 80 ; D. 1984. 120, note A. BRUNOIS ; JCP 1983. IV. 154 ; Gaz. Pal., 1983. Pan., 182.

L'appel formé par cet avocat est nécessairement malveillant dans la mesure où ce dernier sait qu'il a manqué à son devoir d'honneur et de probité de sorte qu'il est possible d'affirmer que l'intérêt de former appel est entaché d'une certaine mauvaise foi confortée ainsi par une certaine malhonnêteté de ce dernier.

625. Cependant, il est important de rappeler l'effet de l'absence de réformation *in pejus*. Autrement dit, « si l'appel émane du seul avocat poursuivi, la cour d'appel ne pourra aggraver le sort de l'appelant⁷⁶⁶ ». L'aggravation de la sanction ne peut avoir lieu si l'appel émane du seul avocat. Pour autant, si l'appel découle du Bâtonnier ou du parquet, il sera possible pour la Cour d'appel d'aggraver la sanction de l'avocat objet du litige. Ainsi, il appartient au Bâtonnier et au parquet général, si ces derniers veulent faire aggraver la sanction, de former un appel incident.

En conséquence, « les juges du fonds ne peuvent aggraver le sort de l'appelant sur son appel d'une décision disciplinaire, en l'absence d'appel incident de l'autorité de poursuite⁷⁶⁷ ».

626. La procédure disciplinaire peut avoir de lourdes conséquences pour les professionnels mis en cause. En effet, ces derniers doivent agir scrupuleusement, et ce tout en respectant les termes du serment qu'ils ont prêté lors de leur entrée en fonction.

Cependant, force est de constater que la mauvaise foi de l'avocat peut être présente lorsque ce dernier fait l'objet de poursuites disciplinaires. En effet, la mauvaise foi peut donc guider l'avocat lors de la commission d'une infraction, d'un délit ou tout simplement d'une faute, mais cette dernière peut également être présente lors de l'évaluation de cette infraction, de ce délit ou de cette faute.

⁷⁶⁶ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.522.

⁷⁶⁷ Cass.civ. 1^{re} 16 nov. 2016, n° 15-26.725, D. 2016. 2412; Gaz. Pal., 10 janv. 2017, p. 12, note D. Piau; D. 2016. 2412; D. avocats 2016. 343, obs. L. Dargent.

627. Enfin, la mauvaise foi n'est pas une notion directement employée par le Conseil de discipline. Pour autant, le comportement de l'avocat pourra influencer la décision dudit Conseil dans la mesure où l'éthique professionnelle est une notion primordiale et omniprésente au sein de la profession d'avocat.

§2 – *La timide influence de la mauvaise foi sur le prononcé de la sanction disciplinaire*

628. **La sanction disciplinaire.** Il convient de rappeler que le décret du 27 novembre 1991 dispose en son article 183 que « Toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extraprofessionnels, expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires énumérées à l'article 184⁷⁶⁸ ».

629. Autrement dit, la faute disciplinaire génère automatiquement – voir même logiquement – une sanction disciplinaire de sorte que les deux notions s'évaluent ensemble puisqu'elles semblent être étroitement liées juridiquement. En conséquence, « un avocat qui contrevient à une règle déontologique peut se voir poursuivi disciplinairement. Cette faute n'est pas cantonnée à l'exercice de l'activité professionnelle⁷⁶⁹ ».

630. La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur-le-champ d'appréciation de la sanction disciplinaire. Cette dernière, dans un arrêt en date du 7 février 1990⁷⁷⁰ indique que « la faute peut être un manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, se rapportant à des faits extraprofessionnels lorsque cela impacte la qualité d'avocat⁷⁷¹ ».

Force est de constater qu'aucune liste exhaustive n'a été dressée en la matière de sorte que les manquements disciplinaires peuvent être divers et variés.

⁷⁶⁸ Décr. n°91-1197 du 27 novembre 1991, *préc.*, art.183.

⁷⁶⁹ J.-J. TAISNE, M. DOUCHY-OU DOT, « *Avocats (Discipline)* », éd., Dalloz, Fiches d'orientation, Rép. pr. civ, 2020.

⁷⁷⁰ Cass.civ. 1^{re} 7 février 1990, n°88-20.129, NP, D. 1990. 49 ; Gaz. Pal., 1990. 1. Pan., 98.

⁷⁷¹ J.-J. TAISNE, M. DOUCHY-OU DOT, « *Avocats (Discipline)* », *op.cit.*

631. Au titre des sanctions disciplinaires, l'article 184 dudit décret indique que « Les peines disciplinaires sont : 1° L'avertissement ; 2° Le blâme ; 3° L'interdiction temporaire, qui ne peut excéder trois années ; 4° La radiation du tableau des avocats, ou le retrait de l'honorariat [...] ⁷⁷² ».

Ainsi, les sanctions disciplinaires semblent être rattachées à la profession de sorte qu'elles auront forcément un impact sur l'activité du professionnel du droit.

632. Règles fondamentales. La procédure disciplinaire emprunte les voies de la procédure civile de sorte que certaines règles applicables lors du procès civil s'appliquent par déduction à la matière disciplinaire. En sens, il est opportun de rappeler la mise en œuvre et le respect de certains principes.

En premier lieu, le principe de légalité des délits s'applique à la procédure, et par déduction à la sanction disciplinaire tout comme le principe de proportionnalité de la sanction.

633. S'agissant du principe de légalité des délits, il est nécessaire de définir scrupuleusement l'intérêt de ce principe. En effet, le principe énoncé ci-dessus est un « principe fondamental du droit pénal moderne exprimé par la formule « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* ⁷⁷³ », le principe de légalité des délits et des peines signifie qu'il ne saurait y avoir de crimes, de délits et de contraventions sans une définition préalable de ces infractions, contenue dans un texte fixant leurs éléments constitutifs et la peine applicable.

Autrement dit, il implique qu'un individu ne peut être poursuivi et condamné que par l'application d'une loi préexistant à l'acte qui lui est reproché ⁷⁷⁴ ».

⁷⁷² Décr. n°91-1197 du 27 novembre 1991, *préc.*, art.184.

⁷⁷³ Principe de légalité des délits et des peines, principe développé par l'italien Cesare Beccaria.

⁷⁷⁴ C. LACROIX, « *Légalité des délits et des peines* », éd., Dalloz, Fiches d'orientation, Rép. pén., Rép. pr. pén., 2020.

634. Cette définition intéresse dans la mesure où celle-ci a suscité quelques questionnements concernant son application en matière de professions réglementées. Parallèlement à l'affirmation de ce principe, le législateur a confié au pouvoir réglementaire – en vertu de l'article 53, 2° de la loi du 31 décembre 1971 – la compétence de déterminer les sanctions disciplinaires.

La Cour de cassation a donc saisi le Conseil Constitutionnel afin de l'interroger sur la constitutionnalité de cet acte, notamment au regard du caractère punitif du droit disciplinaire.

635. Autrement dit, en vertu du principe de légalité des délits, la peine doit être prévue par un texte. La question qui se pose est donc celle de savoir si le droit disciplinaire peut être considéré comme un « texte » au sens de la définition dudit principe.

Le Conseil Constitutionnel a donc pu considérer que le droit disciplinaire revêt un caractère punitif et que le principe de légalité des délits et des peines « ne concernerait pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales, mais s'étendait à toute sanction ayant le caractère d'une punition, et tel est le cas des peines disciplinaires⁷⁷⁵ ».

636. Plus encore, le Conseil d'État a eu l'occasion de se positionner sur l'opportunité de l'application du principe en matière disciplinaire. A ce titre, le Conseil d'État indique dans son sommaire que « le principe de légalité des délits s'applique aux sanctions susceptibles d'être infligées aux membres des professions réglementées, y compris celles revêtant un caractère disciplinaire. Il est satisfait dès lors que les textes applicables font référence à des obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent⁷⁷⁶ ».

⁷⁷⁵ Cons.Const., 28 mars 2014, n° 2014-385 ; D. 2014. 784.

⁷⁷⁶ Déc. CE, 12 octobre 2009, n°311641, Rec. AJDA 2009. 1861.

637. En conséquence, en matière disciplinaire le principe de légalité des délits et des peines s'applique, et *a fortiori* à la profession d'avocat de sorte que le texte prévoyant les infractions et délits dont peut se rendre coupable un avocat peut servir de socle afin de pouvoir engendrer une sanction à son égard, et ce en cas de manquement.

S'agissant du principe de proportionnalité de la sanction, ce principe également fondamental s'impose en matière disciplinaire. En effet, la sanction choisie doit être proportionnée à la gravité des manquements constatés et l'arrêté disciplinaire doit être motivé sur ce point⁷⁷⁷ ».

638. Le champ d'application de ce principe varie et semble être large. En la matière, il est nécessaire de prendre connaissance de l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier qui indique que « si certains manquements d'un avocat aux règles de déontologie, pris de manière isolée, peuvent ne pas présenter en eux-mêmes une gravité qui justifierait le prononcé d'une sanction disciplinaire, le nombre de plaintes retenues et l'ensemble des manquements constatés démontrent la volonté de l'avocat de s'affranchir des règles déontologiques et justifient la sanction de la radiation qui apparaît proportionnée à la gravité des faits reprochés⁷⁷⁸ ».

Le champ d'application de ce principe démontre que les faits délictueux doivent être perçus largement de sorte que les faits litigieux peuvent, à eux seuls, ne pas justifier le prononcé d'une sanction. Cependant, la réitération desdits faits peut motiver ce prononcé.

639. Autrement dit, la persistance des faits pouvant faire l'objet de sanction a été évaluée par la Cour de cassation qui a approuvé une Cour d'appel en affirmant que cette dernière « a bien procédé au contrôle de proportionnalité de la peine en prenant en considération non seulement la gravité des faits reprochés mais aussi

⁷⁷⁷ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1168.

⁷⁷⁸ CA. Montpellier, 16 nov. 2015, RG n° 14/08738, Gaz. Pal., 24 mai 2016, p.35, obs. C. Albigès.

la persistance, en dépit du temps écoulé, de l'atteinte à la crédibilité du Barreau [...]»⁷⁷⁹.

Ce principe de proportionnalité peut donc faire l'objet de contrôle par la Haute juridiction. En ce sens, il semble fréquent pour un avocat qui a fait l'objet de sanction disciplinaire d'effectuer un recours et de présenter comme moyen de défense la violation du principe de proportionnalité.

De fait, un avocat qui se voit infliger une sanction voudra naturellement arguer comme moyen de défense la disproportion de celle-ci. La Cour de cassation a donc là aussi, eu à se prononcer. En effet, cette dernière opère régulièrement un contrôle de motivation de la sanction.

640. A ce titre, le commentaire d'un arrêt de la Cour de cassation effectué par une auteure éclaire la façon dont le contrôle peut avoir lieu en la matière et indique que « les juges du fond ont relevé, dans l'arrêt, la gravité des atteintes aux principes essentiels de délicatesse de courtoisie et de dignité [...]. Ils ont considéré que l'intéressé s'était montré indigne d'exercer et ont ainsi parfaitement caractérisé le comportement fautif et justifié son choix de prononcer la peine de la radiation⁷⁸⁰ ».

641. En tout état de cause, la sanction disciplinaire est soumise à certains principes fondamentaux. La mauvaise foi de l'avocat pourra être perçue lorsque ce dernier, en vertu de ses compétences, conteste une décision qu'il juge disproportionnée ou mal fondée alors que les faits s'avèrent, en toute objectivité, largement sanctionnables eu égard aux dispositions du droit disciplinaire.

⁷⁷⁹ Cass.civ. 1^{re} 6 sept.2017, n°16-13.624, Gaz.Pal., 3 oct. 2017, p.21, note D. Piau.

⁷⁸⁰ A. PORTMANN, « *De la proportionnalité de la sanction disciplinaire* », éd., Dalloz actualité, 2017.

642. **La valeur de la faute.** En matière disciplinaire « l'intention frauduleuse n'est pas une condition pour engager les poursuites, l'avocat peut ainsi être poursuivi pour une négligence caractérisée ⁷⁸¹». Il en ressort que « la faute doit être particulièrement grave pour justifier les poursuites⁷⁸² ».

Par exemple, le fait de s'installer dans le même immeuble qu'un confrère déjà en place sans informer celui-ci de son intention⁷⁸³ justifie une sanction disciplinaire pour manquement à l'obligation de délicatesse. *A contrario*, des faits anciens liés à un contexte très personnel, des faits isolés, et l'absence de paiement des impôts au cours d'une période révolue, ne caractérisent pas l'urgence et la nécessité de protéger le public et ne justifient pas la suspension provisoire de l'avocat⁷⁸⁴.

643. L'intention frauduleuse résulte d'une intention volontaire ayant pour but – en toute connaissance de cause – de commettre un manquement en s'abstenant de respecter les obligations résultant de la profession, ou de causer un préjudice à autrui.

De surcroît, cette intention frauduleuse démontre une certaine pureté d'esprit et ne peut être justifiée par un trouble mental, si tel était le cas l'emploi du terme « intention frauduleuse » ne saurait être adapté.

644. La négligence caractérisée résulte d'un comportement passif, non diligent. Autrement dit, la négligence pourrait être perçue comme une attitude, pas naturellement fautive, mais dont l'esprit de ladite personne ne s'applique pas à ce qu'elle devrait faire.

⁷⁸¹ J.-J. TAISNE, M. DOUCHY-OUUDOT, « *Avocats (Discipline)* », *op.cit.*

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ CA. Amiens, 16 sept. 1985, Gaz. Pal., 1985, 2, p. 720, note A. Damien ; D. 1987. 107, obs. A. Brunois; CASSÉ PAR : Cass.civ. 1^{re} 8 déc. 1987, n°85-18.721, Bull. civ. I, n°330; Gaz. Pal., 24 mars 1988, p. 5, note A. Damien.

⁷⁸⁴ CA. Paris, 26 nov. 2015, n°15/13150, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1086.

Le comportement négligent de l'avocat pourra avoir de lourde conséquence pour le client ou plus généralement vis-à-vis d'autrui.

645. Par exemple, la négligence caractérisée d'un avocat peut être observée lorsque ce dernier « perd un procès par négligence ou faute d'avoir étudié le droit⁷⁸⁵ », ou encore lorsqu'il « laisse prescrire l'action de son client par oubli voire par négligence⁷⁸⁶ ».

En ce sens, l'article 27 alinéa 1^{er} de la loi du 31 décembre 1971⁷⁸⁷ prévoit la possibilité d'une simple négligence, de sorte que la négligence de l'avocat suffira à le rendre responsable. La mauvaise foi peut donc être perçue sous l'angle d'une certaine négligence caractérisée démontrant ainsi l'incompétence et l'imprudence de l'avocat quant à la bonne conduite de sa mission.

646. L'équilibre entre la liberté d'expression et la sanction disciplinaire. La liberté d'expression est l'une des principales caractéristiques de la profession d'avocat. En effet, « l'avocat jouit, en principe, d'une grande liberté d'expression et même de certaines immunités [...]»⁷⁸⁸.

La liberté d'expression dont jouit l'avocat est étroitement liée au principe de modération. Le principe de modération est assimilé à une « juste mesure », soit, plus précisément « au comportement d'une personne qui se tient éloignée de tout excès⁷⁸⁹ ».

Autrement dit, « l'avocat doit montrer de la modération dans son attitude générale et dans ses propos, notamment à l'audience⁷⁹⁰ ».

⁷⁸⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.364.

⁷⁸⁶ Cass.civ. 2^e 1^{er} juill.2010, n° 09-14.884 ; Bull.civ. II ; n° 131.

⁷⁸⁷ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art.27.al.1.

⁷⁸⁸ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.510.

⁷⁸⁹ Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales, (En ligne), URL : www.cnrtl.fr, V° Modération.

⁷⁹⁰ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.509.

647. Plus encore, le principe de la liberté d'expression est également lié à l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme⁷⁹¹. En effet, les avocats endossent, en vertu de leur profession, un rôle assez particulier vis-à-vis de cette liberté d'expression.

Comme l'affirme une majeure partie de la doctrine, « [...] cette liberté de parole prend une coloration particulière en ce qui concerne l'avocat en raison du cadre dans lequel s'inscrit sa mission⁷⁹² ».

648. Ainsi, comme le rappelle une décision de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, « l'avocat doit pouvoir en effet s'exprimer de la façon la plus large possible pour défendre son client, or la crainte du prononcé d'une sanction à son encontre pourrait être dissuasive et restreindre ses choix dans la stratégie de défense⁷⁹³ ».

La liberté d'expression implique une certaine modération dans la mesure où l'avocat ne peut, en vertu de ce principe, tenir des propos exagérés.

649. En conséquence, certaines limites persistent. Par exemple, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a eu à se prononcer sur la question et retient « qu'on ne peut attendre qu'ils contribuent au bon fonctionnement de la justice et ainsi à la confiance du public en celle-ci... il en va sans dire également que la liberté d'expression vaut aussi pour les avocats qui ont, certes le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice, mais dont la critique ne saurait franchir des limites [...]»⁷⁹⁴.

Alors, lorsque l'avocat s'exprime, il ne doit en aucun cas tenir des propos désobligeants, ou empreints d'animosité. En d'autres termes, ce dernier doit faire preuve de prudence.

Il en ressort qu'un certain équilibre doit être respecté.

⁷⁹¹ Conv. EDH., art.10.

⁷⁹² G. DEHARO, « *Liberté d'expression de l'avocat et sanction disciplinaire* », éd., Dalloz actualité, 2018.

⁷⁹³ CEDH., 11 déc. 2008, *Panovits c/ Chypre*, n°4268/04, Rev. UE 2015. 353, étude M. Mezaguer.

⁷⁹⁴ CEDH., 20 mai 1998, *Schopfer c/ Suisse*, n° 25405/94, rep. n° 1998- III. D. 1999. 272, obs. N. FRICERO.

650. Une autre décision de la Cour européenne semble prendre en compte cet équilibre en évaluant le comportement d'un avocat qui avait été condamné par un juge pour avoir tenu des propos désobligeants et insultants envers le Tribunal lui-même de sorte qu'il a considéré que cet avocat avait outrepassé les limites de son rôle à l'audience.

La Cour européenne a été saisie par l'avocat en question et a donc essayé de rechercher ce fameux équilibre. Cette dernière axe son analyse en prenant en compte l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme⁷⁹⁵.

651. Dans un premier temps, cette dernière rappelle que « la liberté d'expression des avocats est liée à leur indépendance, cruciale à la bonne administration de la justice⁷⁹⁶ », dans un second temps elle indique que « leur critique ne doit pas franchir certaines limites⁷⁹⁷ ».

De sorte qu'une « distinction claire doit être faite ici entre la critique et l'insulte⁷⁹⁸ ».

En conséquence, la Cour estime que « les remarques qui ont été faites dans le contexte d'une procédure judiciaire, connectée à celle-ci et confinée à la salle d'audience et qui ne relève pas de l'insulte mais visaient la manière dont le juge a conduit la procédure [...] ne dépassent pas les limites de la critique admissible. La condamnation de l'avocat pour outrage de ce fait n'apparaissant pas comme ayant été nécessaire dans une société démocratique⁷⁹⁹ ».

652. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir comment la liberté d'expression et la sanction disciplinaire peuvent être – dans certaines situations – étroitement liées ?

⁷⁹⁵ Conv. EDH, art.10.

⁷⁹⁶ CEDH., 28 juin 2016, Radobuljac c/ Croatie, req. n°51000/11 ; JCP 2016, 1086, n°16, obs. B. BLANCHARD.

⁷⁹⁷ *Ibid.*

⁷⁹⁸ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.836.

⁷⁹⁹ CEDH., 28 juin 2016, Radobuljac c/ Croatie, *préc.*

653. Naturellement, cette question permet de déterminer « dans quelle mesure la sanction prononcée contre un avocat constitue une ingérence dans le droit de ce dernier à la libre expression tel qu'il est garanti par l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme⁸⁰⁰ ».

Les deux notions semblent être étroitement liées dans la mesure où la sanction disciplinaire intervient lorsque l'avocat franchit une certaine limite, et que de fait il commet un manquement en tenant des propos qui ne coïncident pas avec la liberté d'expression.

654. Assurément, il est possible de citer une décision de la Cour de cassation qui « considère que l'avocat qui prononce, en dehors du prétoire, des propos qualifiants de « blanc » un jury d'assises, commet un manquement aux devoirs de modération et de délicatesse justifiant un avertissement disciplinaire à son encontre⁸⁰¹ ».

En conséquence, la liberté d'expression apparaît être le socle pouvant justifier des poursuites disciplinaires, c'est en ce sens que les deux notions peuvent être associées.

655. La mauvaise foi face à l'abus dans la liberté d'expression. S'agissant de la mauvaise foi de l'avocat face audit principe, l'analyse peut apparaître intéressante dans la mesure où l'avocat qui tient des propos insultants, et qui par déduction outrepassé les limites que lui impose la libre expression fait nécessairement preuve de malveillance.

En effet, nombreuses sont les décisions qui condamnent les avocats pour avoir commis des abus dans l'exercice de leur la liberté d'expression.

⁸⁰⁰ CEDH., 15 déc. 2015, Bono c/ France, n°29369/10, éd., Dalloz actualité, 2015, obs. A. PORTMANN.

⁸⁰¹ Cass.civ. 1^{re} 5 avr. 2012, n°11-11.044, Bull. civ. I, n°82; Gaz. Pal., 15- 17 avr. 2012, p. 20, note G. Deharo; Gaz. Pal., 24- 26 juin 2012, p. 20, obs. B. de Belval et J. Villacèque; Gaz. Pal., 14 juin 2012, p. 12, note C. Michalski; JCP 2012. 474, obs. H. Slim; JCP 2012. 733, note J.- M. Brigant; Procédures 2012, n° 155, note A.- S. Chavent- Leclère; D. 2012. 1017; D. 2013. 136, obs. Th. Wickers ; AJ pénal 2012. 479, obs. C. Porteron.

656. La question qui se pose est donc celle de savoir si cet abus peut être rattaché à la notion de mauvaise foi. A ce stade, il est loisible d'affirmer que l'étude mauvaise foi de l'avocat passe nécessairement par l'analyse d'un comportement.

En effet, cette notion est une notion convenablement subjective de sorte que l'avocat, qui ne pourra s'abstenir de tenir des propos insultants, violents, ou encore entachés d'une certaine animosité sera nécessairement de mauvaise foi. Cette analogie semble logique. Cette logique découle des décisions jurisprudentielles, la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 4 mai 2012 condamne un avocat qui a outrepassé les limites tenant à la libre expression.

657. Cette dernière indique que « si l'avocat a le droit de critiquer le fonctionnement de la justice [...] sa liberté d'expression ne [...] s'étend pas aux propos violents qui, exprimant une animosité dirigée personnellement contre le magistrat concerné, mis en cause dans son intégrité morale, et non une contestation des prises de position critiquables de ce dernier, constituent un manquement au principe essentiel de délicatesse qui s'impose à l'avocat en toutes circonstances⁸⁰² ».

Ce comportement de mauvaise foi peut donc remettre en cause les valeurs de la profession, notamment l'éthique professionnelle de celle-ci.

658. En somme, les propos qui contreviennent aux principes essentiels de la profession et à la liberté d'expression seront constitutifs de manquement, justifiant ainsi une sanction disciplinaire et pourront, être qualifiés comme résultant d'un comportement de mauvaise foi de l'avocat.

Cette mauvaise foi est donc le résultat d'une intention malveillante qui outrepassé les principes énoncés par l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

⁸⁰² Cass.civ. 1^{er} 4 mai 2012, n° 11-30.193, Bull. civ. I, n°96; D. actualité 23 mai 2012, obs. M. Khébir; JCP 2012. Actu. 598, obs. G. Deharo; JCP 2012. 759, note M. Attal; Gaz. Pal., 24- 26 juin 2012, p. 21, obs. B. de Belval et J. Villacèque; D. 2012. 1275; D. 2013. 136, obs. Th. Wickers.

659. En définitive, s'agissant de la libre expression de l'avocat, ce dernier « ne doit jamais perdre de vue que si la liberté de parole est réelle, elle doit être empreinte du nécessaire respect dû tant au rôle attaché à sa fonction d'auxiliaire de justice, qu'aux règles déontologiques et principes essentiels qui le régissent. Il en est de même lorsqu'un avocat s'exprime au sujet d'un confrère, et ce, également sur le fondement du principe de confraternité⁸⁰³ ».

Force est de constater que la sanction disciplinaire n'implique pas la présence d'une intention frauduleuse de sorte qu'une négligence caractérisée suffit à justifier la mise en œuvre de la responsabilité disciplinaire de l'avocat.

660. Cette négligence peut toutefois résulter – quoiqu'indirectement – d'un comportement empreint de mauvaise foi dans la mesure où la passivité du professionnel causera, la plupart du temps, un préjudice pouvant être guidé par une incompétence.

Toutefois et même si la négligence suffit à caractériser une faute de nature disciplinaire, il est loisible d'affirmer que le comportement de l'avocat peut résulter d'une certaine intention frauduleuse. L'étude attachée à la liberté d'expression permet de constater que les manquements intentionnels des avocats sont nécessairement empreints par une certaine mauvaise foi.

661. Alors, la mauvaise foi peut éventuellement influencer le prononcé d'une sanction disciplinaire. Pour autant, cette intention frauduleuse n'étant pas érigée en condition, et ce puisqu'une négligence caractérisée non marquée par un comportement entaché d'une certaine mauvaise foi suffit à engager, à l'encontre de l'avocat fautif, le prononcé d'une sanction.

⁸⁰³ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.514.

CONCLUSION DE CHAPITRE

662. La profession d'avocat est soumise à une éthique forte. Cette éthique s'explique par la place prédominante de la déontologie. Il convient de rappeler que la déontologie avait, à l'origine, une dimension morale, notamment une morale commune de sorte que les règles découlant de cette déontologie étaient essentiellement morales. En conséquence, cette éthique forte est marquée par la place de la déontologie au sein de la profession d'avocat.

Certaines notions s'avèrent être importante lorsqu'il est question d'aborder le droit disciplinaire dont est soumis à l'avocat. Il en résulte que l'ordre public, les bonnes mœurs ainsi que l'honneur semblent être des notions, sans oublier les autres, primordiales devant guider la conscience de l'avocat dans la réalisation de son activité.

663. Mais encore, la notion de probité semble elle aussi être une notion omniprésente en la matière puisque ce devoir est scrupuleusement observé tout au long de la carrière d'un avocat, et notamment au moment de son inscription au barreau.

En conséquence, l'éthique dont est attachée la profession d'avocat regroupe plusieurs devoirs impérieux, en effet, cette profession est marquée par une certaine image qu'il est nécessaire de préserver.

La mauvaise foi en matière disciplinaire ne fait aucun doute. Pour autant, cette notion n'est pas une notion omniprésente de sorte qu'il est nécessaire de la déduire de certains comportements ou même de la rattacher à certaines autres notions.

664. Le rôle de la mauvaise foi est donc plus intéressant lorsqu'il s'agit d'étudier l'engagement de la responsabilité disciplinaire de l'avocat. En effet, la mauvaise foi est une notion qui peut être présente lorsqu'il s'agit d'engager des poursuites disciplinaires.

665. Il convient d'affirmer que la notion de mauvaise foi est une notion dont l'étude nécessite d'évaluer le comportement du professionnel du droit, ainsi, la mauvaise foi peut guider le comportement de l'avocat lors de la commission d'une infraction, d'une faute, ou d'un manquement disciplinaire, soit d'un manquement attaché au devoir que lui impose son serment.

666. Force est de constater que la mauvaise foi n'est pas une notion directement employée par le Conseil de discipline. *A fortiori*, il est important de relever qu'en matière disciplinaire, l'intention frauduleuse n'est pas une condition préalable aux poursuites disciplinaires de sorte qu'une négligence caractérisée suffit.

La mauvaise foi peut donc être perçue sous l'angle d'une certaine négligence caractérisée démontrant ainsi l'incompétence et l'imprudence de l'avocat quant à la bonne conduite de sa mission.

CHAPITRE 2 : Les infractions pénales liées à la mauvaise foi, **une sanction cohérente**

667. La profession d’avocat a fait l’objet de nombreuses mutations, notamment à travers l’émergence de missions catégorisées de contemporaines, ou encore à travers l’évolution de certains droits. Parallèlement à cela, la notion de mauvaise foi est une notion floue, mais en droit pénal l’application de cette notion semble cohérente de sorte qu’il semble opportun de confronter cette notion à l’aune dudit droit et ce, afin de mesurer son rôle. Enfin, au regard du droit pénal, l’avocat peut jouir de certaines immunités judiciaires. Ces immunités judiciaires seront étudiées à travers les possibles causes d’irresponsabilités pénales dont peut jouir l’avocat.

668. De ce fait, il semble nécessaire dans un premier temps d’évaluer le rôle de la notion de mauvaise foi en matière de responsabilité pénale (Section 1), pour, dans un second temps, étudier ledit rôle face aux causes d’irresponsabilités pénales applicables à l’avocat (Section 2).

SECTION 1. Le rôle indirect de la mauvaise foi en matière de responsabilité pénale

669. En effet, la sanction liée à une possible mauvaise foi semble cohérente en droit pénal. Cette cohérence résulte de la nature générale du droit pénal. L’application du droit pénal est conditionnée par d’autres notions, notamment par la notion d’intention qui découle de l’élément moral.

Cependant, la notion de mauvaise foi reste une notion floue et le droit pénal ne l’éclaire pas pour autant. Mais la mise en œuvre de la responsabilité pénale semble prendre en compte des critères qui peuvent être similaires à la notion même de mauvaise foi. En ce sens, la notion d’intention entretient un lien étroit avec la notion de mauvaise foi.

670. En conséquence, cette cohérence, quoiqu'indirecte, doit être mise en parallèle avec l'interprétation de la responsabilité pénale, notamment lors de l'évaluation de l'élément moral (§1), de plus, l'étude du droit pénal implique une analyse accrue du lien de confiance qui doit dominer dans les relations entre l'avocat et son client de sorte qu'il est nécessaire d'appréhender la notion de mauvaise foi à l'aune de cette relation de confiance (§2).

*§1 - La place de la mauvaise foi lors de l'interprétation de la responsabilité pénale :
l'importance de l'élément moral*

671. Généralités du droit pénal. Le procès pénal implique de prendre en compte la notion de responsabilité pénale. Ainsi, « La responsabilité pénale, principe fondamental de droit pénal, implique que la répression ne peut être exercée qu'à l'encontre des personnes responsables [...]. De manière générale, la responsabilité est définie comme l'obligation de répondre des conséquences de ses actes⁸⁰⁴ ». Mais encore, la responsabilité pénale peut être perçue comme « la clef de voûte du droit pénal, dans la mesure où sa reconnaissance détermine l'application de la loi pénale, et permet donc le prononcé d'une peine⁸⁰⁵ ».

672. La responsabilité pénale implique nécessaire la commission d'une infraction. A ce titre, l'article 121-1 du nouveau Code pénal dispose que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait⁸⁰⁶ ». Le principe de personnalité imposé par le droit pénal est un principe fondamental dont l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme⁸⁰⁷ ne fait que confirmer.

⁸⁰⁴ B. PEREIRA, « *Responsabilité pénale, existence de la responsabilité pénale* », éd. Dalloz, Rép. pén et Rép. pr. pén, 2020, V° Définition.

⁸⁰⁵ F. DESPORTES et F. LE GUEHEC, « *Droit pénal général* », *op.cit.*, p. 723.

⁸⁰⁶ C.pén., art.121-1.

⁸⁰⁷ Conv. EDH., art. 8.

673. Aussi, l'individu en cause doit avoir personnellement commis les faits qui lui sont reprochés. En conséquence, en matière d'escroquerie, l'avocat qui produit une pièce destinée à être soumise à l'appréciation du juge, de manière frauduleuse, de mauvaise foi et en toute connaissance du caractère mensonger du document se rend coupable d'escroquerie⁸⁰⁸. Le principe de personnalité aura donc pour but de condamner l'avocat de mauvaise foi.

674. Mais encore, « pour qu'un fait constitue une infraction et entraîne la responsabilité de l'individu concerné, ce fait doit être défini par la loi. En d'autres termes, la norme pénale doit nécessairement préexister, cette norme devant déterminé de manière précise le contenu de l'infraction, c'est-à-dire les conditions préalables et les éléments constitutifs de l'infraction⁸⁰⁹ ».

Autrement dit, la norme pénale impose que les dispositions soient suffisamment précises et les formules non équivoques⁸¹⁰.

En conséquence, le droit pénal conditionne sa mise en œuvre à plusieurs critères d'exigences. Comme évoqué ci-dessus, la première condition réside dans l'existence de la norme pénale, et par analogie de sa clarté. Cette précision implique un élément matériel ainsi qu'un élément moral.

675. S'agissant de l'élément matériel de l'infraction, la personne mise en cause doit avoir consommée ou tentée de commettre ladite infraction de sorte que, cette condition « suppose l'accomplissement de tous les actes matériels constitutifs [...]»⁸¹¹.

Autrement dit, l'infraction sera consommée lorsque « le fait accompli par l'auteur renferme tous les éléments constitutifs de l'acte incriminé tels qu'ils sont précisés dans la définition qu'en donne la loi⁸¹² ».

⁸⁰⁸ Cass.crim., 23 mai 1966, NP, D. 1967. 91; JCP 1966. II. 14800.

⁸⁰⁹ B. PEREIRA, « Responsabilité pénale, existence de la responsabilité pénale », *op.cit.*, V° Infraction.

⁸¹⁰ Cons. constit. 21 avr. 2005, n° 2005-512 DC: JO 24 avr., p. 7173; D. 2006. Pan. 828, obs. Ogier-Bernaud et Severino.

⁸¹¹ G. BEAUSSONIE, « L'infraction », éd., Dalloz, Rép. pén., Rép. pr. pén., 2018.

⁸¹² L.ROZES, « L'infraction consommée », RSC, 1975. 603.

676. *A fortiori*, la tentative de commettre une infraction est également sanctionnable. Ainsi, la consommation et la tentative semblent présenter le même résultat. Toutefois, l'article 121-5 du Code pénal indique quelques modalités quant à la sanction de cette tentative et dispose que « La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur⁸¹³ ».

Ainsi, le commencement d'exécution attaché à la tentative implique la mise en œuvre de la responsabilité pénale.

677. S'agissant de l'élément moral⁸¹⁴, il peut être défini comme un élément constitutif de l'infraction en ce qu'il « fait référence à l'attitude psychologique de l'auteur vis-à-vis de la commission des faits réprimés par la loi pénale. L'auteur peut avoir agi avec intention ou par imprudence ou négligence⁸¹⁵ ». En somme, l'élément moral regroupe l'intention de commettre l'infraction, ainsi que l'imputabilité.

Cet élément est un élément fondamental en droit pénal. De plus, ce côté intentionnel permettra de cerner la place de la mauvaise foi au sein du procès pénal.

Ce bref rappel théorique est nécessaire puisqu'il permet d'appréhender l'application du droit pénal de manière générale, et ce puisque « comme tout homme, l'avocat peut commettre toutes les infractions entrant dans les précisions du Code pénal⁸¹⁶ », par conséquent, ce bref rappel général s'applique également à l'avocat.

⁸¹³ C.pén., art.121-5.

⁸¹⁴V°supra, §n°528 : Quid de l'élément intentionnel.

⁸¹⁵ Fiches d'orientation, « *L'élément moral de l'infraction* », éd., Dalloz, 2020.

⁸¹⁶ Y. AVRIL, « *La responsabilité de l'avocat* », *op.cit.*, p. 362.

678. Principes généraux. Comme l'affirme une auteure « Dans l'exercice de sa profession, l'avocat n'est pas à l'abri de sanctions pénales [...]»⁸¹⁷ ». Autrement dit, l'avocat – comme tout justiciable – peut voir sa responsabilité pénale mise en œuvre. Mais encore, un autre auteur indique à son tour que « tout manquement au serment n'est pas forcément constitutif d'une infraction pénale : aucun texte n'incrimine par exemple pénalement le refus d'un avocat de déférer à une commission d'office.

C'est en réalité de façon exceptionnelle, et parce que le délit pénal est un délit nommé, que l'avocat peut être à la fois infidèle à son serment et délinquant [...] il faut ajouter aux délits dont l'avocat peut être auteur principal tous ceux dont il peut être coauteur ou complice⁸¹⁸ ».

679. En conséquence, l'avocat peut se rendre coupable d'infractions, délits ou de crimes sanctionnés par le droit pénal. Pour autant, l'application de ce droit ne semble pas être le mieux adapté, ni le plus naturel vis-à-vis de l'avocat. En effet, le droit pénal requiert plusieurs mécanismes beaucoup plus complexes que le droit disciplinaire.

Mais encore, même s'il a été affirmé à de nombreuses reprises que l'avocat peut être responsable sur le plan pénal, ce dernier demeure être un « justiciable ambigu⁸¹⁹ » dans la mesure où la plupart des délits ne sont pas spécifiquement attachés aux actes frauduleux que les avocats peuvent commettre. Ainsi, cette généralité peut engendrer des sanctions hésitantes.

⁸¹⁷ M.-L. DEMEESTE, « Chapitre 2 : responsabilité pénale », in « *Avocat : responsabilité* »,», *op.cit.*

⁸¹⁸ J.-J. TAISNE, « Chapitre 4 : Les risques », in « *Avocat* », *op.cit.*, V° Responsabilité pénale.

⁸¹⁹ Y. AVRIL, « *La responsabilité de l'avocat* », *op.cit.*, p. 361.

680. Quoi qu'il en advienne et comme déjà évoqué, « le risque pénal ne doit jamais être négligé par l'avocat dans le cadre de son activité professionnelle [...]»⁸²⁰ ». *A fortiori*, il est important de s'apercevoir que les qualités professionnelles que présente l'avocat semblent le rendre plus « facilement » responsable.

681. En effet, étant le défenseur des intérêts d'une partie, ce dernier est censé connaître le régime qui pourra lui être infligé si ce dernier outrepassé les limites de sa mission autant dans le cadre de son activité professionnelle, que dans le cadre de sa vie privée. Ainsi, il est loisible d'affirmer que les infractions dont se rend coupable un avocat seront appréciées *in abstracto* par les juges en prenant en compte les compétences du professionnel du droit.

682. **La valeur de l'élément moral.** Cet élément intentionnel est une déclinaison de l'élément moral. En effet, « l'élément moral correspond à l'attitude de l'individu dans la réalisation de l'acte prohibé. Il comprend l'imputabilité et la culpabilité pénale⁸²¹ ».

A ce stade, la question qui se pose est donc celle de savoir quel serait le lien préexistant entre la notion de mauvaise foi et cet élément moral.

Le raisonnement jusqu'alors présenté consiste à affirmer que la présence d'un comportement intentionnel, volontaire pourrait être assimilée à la notion de mauvaise foi, qui, étant la négation de la bonne foi, consiste à se comporter de manière frauduleuse en étant nécessairement animé par une intention de nuire.

Si l'élément intentionnel découle dudit élément moral, la question posée précédemment prend tout son sens.

⁸²⁰ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1866.

⁸²¹ B. PEREIRA, « Responsabilité pénale, existence de la responsabilité pénale », *op.cit.*, V° Élément moral.

683. D'une part, la notion d'imputabilité pénale intéresse dans la mesure où elle peut être définie « comme une capacité de fait, une attitude psychologique contenant la faculté de comprendre et de vouloir⁸²² ».

Ainsi, la notion d'intention et d'imputation semble être deux notions allant de pairs. Naturellement, une personne étant affectée d'un trouble mental, soit présentant une absence de discernement n'agit pas en « connaissance de cause » et ne peut donc être qualifiée de pleinement responsable sur le plan pénal.

Les illustrations jurisprudentielles démontrent – qu'en général – l'avocat mis en cause ne présente pas les qualités laissant affirmer qu'il pourrait être atteint d'un trouble altérant sa conscience mentale de sorte que ce dernier agit, le plus souvent, de manière intentionnelle.

684. D'autre part, l'intention coupable serait caractérisée par la « volonté et la conscience⁸²³ ». En conséquence, « l'acte doit avoir été voulu, c'est-à-dire qu'il doit être le résultat d'une décision prise par l'agent dans son for intérieur⁸²⁴ ».

A fortiori, l'article 121-3 du Code pénal donne des éléments de définition très clairs en disposant qu'« Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre⁸²⁵ ».

685. Pour résumer, cette volonté explique nécessairement une intention malveillante guidée par une conscience de causer un préjudice. La place de la mauvaise foi semble être facile à discerner en matière d'intention pénale. En effet, étant une condition à l'engagement de la responsabilité pénale, la mauvaise foi peut donc – indirectement – être une notion pouvant être qualifiée d'omniprésente.

Cette simultanéité s'explique par la définition même de cet élément intentionnel.

⁸²² Cass.crim., 13 déc. 1956, D. 1957. 349, note J. Plantin.

⁸²³ S. DETRAZ, « L'intention coupable est-elle encore le principe ? », in « *le nouveau code pénal 20 ans après : état des questions* », L. SAENKO (sous. dir), éd., LGDJ, 2014, p. 63.

⁸²⁴ R. BERNARDINI, « *L'intention coupable* », Thèse, 1976, p. 101 s., n^{os} 56 s.

⁸²⁵ C.pén., art.121-3.

En conséquence, l'élément moral qui conditionne l'application du droit pénal et donc, par analogie, la responsabilité pénale peut être assimilé à la notion de mauvaise foi.

686. Cela revient à dire que la responsabilité pénale, ou pour le moins l'élément moral conditionnant la mise en œuvre de la responsabilité pénale résulterait d'un comportement entaché par une certaine mauvaise foi poussant et guidant le coupable à commettre un acte qui, par la suite, causera nécessairement un trouble.

Enfin, et comme déjà énoncé, en matière pénale il est nécessaire de savoir que « les juridictions se montreront rarement clémentes à son égard (*l'avocat*), et que sa mauvaise foi sera, le plus souvent, quasi présumée de manière irréfragable⁸²⁶ ». Cette irréfragabilité⁸²⁷ montre la déduction logique de l'élément moral vers une possibilité connexité avec la notion de mauvaise ne semble pas être totalement inconcevable.

687. Mauvaise foi et la complicité. Il convient de rappeler que la complicité pourrait être définie « comme le fait pour une personne, sciemment, par aide ou assistance, de faciliter la préparation ou la consommation d'un crime ou d'un délit, ou par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir provoquer à une infraction ou donner des instructions pour la commettre⁸²⁸ ».

688. Aussi, l'intention frauduleuse joue un rôle primordial dans la mesure où c'est cet élément qui permet de constater la présence d'une quelconque complicité. En effet, « la complicité n'existe que pour autant il y ait un fait principal punissable qui constitue l'un des éléments nécessaires de la complicité et doit être constaté⁸²⁹ ». Autrement dit, la complicité nécessite l'accomplissement d'un fait punissable intentionnel – soit une intention frauduleuse – qui soit effectivement constatable.

⁸²⁶ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1866.

⁸²⁷ V°supra, §n°530 : Quid des conséquences de l'irréfragabilité de la mauvaise foi.

⁸²⁸ C.pén., art. 121-7.

⁸²⁹ Cass.crim., 1^{er} mars 1945, Bull.crim. n°17, D. 1945. 265.

- 689.** La profession d’avocat laisser planer certains risques. En effet, la nature même de la profession explique les risques que peuvent encourir les avocats. En effet, « la complicité est un risque réel pour l’avocat dans l’exercice de son activité quotidienne s’il vient à manquer de prudence et de vigilance⁸³⁰ ».
- 690.** Alors, la Cour de cassation analyse scrupuleusement le comportement de l’avocat en cause et indique que « la complicité implique que l’avocat ait agi en vue de la commission de l’infraction⁸³¹ ». En conséquence, il est possible de soutenir que « lorsque sa responsabilité pénale (*de l’avocat*) sera recherchée au titre de la complicité le sera, le plus souvent au titre de l’aide ou l’assistance apportée en toute connaissance de cause en vue de faciliter la préparation ou la commission d’un crime ou d’un délit⁸³² ».
- 691.** A ce stade, il paraît opportun de confronter la notion de mauvaise foi à l’aune de la notion de complicité. Le comportement de l’avocat sert de référence aux juges afin d’évaluer si l’infraction de complicité peut être retenue à son encontre de sorte que le comportement jouera un rôle important dans la qualification des faits. En ce sens, une Cour d’appel a pu condamner un avocat lorsque ce dernier – avertis des conséquences desdits actes en tant que professionnel du droit – assiste sa cliente afin de soustraire son patrimoine à l’administration fiscale⁸³³. Ce jugement est intéressant dans la mesure où il démontre comment un professionnel compétent peut, en vertu de cette compétence, commettre une infraction de la sorte.

⁸³⁰ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d’avocat », *op.cit.*, p.1866.

⁸³¹ Cass.crim., 21 nov. 1930, Bull.crim. n°230, cité in A.Damien et H.Ader, « Les règles de la profession d’avocat », *op.cit.*, p.1866.

⁸³² H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d’avocat », *op.cit.*, p.1868.

⁸³³ CA. Paris, 19 mai 2017, RG n° 15/03218, cité in A.Damien et H.Ader, « Les règles de la profession d’avocat », *op.cit.*, p.1867.

692. En effet, ce comportement implique nécessairement une part de mauvaise foi dans la réalisation de ce mécanisme de soustraction.

En somme, l'avocat qui conseille et participe à des montages frauduleux se rend coupable de complicité et cette infraction est nécessairement guidée par un savoir-faire qui découle des compétences que peut avoir l'avocat. Ce dernier fera donc preuve d'imprudence et de malhonnêteté.

693. En conséquence, même si la frontière entre les besoins du client et le respect des règles légales peut s'avérer – de temps en temps – être une frontière fine, un équilibre saint qui découle directement des termes du serment que prête l'avocat doit nécessairement prendre le dessus.

La mauvaise foi est donc une notion apparente en droit pénal – pour autant, déduite indirectement – ce qui permet d'élargir son champ d'application.

694. Définition. L'abus de faiblesse ou l'abus de confiance désigne un comportement qui s'analyse comme le « fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis ou qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé⁸³⁴ ».

En d'autres termes, la finalité de l'infraction « consiste dans une atteinte à la propriété d'autrui. Cette atteinte se caractérise par le fait que le possesseur de la chose remise à titre précaire se comporte comme le véritable propriétaire de celle-ci⁸³⁵ ». Cette précarité réside dans le fait que le bien remis l'est uniquement dans le but d'être restitué par la suite de sorte qu'il y'aura abus lorsque le détenteur use de la chose alors qu'il ne la détient pas réellement.

En conséquence, l'abus de faiblesse ou l'abus de confiance se traduit par le détournement frauduleux d'un bien, impliquant ainsi un élément matériel et un élément intentionnel. L'élément matériel se caractérise par le détournement abusif du bien d'autrui, et l'élément moral se caractérise lui par une intention frauduleuse. Cette intention frauduleuse nécessite que la bonne foi ne puisse être invoquée.

695. L'abus de confiance et la profession d'avocat. Cet abus de faiblesse peut être facilement rattaché à la profession d'avocat dans la mesure où cette infraction « vise la non-restitution de fonds, biens ou valeur remis à une personne à charge pour celle-ci de les représenter ou d'en faire un usage déterminé, et de les rendre dès lors que la remise est ainsi faite à titre précaire⁸³⁶ ».

⁸³⁴ C.pén., art. 314-1.

⁸³⁵ C. MASCALA, « *L'abus de confiance* », éd., Dalloz, Rép. pén., Rép. pr. pén., 2016, act. 2020.

⁸³⁶ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1875.

La profession d'avocat implique pour le professionnel d'agir avec prudence, honnêteté et bonne foi. Cette sagesse, dont doit faire preuve l'avocat s'explique par l'objet même de la profession. En effet, comme énonce ci-dessus, l'avocat dans le cadre de son activité est amené à disposer de certaines sommes. Certains auteurs affirment même que « l'abus de confiance est, pour un avocat, l'infraction par excellence⁸³⁷ ».

696. A ce stade, il est nécessaire de mettre en exergue les sommes dont pourrait être détenteur un avocat afin de comprendre comment il pourrait se rendre coupable d'un abus de confiance.

De plus, la précarité est un élément à prendre en compte afin d'analyser à quel moment l'avocat pourra éventuellement engager sa responsabilité pénale.

La remise des sommes est le point de départ de l'infraction d'abus de confiance. En effet, la profession d'avocat implique que le professionnel reçoive fréquemment des fonds.

697. La non-compensation des honoraires. S'il est possible de rattacher la profession d'avocat avec l'abus de confiance, cela revient à s'intéresser au mécanisme de la compensation de créance issu du régime général des obligations. A ce titre, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur le mécanisme de la compensation de créance, notamment celle concernant la compensation des honoraires.

En effet, comme l'indique une partie de la doctrine, « l'avocat peut prélever les sommes qui lui sont dues sur des sommes qu'il a reçues de son client ou pour le compte de son client à cet effet et qu'il a déposées comme la loi lui impose sur un sous-compte CARPA. Mais il ne saurait retenir de sa propre autorité, à titre d'honoraires, une somme qui lui a été remise par son client au profit d'un tiers, sans avoir reçu l'accord de son client⁸³⁸ ».

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 1875.

⁸³⁸ *Ibid.*, p.1466.

698. *A fortiori*, l'accord du client ne suffit pas. En effet, le mécanisme de la compensation implique que la créance soit liquide, exigible et certaine et s'agissant des honoraires, la Haute indique que « les honoraires de celui-ci n'étaient jamais fixés préalablement à la réception des fonds reçus pour le compte de ses clients⁸³⁹ ».

Autrement dit, l'abus de confiance de l'avocat pourrait être perçu à l'aune de la précarité du client. A cet effet, si le mécanisme de la compensation était un mécanisme délié, l'avocat pourrait plus facilement être amené à percevoir des fonds qu'il estimerait dus.

699. Par conséquent, « commet un abus de confiance l'avocat qui a eu tort de prélever sur la consignation faite entre ses mains par ses clients, sans autorisation écrite de leur part, auquel cas la bonne foi aurait pu être caractérisée et le faire échapper aux poursuites pénales, des provisions à valoir sur ses honoraires⁸⁴⁰.

L'intention frauduleuse de détourner la somme remise doit être caractérisée afin que l'exception de compensation puisse être sanctionnable. Autrement dit, « l'exception de compensation ne saurait être admise dès lors que l'avocat aura sciemment dissipé des sommes qui lui auront été remises par un usage déterminé⁸⁴¹ ».

700. Une primordialité : la confiance. Pour ainsi dire, l'avocat use des prérogatives que lui confère sa profession afin de détourner l'objet même de son activité. La profession d'avocat est une profession qui inspire la confiance et qui a pour but la préservation des intérêts du client défaillant. Cette confiance est donc le socle principal qui lie l'avocat à son client.

⁸³⁹ Cass.crim., 20 avr. 2005, n° 04.85.684, NP, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1875.

⁸⁴⁰ Cass.crim. 21 févr. 1968, n° 65.93.721, Bull.crim. n°52 ; D. 1968. 94 – Cass.crim., 20 févr. 1980, n°79-91.973, Bull. crim. n°66.

⁸⁴¹ Cass.crim., 22 avr. 1937, Bull.crim. n°82, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1875.

Pour autant, au vu des décisions jurisprudentielles, cette relation de confiance n'est pas si automatique. L'intérêt du droit pénal est donc de protéger et de faire perdurer cette relation de confiance qui doit primer les relations que peut entretenir l'avocat.

701. En ce sens, un arrêt de la Cour de cassation illustre parfaitement la relation de confiance qui peut exister entre le professionnel et son client ainsi que la manière dont un avocat peut abuser de la confiance que lui accorde ce dernier. Un avocat a donc pu être condamné pour avoir détourné des fonds et des œuvres d'art d'une fondation dont il avait la surveillance et la gestion en sa qualité de président, alors qu'il jouissait de la confiance absolue de l'artiste et qu'il a abusé de cette confiance notamment, en opérant des détournements sous l'apparence trompeuse de factures⁸⁴².

En l'espèce, l'avocat abuse de l'inéluctable confiance que lui accorde son client.

702. Les obligations en matière de maniement de fonds. D'autres situations démontrent comment l'infraction d'abus de confiance peut se manifester. L'abus de confiance peut également être retenu pour en matière de maniement des fonds⁸⁴³. Le professionnel est donc soumis à certaines obligations en la matière⁸⁴⁴.

Une part de la doctrine définit largement le champ d'application de cette obligation et indique que « l'avocat peut effectuer des règlements pécuniaires, c'est-à-dire recevoir des fonds pour le compte de son client, à condition, d'une part de justifier d'un mandat écrit dans les cas où il est exigé et d'autre part que ces règlements pécuniaires soient l'accessoire des actes juridiques ou judiciaires accomplis dans le cadre de son exercice professionnel⁸⁴⁵ ».

Pour ainsi dire, l'avocat est un intermédiaire.

⁸⁴² Cass.crim., 6 oct. 2004, n°03-80.825, NP, cité in A. Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1876.

⁸⁴⁴ Décr. n°91-1197 du 27 novembre 1991, *op.cit.*, art. 229 et art.235-2 ; RIN. art. 6.2. al.7.

⁸⁴⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1025.

703. L'abus de confiance pourra se manifester à travers la non-représentation des fonds remis à l'avocat. Cet abus sera constaté lorsque l'avocat ne sera pas en mesure de restituer les fonds qu'il a perçus dans le cadre de son activité professionnelle, soit dans le cadre de ses obligations en matière de maniement des fonds.

L'avocat est soumis à de nombreuses obligations en matière de maniement de fonds, autrement dit ce dernier doit faire preuve de prudence et de diligence lorsque son client lui remet des fonds dans le but de faire avancer l'affaire en cause.

704. A ce titre, le Conseil de l'Ordre de Paris a pu condamner un avocat à six mois d'interdiction professionnelle pour avoir reçu un chèque à l'ordre de la CARPA de son client acheteur en vue du paiement du prix et avait retiré du compte CARPA la somme destinée au propriétaire de l'immeuble vendu dans le but de placer sur un compte ouvert au nom d'un tiers sans qualité pour le percevoir, puis sur un compte ouvert à son nom.

705. En l'espèce, ce dernier trompe la confiance que son client avait pour lui puisque le professionnel se comporte comme le propriétaire de ladite somme⁸⁴⁶.

De la même manière, la non-représentation des fonds peut également se manifester lorsque l'avocat déposera sur son compte personnel, et non sur son compte CARPA comme la loi l'y oblige, une somme remise en vue d'une transaction et se trouvera ainsi dans l'impossibilité de la restituer sur ses fonds professionnels⁸⁴⁷.

⁸⁴⁶ Cons. Ordre de Paris, 23 oct. 2012, n° 166235, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », 16^e éd., Dalloz action, 2018-2019, p.1876.

⁸⁴⁷ Cass.crim., 27 avr. 1994, n° 93- 82.976, Bull. crim. n°152; D. 1994. 402, note Ch. Gavaldà; Gaz. Pal., 21 juill. 1994. Somm. 414 – Cass.crim., 11 févr. 2004, n°03- 83.904, NP.

706. En conséquence, nombreux sont les exemples qui illustrent le comportement abusif du professionnel au détriment de son client. Ce comportement abusif est nécessairement rattaché à la notion de mauvaise foi dans la mesure où l'avocat est conscient du préjudice qu'il cause à son client. En effet, les décisions jurisprudentielles démontrent que la mauvaise utilisation des fonds perçus par le professionnel résulte d'un comportement volontaire.

707. En matière de non-restitution des fonds, la mauvaise foi de l'avocat peut également se manifester lorsque ce dernier évoquera « un retard dans son exécution ». Une décision rendue par la Cour de cassation démontre ce type de comportement. En l'espèce, un professionnel, notamment un avocat, avait reçu pour le compte de son client le produit d'une vente aux enchères et en avait déposé une partie sur son compte personnel. Pour sa défense, l'avocat évoque qu'il ne s'agirait que d'un retard dans l'exécution de son obligation⁸⁴⁸.

Toutefois, il est à noter que dans cette affaire « les sommes ont été détournées à la suite d'un usage abusif et n'ont été restituées qu'à la suite d'une injonction du Bâtonnier qui engagera une action disciplinaire à son encontre⁸⁴⁹ ».

708. Pour ainsi dire, la présence d'un comportement empreint de mauvaise foi ne fait quasiment aucun doute. Cette affirmation s'explique par les arguments mêmes du professionnel. D'une part, le retard dans l'exécution de l'obligation de restituer démontre la défaillance dont s'astreint l'avocat, d'autre part, la restitution après injonction du Bâtonnier démontre la mauvaise foi dont l'avocat fait preuve.

⁸⁴⁸ Cass.crim., 5 mai 2004, n°03-83.809, NP, cité in A. Damien et H. Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p. 1876.

⁸⁴⁹ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1876.

709. En effet, l'injonction du Bâtonnier démontre comment la mauvaise foi de l'avocat peut devenir plausible. Une injonction est un l'ordre de s'exécuter de sorte que ce terme provient nécessairement de la force de contraindre, ainsi si l'avocat a remis les sommes litigieuses c'est seulement, car il y a été contraint de sorte que la restitution ne peut être de bonne foi. Le sens contraire de la notion de bonne foi est donc la notion la plus appropriée à l'espèce.

710. Plus précisément, un arrêt de la Haute cour intéresse puisque cette dernière évalue le comportement que pourrait avoir l'avocat lorsqu'il se rend coupable d'une telle infraction.

En effet, la Haute cour indique que « ces agissements résultaient d'une volonté consciente de l'avocat d'expérience, qui ne pouvait ignorer la nature et l'étendue de ses obligations en matière de maniement de fonds⁸⁵⁰ ».

Cet arrêt attire l'attention dans la mesure où la Haute Cour, sans prononcer directement « la mauvaise foi de l'avocat » déduit que ce comportement volontaire fait en « toute connaissance de cause » implique nécessairement un comportement réfléchi.

711. Ce comportement volontaire et intentionnel peut expliquer, même si ce n'est qu'indirectement, comment la mauvaise foi de l'avocat peut se manifester. La décision de la Haute cour est utile à la réflexion dans la mesure où elle appuie les propos précédemment évoqués tendant de définir la notion de mauvaise foi vis-à-vis de l'avocat.

L'abus de confiance peut donc se manifester de plusieurs manières, chacune ayant le même but : détourner l'objet des sommes confiées au professionnel, et ce détournement implique nécessairement une part de mauvaise foi.

⁸⁵⁰ Cass. crim., 23 mai 2013, n°12- 83.677, Bull. crim, n° 112 ; Gaz. Pal., juill. 2013, p. 18, note J.C. MARRIGUES ; RTD com. 2013. 18, note B. BOULOC ; D. 2013. 1064 ; AJ pénal 2013. 543, obs. C. PORTERON, D. 2013. 377, art. G. ROYER.

712. Le caractère abusif au détriment de la CARPA. Les obligations en matière de maniement des fonds dont est contraint l'avocat impliquent que ce dernier dépose des fonds en CARPA. Il convient de rappeler que la CARPA est une caisse qui assure la gestion et le contrôle des opérations de règlements pécuniaires pour l'activité de conseil et d'assistances en justice des avocats⁸⁵¹.

Alors, il est de jurisprudence constante d'affirmer que « le fait de procéder à des maniements de fonds pour le compte de son client hors CARPA constitue un abus de confiance au préjudice de la CARPA⁸⁵² ».

Pour ainsi dire, l'avocat qui utilise des fonds CARPA à des fins étrangères à leur finalité se rend coupable d'un abus de confiance.

A ce titre, il est possible de citer un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait condamné un avocat qui tirait des chèques sur son compte CARPA pour garantir des emprunts faits auprès de particuliers à un taux usuraire⁸⁵³.

713. En conséquence, l'avocat peut se rendre coupable d'un abus de confiance au préjudice de son client, mais également au préjudice de la CARPA. Cet abus de confiance se manifeste par une mauvaise utilisation des fonds, soit lorsque l'avocat ne respecte pas les obligations qui lui incombent en matière de maniement des fonds. Cette infraction a donc un champ d'application assez large. Alors, il semblerait que l'abus de confiance soit une infraction classiquement présente en matière de maniement des fonds.

A ce stade une question se pose, notamment celle de savoir qu'elle est la place de l'intérêt du client face à ce genre de comportement. En effet, l'intérêt du client est un principe primordial de sorte qu'il est nécessaire de le confronter à cet abus de confiance.

⁸⁵¹ V° supra, n°§294 : Sur le rôle de la Caisse Autonome des Règlements Pécuniaires des Avocats.

⁸⁵² Cass.crim., 25 mars 2015, n°14-80.428, NP, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », 16^e éd., Dalloz action, 2018-2019, p.1876.

⁸⁵³ CA. Paris, 6 févr. 1995, JCP 1995. IV. 1022.

714. L'intérêt du client. S'agissant de l'intérêt du client, qui, comme il convient de rappeler, peut être défini comme « l'obligation de toujours défendre au mieux les intérêts de son client, même par rapport à ses propres intérêts ou à ceux de ses confrères⁸⁵⁴ ». Autrement dit, l'intérêt du client implique que l'avocat « détermine qui est son client, qu'il apprécie l'intérêt de celui-ci, avant d'agir dans un sens conforme à celui-ci⁸⁵⁵ ».

En conséquence, l'abus de faiblesse causera nécessairement une atteinte au client de sorte qu'il est loisible d'affirmer que « l'abus de faiblesse porte par nature atteinte à l'intérêt du client lorsqu'il est commis par l'avocat.

Une telle attitude, qui est hautement répréhensible, est aussi parfois le résultat des difficultés à gérer une relation avec des clients en état de faiblesse et notamment des majeurs protégés⁸⁵⁶ ».

715. Élément intentionnel de l'abus de confiance et la mauvaise foi.

L'élément moral de cette infraction se traduit par la manifestation de l'élément intentionnel. Cet élément intentionnel est intéressant dans la mesure où il inclut – la plupart du temps – la notion de mauvaise foi, ou, pour le moins, il aide à la définir. En effet, la notion de mauvaise foi est une notion protéiforme qui se complète par d'autres notions telles que par exemple celle qui s'attache à l'intention de causer un préjudice ou un délit.

716. L'abus de confiance est un délit qui nécessite l'élaboration d'un élément moral soit d'un élément intentionnel. Autrement dit, ce délit est un délit intentionnel. Cette nécessité est démontrée par la combinaison de deux articles, soit l'article 121-3 et l'article 314-1 du Code pénal, ainsi il en ressort que « le délit est le fait d'une personne à qui des biens ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre ou d'en faire un usage déterminé⁸⁵⁷ ».

⁸⁵⁴ RIN, art. 21.2.7.

⁸⁵⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.978.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p.983.

⁸⁵⁷ C. MASCALA, « Abus de confiance », *op.cit.*

Par conséquent, « le détenteur de la chose a connaissance de la précarité de la détention et de l'obligation combinée de restitution⁸⁵⁸ ».

717. L'élément intentionnel résulte donc de la connaissance, par le détenteur de la chose, de la précarité qui est censée animer la relation. Comme déjà énoncé ci-dessus, un comportement intentionnel aide à démontrer comment la mauvaise foi peut se manifester.

Ainsi, les infractions ou délits qui nécessitent la présence d'une intention aident à définir ce qu'est la mauvaise foi. En effet, cette notion est une notion légère dans la mesure où elle n'est que rarement employée de sorte qu'il faut systématiquement la déduire de certains comportements.

718. Dès lors, le comportement volontaire de commettre telle ou telle infraction démontre une certaine part de malveillance dans la mesure où l'avocat sait pertinemment quel sera l'objet les conséquences de cet abus de confiance. A ce stade il est possible d'affirmer que, en droit pénal, la mauvaise foi est une notion plus ou moins aisée à définir et à détecter.

719. Enfin, cet élément intentionnel s'explique également par l'usage abusif de la chose remise. En effet, « l'usage abusif entre dans les prévisions du texte d'incrimination lorsque le possesseur use intentionnellement de la chose remise à titre précaire comme un véritable propriétaire⁸⁵⁹ ».

Ainsi, l'abus de confiance ne pourra être recensé sans une intention coupable qui pourrait être caractérisée par la mauvaise foi de la personne en cause, soit de l'avocat.

⁸⁵⁸ Cass.crim., 17 févr. 1992, n°91-81.882, Bull.crim, n°72 ; DP 1992. Comm 201.

⁸⁵⁹ C. MASCALA, « *Abus de confiance* », *op.cit.*, V° Intention frauduleuse.

SECTION 2. La place de la mauvaise foi face à l'irresponsabilité pénale

720. La profession d'avocat implique la mise en place de certaines règles, pour autant ces règles ne sont pas automatiquement dédiées à la profession. À ce titre, il est nécessaire d'évaluer la notion d'état de nécessité afin de pouvoir *in fine* la confronter à ladite profession, et ce afin de l'étudier à l'aune de la notion de mauvaise foi (§1).

Parallèlement à cela, la profession d'avocat implique l'application de règles particulières, notamment celles attachées à la liberté de parole dont peut jouir l'avocat lors du déroulement de sa plaidoirie. Aussi, il est intéressant d'étudier cette liberté au côté de la notion de mauvaise foi (§2).

§1 - L'articulation de la mauvaise foi avec l'état de nécessité

721. Définition générale. L'état de nécessité peut être interprété comme une « situation dans laquelle se trouve une personne qui ne peut raisonnablement sauver un bien, un intérêt ou un droit que la commission d'un acte qui, s'il était détaché des circonstances qui l'entourent, serait délictueux⁸⁶⁰ ».

Pour le dire simplement, l'état de nécessité serait assimilé à « la situation d'une personne tenue, pour éviter la réalisation d'un danger, de commettre une infraction⁸⁶¹ ».

Il y'a lieu de rattacher cet état de nécessité avec les mécanismes du droit pénal.

⁸⁶⁰ P. FORIERS, « *De l'état de nécessité en droit pénal* », Thèse, 1951, n°9.

⁸⁶¹ VERMELLE, « *Le nouveau droit pénal* », éd., Dalloz, coll., *Connaissance du droit*, 1994, p. 69.

722. Une définition démontre que les deux notions sont rigoureusement liées. En effet cette définition indique que l'état de nécessité serait perçu comme « la situation dans laquelle une personne, face à un danger actuel ou imminent pour elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien menacé, et qui constitue une cause d'irresponsabilité pénale, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de sauvegarde et la gravité de la menace⁸⁶² ».

723. Avant d'être érigé en définition, l'état de nécessité a pu être attaché à cette idée d'irresponsabilité pénale par le Tribunal Correctionnel de Colmar. En effet ce dernier indique dans son jugement que « les circonstances de fait [...] ou état de nécessité, constitue un fait justificatif en raison duquel il ne peut lui être fait grief d'avoir omis de se conformer en l'espèce aux prescriptions de la loi⁸⁶³ ».

Aujourd'hui, cette irresponsabilité pénale est largement admise par les textes ainsi que par la jurisprudence. Cette irresponsabilité est donc perçue comme une impunité de sorte que « la personne qui, face à un péril actuel ou imminent menaçant elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire et proportionné au danger⁸⁶⁴ ».

En résumé, cette irresponsabilité, synonyme d'impunité, serait associée à l'idée que « l'infraction nécessaire n'est pas une infraction⁸⁶⁵ ».

724. Pour ainsi dire, le droit pénal et l'état de nécessité semblent être deux notions allant de pair. L'état de nécessité implique la commission d'une infraction – qui relèverait ainsi du droit pénal – ou d'un acte dont le but de sauvegarder ses intérêts ou celui d'un tiers.

⁸⁶² ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* » publié sous la direction de Gérard Cornu, 10^{ème} éd. PUF, 2013, V° État de nécessité.

⁸⁶³ Trib. corr., Colmar., 27 avr. 1956, D. 1956. 500 ; JCP 1957. II. 10041.

⁸⁶⁴ M. DANTI-JUAN, « *État de nécessité* », éd., Dalloz, Rép. pén., Rép. pr. pén., 2015.

⁸⁶⁵ G. DECOCQ « *Droit pénal général* », éd., Armand Colin, 1971, p.326.

Pour autant, cette sauvegarde devra être justifiée par une menace ou un danger imminent. Alors le rapport semble facile à établir. *A fortiori*, l'état de nécessité figure dans le Code pénal.

725. A ce titre, l'article 122-7⁸⁶⁶ dudit Code dispose que « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ».

Il sera ainsi question d'évaluer cet état de nécessité à l'aune de la profession d'avocat, toutefois la mise en œuvre de cet état de nécessité implique l'accomplissement de conditions qu'il est nécessaire d'étudier *in limine*.

726. À ce titre, l'article 122-7 du Code pénal déduit ces conditions et prévoit que cet état de nécessité doit être justifié par un danger qui doit être actuel ou imminent et imprévisible constituant une menace avérée et justifié par une réaction qui doit être nécessaire et proportionnelle⁸⁶⁷.

Pour ainsi dire, « l'état de nécessité doit être véritable et non de simple commodité, il doit placer l'auteur devant un danger immédiat et certain soit non hypothétique ou futur⁸⁶⁸ ».

727. L'état de nécessité et l'avocat. L'intérêt est donc de déterminer comment l'état de nécessité pourrait être applicable à l'avocat, mais surtout, quelle infraction serait-il amené à commettre dans le cadre de cet état de nécessité. En effet, il est fréquent que les clients insatisfaits se retournent contre le professionnel afin de remettre en question ses compétences. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir comment l'avocat pourra invoquer des moyens concernant le litige, et ce afin d'assurer sa propre défense envers son ancien client ?

⁸⁶⁶ C.pén., art. 122-7.

⁸⁶⁷ V° supra, n°§722: Sur la définition de l'état de nécessité extraite du Vocabulaire Cornu.

⁸⁶⁸ Trib. corr., Nantes., 12 nov. 1956, Bull.crim, n°563, D. 1957. 30 ; JCP 1957. II. 10041, note J.M Aussel.

728. La question posée ci-dessus est une question délicate. L'avocat est soumis au secret professionnel de sorte qu'« en toutes matières, que ce soit dans le conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel⁸⁶⁹ ».

L'état de nécessité prend alors tout son sens quand il s'agit d'invoquer d'une part les droits de la défense qui peuvent être amenés à s'appliquer à l'avocat, et d'autre part lorsqu'il s'agit d'invoquer la place ainsi que la valeur du secret professionnel dans un tel cas de figure.

729. Droit de la défense, état de nécessité et secret professionnel⁸⁷⁰. Ladite question a été tranchée par une Cour d'appel qui énonce « qu'on ne saurait refuser à qui que ce soit le droit de se défendre, et cette liberté essentielle ne peut être mise en échec par les règles du secret professionnel⁸⁷¹ ». En l'occurrence, cette décision de 1951 invoque – quoiqu'indirectement – la possibilité d'un état de nécessité applicable à une personne ayant le besoin d'assurer sa défense. Vis-à-vis de l'avocat, cette décision a la même portée dans la mesure où elle s'applique à lui.

730. En ce sens, une autre décision, cette fois-ci rendue par la Haute cour, indique que cette « entrave » au secret professionnel s'applique à l'avocat. Cette dernière atteste alors que « l'obligation au secret professionnel d'un avocat ne saurait lui interdire, pour se justifier de l'accusation dont il est l'objet et résultat de la divulgation par un client d'une correspondance échangée entre eux, de produire d'autres pièces de cette même correspondance utiles à ses intérêts⁸⁷² ». Autrement dit, l'état de nécessité est le fondement qui rend légitimes les possibles entraves au secret professionnel.

⁸⁶⁹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.550.

⁸⁷⁰ V° supra, §n°484 et s.

⁸⁷¹ CA. Douai, 26 oct. 1951, Gaz. Pal., 1951. 2. 425.

⁸⁷² Cass.crim., 29 mai 1989, n° 87-82.073, Bull.crim. n°218 ; Gaz. Pal., 1989. 2. 884, note A. Damien ; RSC 1990. chron. 76, obs. G. Levasseur.

731. A ce sujet, l'article 2.1 du RIN dispose *in fine* que « Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel⁸⁷³ ». La divulgation du secret professionnel au titre des droits de la défense semble donc être justifiée et affirmée.

732. S'agissant des avocats, les auteurs de l'ouvrage attaché aux règles de la profession d'avocat indiquent que « l'avocat peut se délier du secret professionnel pour les strictes exigences de sa propre défense [...], afin de répondre à des accusations dont il est l'objet de la part d'un ancien client, communiquer les pièces de la correspondance échangée avec cet ancien client, utile à la défense de ses intérêts⁸⁷⁴ ».

En conséquence, l'état de nécessité est une cause d'irresponsabilité pénale de sorte que l'infraction commise n'en sera plus une. Ainsi, pour reprendre l'article 2.1 du RIN, « l'avocat ne peut se délier de son secret professionnel que pour les strictes exigences de sa propre défense⁸⁷⁵ ».

Pour autant, la mise en place de cet état de nécessité implique le respect scrupuleux de l'article 122-7 du Code pénal de sorte que l'avocat ne pourra s'en prévaloir s'il ne justifie pas légalement sa mise en place.

733. Ainsi, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a-t-elle amené à préciser l'équilibre qui devait être présent entre la préservation du secret professionnel et l'efficacité des droits de la défense. Dans un arrêt en date du 16 décembre 1992, ladite Cour affirme que « l'ingérence doit se fonder sur un besoin social impérieux et notamment demeurer proportionnée à but légitime recherché⁸⁷⁶ ».

⁸⁷³ RIN, 2.1.

⁸⁷⁴ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.570

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ CEDH., 16 déc.1992, Niemitzc c/ Allemagne, n°13710/88, AJDA 1993. 105, chron. J.- F. Flauss; D. 1993. 386, obs. J.- F. Renucci ; RFDA 1993. 963, chron. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle et F. Sudre; RTDH 1993. 467.

Pour ainsi dire, le devoir de conscience dont est astreint l'avocat doit guider ce dernier en toute circonstance. En effet, il doit « privilégier le secret sur la dénonciation⁸⁷⁷ ». Cette primauté indirecte démontre l'importance du secret professionnel et l'encadrement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme démontre l'importance tenant à la préservation d'un équilibre.

734. La divulgation du secret professionnel est donc strictement encadrée de sorte que l'avocat qui fait l'objet d'une plainte pénale doit strictement se limiter dans sa plainte aux seuls faits précis lui portant préjudice à l'exclusion de tout autre⁸⁷⁸.

735. L'état de nécessité à l'aune de la protection du secret professionnel ainsi qu'à l'aune de la préservation des droits de la défense nécessite un respect scrupuleux des règles de droit en présence, et ce puisque la mise en œuvre de l'un de ces principes ne doit pas mettre de côté la préservation des autres mécanismes.

En conséquence, l'avocat est, comme tout justiciable, responsable pénalement. Ainsi, ce dernier devra répondre de ses fautes. Pour autant, ce professionnel bénéficie également – comme tout justiciable – des mécanismes fondamentaux du droit pénal, soit de l'état de nécessité aux fins d'assurer sa défense.

736. La mauvaise foi dans la mise en œuvre de l'état de nécessité. La mise en œuvre de l'état de nécessité nécessite la présence de plusieurs conditions notamment une condition attachée à la réaction.

A propos de cette réaction, cette dernière doit être nécessaire et proportionnelle. Comme le résume un auteur, « l'infraction nécessaire en réponse à la situation de nécessité doit être proportionnée par rapport à la gravité de la menace. Autrement dit, il ne faut pas aller au-delà de ce qui ne peut pas ne pas être⁸⁷⁹ ».

⁸⁷⁷ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.568.

⁸⁷⁸ CA. Lyon, 17 janv. 1981, *Gaz. Pal.*, 1981.2.491.

⁸⁷⁹ G. BEAUSSONIE, « L'infraction », *op.cit.*, V° État de nécessité.

A ce stade, la question qui se pose est celle de savoir s'il est possible d'établir un lien entre ladite proportionnalité et l'élément intentionnel qui est à l'origine de cette réaction.

737. Il convient de rappeler que, la mauvaise foi de l'avocat est perçue comme un comportement malveillant, volontaire, soit intentionnel. Ainsi, la question posée ci-dessus permettra de savoir s'il est possible d'établir une liaison entre la notion de mauvaise foi et l'état de nécessité. Un auteur, dans son étude relative aux évolutions touchant le droit pénal et notamment celle touchant l'état de nécessité indique que ces évolutions mettent « davantage l'accent sur l'intention de celui qui réagit [...] »⁸⁸⁰.

Aussi, la condition tenant à la proportionnalité qui s'attache aux moyens employés ainsi qu'à la gravité de la menace peut être analysée à l'aune d'un élément intentionnel subjectif.

738. Encore faut-il pouvoir rattacher cet élément intentionnel à une possible mauvaise foi, et ce en matière de divulgation du secret professionnel.

Il convient de rappeler que l'avocat n'a pas moins de droits que toute autre personne. Pour autant, « rien ne justifie qu'il ait plus de droits en se prévalant d'élément qu'il aurait obtenu sous le couvert de la confiance »⁸⁸¹.

En conséquence, la Haute cour précise que « la violation du secret professionnel doit s'avérer être rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense »⁸⁸².

Pour ainsi dire, la divulgation du secret professionnel doit être proportionnée aux intérêts en présence⁸⁸³.

⁸⁸⁰ J. PRADEL « *Le nouveau code pénal* », 2^e éd., Dalloz, coll., Dalloz service, 1995 cité in M. Danti-Juan, « *État de nécessité* », éd., Dalloz, Rép. pén., Rép. pr. pén., 2015.

⁸⁸¹ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.571.

⁸⁸² Cass.crim., 16 mai 2000, n°99-85.304, Bull.crim, n°192, D. 2002. Somm. 858, obs. B. Blanchard; JCP 2001. I. 284 n°11, obs. R. Martin.

⁸⁸³ Cass.civ. 1^{er} 5 juill.2017, n°16-22.183 ; D. 2017. 1479; Gaz. Pal., 25 juill. 2017, p. 27, obs. C. Berlaud.

739. S'agissant de l'élément intentionnel qui guide le comportement de l'avocat dans la mise en œuvre de sa défense, certaines illustrations peuvent indirectement démontrer le comportement abusif du professionnel. En effet, la transgression au secret professionnel doit être rendue strictement nécessaire.

En ce sens, un avocat en conflit avec un client ne saurait, sans violer le secret professionnel, déposer une plainte à l'encontre d'un ancien client des chefs de faux et usage, tentative d'escroquerie au jugement et complicité, la violation du secret professionnel n'étant pas, en l'espèce, rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense⁸⁸⁴.

Dans cette espèce, l'avocat était inévitablement animé par une intention malveillante. Cette affirmation s'explique amplement par le comportement de ce dernier.

740. En effet, les éléments divulgués n'étaient pas nécessaires et proportionnés à l'exercice des droits de la défense de sorte que ce dernier ne pourra arguer la mise en œuvre d'un état de nécessité pour légitimer son comportement.

Même si la notion de mauvaise foi n'est pas comprise dans le dispositif des juges, elle peut être facilement déduite du comportement de l'avocat. Dans l'affaire énoncée ci-dessus, l'avocat, en tant que professionnel du droit, sait pertinemment que ce dépôt de plainte ne pourra être rendu légitime par la mise en œuvre des droits de la défense.

Ainsi, la compétence avérée de ce dernier peut expliquer la présence de mauvaise foi chez l'avocat lorsque ce dernier agit avec une certaine conscience.

⁸⁸⁴ Cass.crim., 16 mai 2000, n°99-85.304, Bull.crim, n°192 ; D. 2002. Somm. 858, obs. B. Blanchard; JCP 2001. I. 284 n° 11, obs. R. Martin.

741. Les conséquences de la mauvaise foi sur l'irresponsabilité pénale. La question qui se pose est celle de savoir quel pourrait être le régime applicable à l'avocat qui aurait agi de mauvaise foi face à cet état de nécessité, ou plus simplement, en invoquant l'exercice des droits de la défense.

En effet, si les juges refusent d'admettre un état de nécessité au profit de l'avocat, il est fort probable que sa responsabilité pénale soit alors engagée.

L'état de nécessité débouche sur une impunité, soit sur une « irresponsabilité » de sorte que par déduction, si l'état de nécessité n'est pas retenu, la personne en cause sera automatiquement responsable de son action qui ne pourra être jugée impunie.

742. Ainsi, lorsque l'avocat, de mauvaise foi, tente d'invoquer à l'appui de ses prétentions, des éléments attachés au secret professionnel, ce dernier ne doit pas le faire dans le but de discréditer son ancien client. Si tel est le cas, c'est à ce moment-là que la notion de mauvaise foi pourra être observée, et par analogie, les moyens de défense du professionnel pourront s'avérer être inopérants et engageront la responsabilité dudit professionnel. La mauvaise foi a donc, indirectement, un réel impact sur l'irresponsabilité pénale.

743. En conséquence, l'état de nécessité est un mécanisme qui s'applique à l'avocat en vertu du principe attaché au droit de la défense dont bénéficie ce dernier, et ce au même titre que tout justiciable. Pour autant, la mise en œuvre de cet état de nécessité peut engendrer la transgression du secret professionnel. Cette transgression doit toutefois être scrupuleusement guidée par la nécessité d'assurer la mise en œuvre des droits de la défense de l'avocat. La mauvaise foi elle, jouera un rôle indirect dans la recherche de cette nécessité.

744. Définition générale. De façon générale, la liberté de parole ou liberté d'expression est un droit fondamental. En effet, ce droit a été consacré au niveau national ainsi qu'au niveau européen. Pour ainsi dire, « la liberté d'expression comprend celle d'exprimer, verbalement ou par écrit, des opinions discordantes ou minoritaires par rapport à celles défendues par l'institution qui les emploie⁸⁸⁵ ».

Cette définition générale s'applique également aux professions qui nécessitent un fort exercice en la matière. En ce sens, il est intéressant de comprendre son application à l'aune de la profession d'avocat.

745. Application professionnelle. La profession d'avocat nécessite le respect de différents principes. Au titre de ces principes figure la liberté d'expression. Comme l'affirme scrupuleusement un auteur « pour exercer son activité, l'avocat dispose, dans les activités judiciaires, d'une liberté hors du commun⁸⁸⁶ ». Ainsi, la liberté d'expression de l'avocat ferait partie intégrante de son rôle, de sa mission. S'agissant de cette activité judiciaire dont parle l'avocat Yves Avril, la remise en cause litigieuse de cette liberté d'expression apparaît, le plus souvent, lors des activités judiciaires de l'avocat.

Cette liberté d'expression place donc l'avocat dans une certaine droiture, ce dernier devant faire preuve de « savoir-être ». Ainsi, les avocats jouent un rôle majeur afin d'assurer la confiance du public dans l'action des tribunaux⁸⁸⁷.

746. La liberté d'expression de l'avocat est régie par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 qui dispose en son quatrième alinéa que « Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne

⁸⁸⁵ L. LEVI, « *Fonction publique de l'Union Européenne* », éd., Dalloz, RDE, 2011, V° Liberté d'expression.

⁸⁸⁶ Y. AVRIL, « *La responsabilité de l'avocat* », *op.cit.*, p. 38.

⁸⁸⁷ CEDH., 20 mai 1998, Schöpfer c/ Suisse, n°25405/94, rep. n°1998-III ; D. 1999. 272, obs. N. Fricero.

foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux⁸⁸⁸ ».

747. Autrement dit, les propos que peut tenir un avocat seront couverts par le principe fondamental qu'est la liberté d'expression. En effet, « l'avocat est un acteur central de la démocratie⁸⁸⁹ ». Cette image que la profession d'avocat renvoie s'explique par la nature même de celle-ci. Ainsi, l'incarnation de la défense dont dernier est astreint lui fait occuper une place centrale au sein de la démocratie dans la mesure où ce dernier s'exprime fréquemment de manière publique.

C'est en ce sens que l'avocat « doit s'exprimer dans un cadre précis qui, d'une part, garantit l'immunité du discours judiciaire et, d'autre part, doit l'amener à respecter les devoirs à sa charge⁸⁹⁰ ».

748. La profession d'avocat implique que ce dernier défende les intérêts d'une personne, et c'est ici que la liberté d'expression prend tout son sens, mais cette profession implique également que l'avocat conseille ou réalise des actes juridiques pour une personne. En d'autres termes, l'avocat est un auxiliaire de justice de sorte que ce dernier doit bénéficier d'une grande marge de manœuvre dans la réalisation de ses missions.

L'article 41 de loi précitée contient une immunité. Cette règle d'immunité est une règle qui s'applique à la matière judiciaire.

Plus précisément, « la règle de l'immunité judiciaire empêche d'engager des poursuites sur le fondement de la diffamation, de l'injure ou de l'outrage à raison des propos tenus et des écrits produits devant les juridictions, que ce soit par les avocats, parties, témoins ou experts⁸⁹¹ ».

⁸⁸⁸ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art.41.

⁸⁸⁹ J.-Y. DUPEUX et B.ADER, « La liberté d'expression de l'avocat », éd., Dalloz, Legipresse, 2021.

⁸⁹⁰ *Ibid.*

⁸⁹¹ Cass.crim., 8 juin 1999, n°96-82.519, Bull.crim, n°127, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p. 830.

749. La question qui se pose est celle de savoir qu'elle est la valeur, ou encore le but de cet article 41 susvisé ? L'aboutissement de cette règle peut être résumé de façon claire et concise, en ce sens un auteur indique que « l'immunité judiciaire veut assurer la fluidité de la défense et éviter qu'elle soit parasitée par un risque de poursuite⁸⁹² ».

En somme, l'immunité prévue par l'article 41 a pour but d'assurer l'exercice absolu de la profession d'avocat, la vérité judiciaire ainsi que la défense des intérêts d'autrui de sorte que « l'avocat ne doit pas craindre des actions en diffamation, injure et autres, dès lors qu'il s'exprime devant un juge, et sous son contrôle⁸⁹³ ».

La profession d'avocat est donc au cœur de l'analyse attachée à la liberté d'expression dans la mesure où il est l'un des acteurs principaux de la justice.

Ainsi, la liberté d'expression induit pour les avocats un mécanisme d'immunité judiciaire⁸⁹⁴ permettant à ce dernier d'organiser la défense des intérêts de son client dans les meilleures conditions.

750. La question posée ci-dessus appelle la mise en œuvre d'une précision primordiale pour les avocats. Notamment celle de comprendre quel est le champ d'action de cette immunité. En effet, l'article 41 prévoit une immunité certes, mais seulement une immunité pénale dans la mesure où ledit article prévoit une immunité pour les seules infractions de diffamation, d'injure ou d'outrage de sorte qu'il n'institue pas une immunité disciplinaire.

En effet, une jurisprudence constante indique que les dispositions de l'article 41 ne sont pas applicables en matière disciplinaire⁸⁹⁵, de sorte que l'immunité judiciaire ne s'applique qu'aux infractions pénales, notamment celles qui sont précitées.

⁸⁹² O. DESHAYES, « *Les immunités de la responsabilité civile* », éd. PUF, coll., CEPRISCA, 2009, p.114.

⁸⁹³ J.-Y. DUPEUX et H. ADER, « La liberté d'expression de l'avocat », op.cit., V° Les limites de l'immunité judiciaire.

⁸⁹⁴ V°supra, n°§283 : Sur l'immunité judiciaire.

⁸⁹⁵ Cass.civ. 1^{re} 16 déc. 2003, n°03613.353, Bull. civ. I, n°256; D. 2004. 977, note B. Beignier; D. 2826, obs. B. Blanchard; JCP 2004. I. 117, n°28, obs. R. Martin.

751. Ainsi, la Cour de cassation rappelle fréquemment que les propos tenus par l'avocat doivent impérativement respecter les principes d'honneur, de délicatesse et de modération. En effet, dans un arrêt en date du 14 octobre 2010, la Haute cour indique que les propos qui manquent à l'honneur ou à la délicatesse ne peuvent bénéficier de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et devront en conséquence être sanctionnés⁸⁹⁶.

Enfin, ladite Cour sanctionne également les propos tenus *ad hominem* comportant une animosité personnelle, pour ainsi dire, ceux qui ne traduisent pas une opinion ou une information susceptible d'alimenter une réflexion ou un débat d'intérêt général⁸⁹⁷.

752. Plus encore, la Cour européenne des droits de l'Homme considère, au même titre que la Cour de cassation que les propos violents tenus *ad hominem* et qui de fait portent une atteinte excessive à autrui ou au pouvoir judiciaire sans être soutenus par un objectif informatif ou par l'expression d'une idée ou réflexion générale, ne sont pas protégés par la liberté d'expression de l'avocat⁸⁹⁸.

753. En conséquence, la liberté d'expression dont bénéficie l'avocat lors de son passage à la barre n'est pas absolue, pour autant il existe une réelle immunité judiciaire, mais qui ne s'applique pas à la matière disciplinaire. Cette non-application à la matière disciplinaire démontre à quel point les principes qui guident la profession d'avocat, notamment ceux inscrit au sein de son serment, sont fondamentaux.

A ce titre, il est intéressant de lier la notion de conscience avec le principe de liberté d'expression.

⁸⁹⁶ Cass.civ. 1^{re} 14 oct. 2010, n°09-16.495, NP, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », 16^e éd., Dalloz action, 2018-2019, p.1159.

⁸⁹⁷ Cass.civ. 1^{re} 28 mars 2008, n°05-18.598, NP, JCP 2008. II. 10123, note J. Lefèbvre.

⁸⁹⁸ CEDH., 20 mai 1998, Schöpfer c/ Suisse, n°25405/94., req. n01998- III; D. 1999. 272, obs. N. Fricero.

754. La liberté d'expression et conscience. La profession d'avocat nécessite le respect d'une certaine conscience. A ce titre, la conscience peut être définie comme « la rigueur morale et professionnelle, la reconnaissance de l'importance de la cause ou des intérêts que l'on défend, la volonté de bien faire son travail⁸⁹⁹ ».

Pour ainsi dire, l'avocat doit « agir et parler selon sa propre conscience [...]»⁹⁰⁰. Cette conscience pourrait être perçue comme « la capacité à s'interroger et se remettre en question permanente, à se demander si les actes qu'il entend réaliser ou les paroles qu'il entend prononcer seront conformes à son état⁹⁰¹ ». En somme, les paroles de l'avocat doivent avoir un rapport direct et constant avec la notion de bonne foi.

En conséquence, la liberté d'expression entretient un lien étroit avec le devoir de conscience dans la mesure où c'est ce devoir qui doit guider les propos que pourrait tenir un avocat.

755. L'immunité judiciaire. Il convient de rappeler que « l'immunité, couvrant les discours et les écrits produits devant les tribunaux est destinée à garantir aussi bien la liberté de la défense que la sincérité des auditions [...]»⁹⁰². L'immunité judiciaire préserve la défense de l'avocat, comme le précise Maître Gisèle Halimi dans son rapport en date du 1982, « dans ce face à face démesuré d'un homme et d'une société, l'avocat se heurte à la peur, à l'émotivité populaire, aux juges et aux lois⁹⁰³ ». Ainsi, il semble logique que l'avocat puisse jouir d'une telle liberté.

Cette jouissance s'évalue à travers les décisions jurisprudentielles, en effet ces décisions sont des repères afin de prendre connaissance des situations dans lesquelles un avocat pourra être condamné, ou lorsque ces dernières admettent la mise en œuvre de cette immunité.

⁸⁹⁹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.444.

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² Cass.crim., 4 févr. 1980, n°77-92.290, Bull.crim, n°44, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.829.

⁹⁰³ JO, Ass. nat, séance 22 avril 1982, rapport. Mme Gisèle Halimi, rapporteur, p.1265.

756. A ce titre, il est possible d'affirmer qu'il existe un équilibre. Cet équilibre débute nécessairement par le comportement de l'avocat, en effet c'est avant tout à lui que revient le soin de ne pas se rendre coupable d'une ingérence, *in fine* ce sont les juges qui observeront si le comportement du professionnel nécessite l'application de ladite immunité. En conséquence, il arrive que les juges se fondent sur l'article 10 de la Convention des Droits de l'Homme pour diriger leur décision.

757. En ce sens, un avocat a pu bénéficier de l'immunité judiciaire lorsque ce dernier a, « au cours d'une plaidoirie en défense d'un prévenu accusé d'escroquerie, invoqué le nom du Ministre de la Justice en affirmant qu'il avait utilisé un faux diplôme pour devenir magistrat, les propos ainsi tenus ne dépassant pas les limites d'une défense légitime et ne pouvant être considérés comme étrangers à la cause défendue⁹⁰⁴ ».

Pour ainsi dire, les juges fondent leur décision sur ledit article 10 qui protège la liberté d'expression de l'avocat « exerçant les prérogatives de sa mission de défense dans le cadre d'un procès pénal⁹⁰⁵ ».

758. A ce stade une question se pose, notamment celle de savoir qu'elle est la signification « d'un fait étranger à la cause ».

Comme déjà évoquée, l'immunité judiciaire est une immunité pénale qui exclut par conséquent la matière disciplinaire. Mais encore, l'immunité judiciaire est soumise à des conditions strictes. Ces conditions concernent la juridiction, les infractions, et le lien qui doit exister avec le procès.

759. Le lien qui doit nécessairement exister avec le procès concerne plus généralement les propos tenus lors de l'audience. Par exemple, « l'immunité ne peut jouer que si les diffamations ne sont pas étrangères à la cause débattue⁹⁰⁶ ».

⁹⁰⁴ TGI. Saint Pierre, 3 oct. 2008, n°1312/08, D. 2009. 68, note Y. Avril ; JCP 2009. I. 120, n°13 obs. F. G'ssell.

⁹⁰⁵ *Ibid.*

⁹⁰⁶ Y. AVRIL, « La responsabilité de l'avocat », *op.cit.*, p.39.

En somme, la condition relative au lien de connexité sert à « assurer la plénitude des droits de la défense⁹⁰⁷ », les faits étrangers à la cause peuvent être qualifiés comme des faits inutiles à la cause pouvant ainsi causer un trouble.

760. Cette condition est une condition primordiale lorsqu'il s'agit d'envisager la mise en œuvre de l'immunité judiciaire. La procédure attachée aux faits étrangers à la cause permet de contrebalancer « la ruse » dont pourrait user l'avocat lorsque ce dernier serait tenté de tenir des propos démesurés.

L'analyse de la notion de mauvaise foi est donc opportune. En somme, si les propos tenus par l'avocat lors de sa plaidoirie s'avèrent être perçus comme des allégations gratuites⁹⁰⁸, outrageantes et sans liens avec la défense du client, la mauvaise foi de l'avocat ne fera aucun doute. Ce dernier étant en mesure de savoir jusqu'où se situent les limites de la défense qu'il instaure.

761. En effet et par déduction, des faits étrangers à la cause pourraient être perçus comme des faits outrageants dépassant les limites imposées à l'avocat, plus encore, ils pourraient être qualifiés de malveillants, soit de mauvaise foi⁹⁰⁹. L'importance tenant à la condition prévoyant lien de connexité réside dans le fait que c'est sur celle-ci que les juges vont, le plus souvent, s'appuyer.

A ce titre, un arrêt en date du 16 mars 2016 donne une interprétation quant à la manière dont l'immunité judiciaire pourra prospérer.

⁹⁰⁷ *Ibid.*

⁹⁰⁸ Cass.civ. 1^{re} 1 juill. 1972, n°71- 10.782, Bull. civ. I, n°181; Gaz. Pal. 1973. 1, 80, note J. Hamelin ; in DAMIEN, Les grands arrêts, 1991, p. 148.

⁹⁰⁹ V° supra, n°§284: Sur la qualification des faits étrangers à la cause.

762. Cet arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation fonde sa décision sur l'article 41 et indique « qu'il résulte de ce texte que les discours prononcés et les écrits produits devant les tribunaux ne peuvent donner lieu à aucune action en diffamation ; que si cette règle reçoit exception dans le cas où les faits prétendus diffamatoires sont étrangers à la cause, c'est à la condition, lorsqu'ils concernent l'une des parties, que l'action ait été réservée par le tribunal devant lequel les propos tenus ou les écrits produits⁹¹⁰ ».

En conclusion, « l'immunité étant destinée à garantir le libre exercice du droit d'agir ou de se défendre en justice, cesse en cas de propos diffamatoires étrangers à la cause⁹¹¹ ».

763. Quid des propos tenus hors audience. Comme indiqué précédemment, l'immunité judiciaire est un mécanisme reconnu par le droit français et qui s'applique à l'avocat, et ce au titre de la liberté d'expression. Ainsi, il advient nécessaire de s'intéresser à l'impact attaché aux propos que pourrait tenir un avocat en dehors de tout système judiciaire.

De manière générale, la Cour de cassation indique que les propos prononcés hors audience par un avocat ne sont pas couverts par l'immunité de l'article 41⁹¹². Ainsi, la pratique qui résulte de la théorie implique de distinguer entre les propos tenus par un avocat au sein du prétoire, et ceux tenus hors prétoire.

⁹¹⁰ Cass.civ. 1^{re} 25 févr. 2016, n°15-12.150, D. 2016. 546; Gaz. Pal., 24 mai 2016, p. 30, obs. F. Fourment.

⁹¹¹ S. LAVRIC, « *Immunités des débats judiciaires : action en diffamation pour les faits étrangers à la cause* », éd., Dalloz actualité, 2016.

⁹¹² CA. Montpellier, 20 juin 1985, Gaz. Pal., 1985. 2. 555, note A. Damien ; D. 1987. 105, obs. A. Brunois.

764. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a eu l'occasion de clarifier le champ d'application de cette immunité ? Cette dernière a, dans un arrêt en date du 15 décembre 2011 indiquée que si la protection de l'avocat est accrue [en matière de liberté de parole] ce n'est que dans la mesure où les paroles litigieuses sont prononcées en cours d'audience ou qui servent l'intérêt des clients⁹¹³. »
Alors, l'immunité judiciaire s'applique aux propos tenus lors de l'audience mais cette dernière vise également les écrits tel que « les mémoires, notes, conclusions, requêtes, etc.⁹¹⁴ ».

765. Pour autant, l'arrêt susvisé va plus loin. En principe et comme il a été indiqué ci-dessus, la liberté d'expression de l'avocat ne saurait s'étendre à des propos tenus hors du prétoire. Toutefois, la Cour Européenne des Droits de l'Homme admet que « la défense d'un client puisse parfois se poursuivre avec une apparition dans un journal télévisé ou une intervention dans la presse⁹¹⁵ ».

766. Cet argument développé par la Cour Européenne des Droits de l'homme s'explique par le besoin de préserver les intérêts des clients, en effet la Cour poursuit en indiquant qu'« un avocat ne saurait être tenu responsable de tout ce qui figurait dans l'interview publiée et il ne faut pas attribuer à l'avocat la responsabilité des agissements des organes de la presse⁹¹⁶ ».

En conséquence, les propos tenus par un avocat, hors prétoire, peuvent être couverts par l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans la mesure où l'affaire sera médiatisée.

Ainsi, la Cour Européenne des Droits de l'Homme admet un élargissement de la liberté d'expression des avocats dans les médias au cours d'une affaire médiatisée, mais toujours dans le but de sauvegarder les intérêts des clients.

⁹¹³ CEDH., 15 déc. 2011, *Morice c/ France*, n° 28198/09, JDA 2012. 143, chron. L. Burgogue-Larsen; D. 2012. 667, obs. S. Lavric, note L. François; D. 2013. 136, obs. T. Wickers; AJ pénal 2012. 337, note C. Porteron; RSC 2012. 260, obs. J.- P. Marguénaud.

⁹¹⁴ F. PAYEN, G. DUVEAU, « *Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris* », *op.cit.*, p.304.

⁹¹⁵ P. DOURNEAU-JOSETTE, « *Convention européenne des droits de l'homme : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale* », éd. Dalloz, Rép. pén., Rép. pr. pén., 2019, V° Propos tenus dans ou en dehors du prétoire.

⁹¹⁶ *Ibid.*

767. *A contrario*, il arrive que la liberté d'expression soit restreinte. En effet, dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 4 mai 2012, cette dernière a pu juger qu'un avocat avait manqué au principe essentiel de délicatesse en qualifiant un magistrat de « traître génétique⁹¹⁷ » dans un hebdomadaire. Ainsi, cette dernière rappelle que « Si l'avocat a le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement de tel ou tel magistrat, sa liberté d'expression, qui n'est pas absolue car sujette à des restrictions [...] ; ne s'étend pas à des propos violents qui exprimant une animosité dirigée personnellement contre le magistrat concerné [...]»⁹¹⁸.

Aussi, il existe un certain équilibre que l'avocat se doit de respecter.

768. Quant à la notion de mauvaise foi, cette dernière n'est pas si difficile à constater. Un avocat qui se comporte de la sorte sait naturellement qu'il dépasse les limites instituées par sa profession et sait inévitablement qu'il se rend coupable d'un débordement.

La notion de mauvaise foi est donc facilement perceptible et notamment lorsque les juges estiment que l'article 41 a pu ne pas être violé par l'avocat en cause.

769. **La mauvaise foi et l'article 41.** La notion de mauvaise foi pourra être observée par une l'étude négative de l'article 41. En effet, cet article pose le principe de la liberté d'expression, notamment celle de l'avocat, et il détermine aussi sa mise en œuvre, corroborée par des décisions de jurisprudence, il est aujourd'hui possible de comprendre comment la liberté d'expression est appréciée.

⁹¹⁷ Cass.civ, 1^{er} 4 mai 2012, n° 11-30.193, Bull. civ. I, n°96 ; D. actualité 23 mai 2012, obs. M. Khébir ; JCP 2012. Actu. 598, obs. G. Deharo ; JCP 2012. 759, note M. Attal ; Gaz. Pal., 24- 26 juin 2012, p. 21, obs. B. de Belval et J. Villacèque; D. 2012. 1275; D. 2013. 136, obs. Th. Wickers.

⁹¹⁸ *Ibid.*

770. Pour autant, la notion de mauvaise foi est une notion qui intéresse dans la mesure où elle peut être présente lorsque l’avocat dépasse les limites que lui impose sa profession, soit les limites prévues par les articles 41 de loi sur la liberté de la presse ainsi que par l’article 10 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme.

771. La liberté d’expression est une notion inhérente à la profession d’avocat, en effet et comme le rappelle la Cour Européenne des droits de l’Homme « les avocats ont pour mission première de défendre leurs clients et disposent de recours juridiques pour tenter de remédier à d’éventuels dysfonctionnements de la justice⁹¹⁹ ».

Ainsi la liberté de parole qui lui est accordée lui permet d’exercer sa mission et de défendre au mieux les intérêts de son client. Cependant, l’avocat ne doit pas oublier qu’il est soumis à des principes essentiels qui doivent être présents en toutes circonstances de sorte que même si un avocat « critique » le fonctionnement de la justice – ce qu’il est d’ailleurs autorisé à faire⁹²⁰ – il doit le faire en respectant les principes de délicatesse et de modération et de surcroît les principes attachés à la notion de bonne foi.

772. A ce titre, la Cour de cassation a pu préciser que « lorsqu’il ne bénéficie pas de l’immunité prévue par l’article 41 de la loi du 29 juillet 1881, l’avocat qui s’exprime au nom d’un client et dans son intérêt n’est pas dispensé de la prudence et de la circonspection nécessaire à l’admission de la bonne foi, en matière de diffamation⁹²¹ ».

Quoi qu’il en advienne, l’avocat n’est jamais dispensé de son obligation de prudence et doit toujours agir selon les principes rattachés à la notion de bonne foi.

⁹¹⁹ CEDH., 15 déc. 2011, *Morice c/ France*, n° 28198/09, JDA 2012. 143, chron. L. Burgorgue- Larsen; D. 2012. 667, obs. S. Lavric, note L. François; D. 2013. 136, obs. T. Wickers; AJ pénal 2012. 337, note C. Porteron; RSC 2012. 260, obs. J.- P. Marguénaud

⁹²⁰ CEDH., 28 juin 2016, *Radobuljac c/ Croatie*, n° 51000/11 ; JCP 2016, 1086, n°16, obs. F. G’sell.

⁹²¹ Cass.crim., 29 nov. 1994, n°93-83.452, Bull.crim. n°383, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d’avocat* », 16^e éd., Dalloz action, 2018-2019, p.838.

773. En conséquence, l’avocat ne doit pas être animé par une intention malveillante qui pourrait être catégorisée comme de la mauvaise foi. Mais, plusieurs décisions démontrent que cette notion de mauvaise foi peut être présente lorsque ce dernier use de ses prérogatives en matière de liberté d’expression. Les juges évaluent donc le comportement de l’avocat afin de constater un possible débordement qualifié par une ingérence.

774. C’est ainsi qu’un avocat a pu être condamné pour avoir « accusé un magistrat d’avoir menti et d’avoir écrit un rapport contenant des fausses informatiques⁹²², qui pose la question de la compétence professionnelle du juge⁹²³, qui accuse des magistrats d’être des tortionnaires en robe⁹²⁴, qui écrit à ses juges qu’ils sont des clowns irresponsables et un crétin, un fou et une personne limitée⁹²⁵qui dit d’un procureur que son ordonnance de mise en accusation avait été rédigée en état d’ébriété⁹²⁶ ou qui qualifie de « ridicule » l’opinion d’un magistrat⁹²⁷ ».

775. Les décisions ci-dessus référencées analysent un comportement dépassant les limites imposées par la profession de sorte que la question qui se pose est celle de savoir s’il est possible de qualifier un comportement insultant comme étant un comportement empreint de mauvaise foi.

C’est à travers ce questionnement que la notion de mauvaise foi prend tout son sens.

⁹²² CEDH., 12 janv. 2016, Rodriguez Ravelo c/ Espagne, n°48074/ 10, N. Fricero ; Procédures n°3, mars 2016, comm. 97.

⁹²³ CEDH., 27 janv. 2015, Kincses c/ Hongrie, n°66232/ 10, D. actualité, 28 janv. 2015, art. A. Portmann.

⁹²⁴ CEDH., 30 mars 2006, Saday c/ Turquie, n°32458/ 96, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d’avocat* », *op.cit.*, p.836.

⁹²⁵ CEDH., 27 mai 2003, Skalka c/ Pologne, n° 43425/ 98, cité A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d’avocat* », *op.cit.* , p.837.

⁹²⁶ Comm., EDH, 14 janv. 1998, Mahler c/ Allemagne, n° 29045/ 95, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d’avocat* », *op.cit.*, p.837.

⁹²⁷ Comm., EDH, 30 juin 1997, W. R. c/ Autriche, n° 26602/ 95, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d’avocat* », *op.cit.*, p.837.

776. Il est nécessaire de rappeler que la notion de mauvaise foi est une notion protéiforme qui est facile à manipuler. Cette facilité réside dans le fait que c'est une notion qui n'est pas clairement définie⁹²⁸ et qui du coup, peut s'avérer être modulable.

La notion de mauvaise foi peut être donc être illustrée à travers des décisions rendues par la Cour de cassation ou encore par la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Ainsi, cette notion serait présente lorsque l'avocat dépasse l'équilibre dont il est soumis, ce raisonnement ne peut être qualifié d'automatique mais pour la plupart des illustrations, la notion de mauvaise foi s'avère être une notion bien présente.

777. S'il est possible de rattacher la notion de mauvaise foi avec le comportement insultant de l'avocat, c'est l'intention malveillante qui est le fil conducteur de cette liaison.

En somme, l'avocat qui se rend coupable d'une ingérence sanctionnable dépasse le cadre de son activité soit de sa mission et outrepassa la défense des intérêts de son client.

778. En conséquence, la notion de mauvaise foi est perçue lorsque l'avocat – sans être qualifié d'égoïste – dépasse les limites que lui impose sa fonction, peut être lorsqu'il prend « trop à cœur » les intérêts en présence, ou lorsqu'il estime que les juges dépassent eux aussi leurs limites, ou enfin lorsque ce dernier tente de se défendre, en résumé ces insultes pourraient résulter d'un comportement impulsif.

En résumé, la mauvaise étant le plus souvent qualifiée comme une notion négative résultant d'un comportement nécessairement malveillant cette notion peut être envisagée sous l'angle de l'ingérence dans la liberté d'expression de l'avocat.

⁹²⁸ V°supra, §n°360 : La notion de mauvaise foi est une notion rarement employée par les juges.

CONCLUSION DE CHAPITRE

779. De manière générale, l'étude du droit pénal et notamment de la responsabilité pénale revient à affirmer que la notion de mauvaise foi est une notion perçue à travers l'élément moral, *a fortiori* l'avocat est donc responsable sur le plan pénal, et ce comme tout justiciable.

En effet, l'élément moral s'attache au comportement du coupable soit à son attitude lors de la commission des faits de sorte que la mauvaise foi peut être facilement déduite. Cela étant dit, cette notion reste floue dans la mesure où elle n'est qu'indirectement retenue.

La profession d'avocat implique une étude minutieuse de sa responsabilité pénale et appelle ainsi à s'intéresser à l'infraction d'abus de faiblesse. En effet, l'avocat de par sa qualité, peut être amené à abuser de la confiance que lui accorde son client.

780. La notion de mauvaise foi prend donc une place aux côtés de certaines infractions intentionnelles. Cet abus de confiance pourra se manifester par le comportement abusif de l'avocat lorsque ce dernier manie les fonds. En conséquence, il ne saurait y avoir d'abus de confiance sans une intention coupable caractérisée par une certaine mauvaise foi de l'avocat.

Mais encore, la profession d'avocat implique également de s'intéresser aux possibles immunités, soit irresponsabilités pénales dont ce dernier pourrait faire l'objet. A ce titre, deux notions sont à invoquer, celle tenant à l'état de nécessité ainsi que celle attachée à la liberté de parole.

781. S'agissant de l'état de nécessité, l'avocat pourra être en droit de l'invoquer. Mais à quel titre ? Au titre de la violation du secret professionnel. En effet, le droit à la défense lui donne le droit – en respectant bien évidemment certaines limites – de divulguer des informations concernant son client et notamment afin de répondre à des accusations.

782. S'agissant de la liberté de parole, l'avocat bénéficie d'une grande marge de manœuvre quant à sa liberté d'expression, en effet une immunité judiciaire est prévue par les textes nationaux et européens permettant à ce dernier de s'exprimer quoique librement à la barre. Cette immunité permet alors au professionnel d'organiser au mieux la défense des intérêts de son client et permet également d'assurer la sincérité des auditions.

783. La notion de mauvaise foi n'est pas indifférente aux deux notions susvisées. En effet, les compétences du professionnel quant à la mise en œuvre de sa défense si tel est le cas ne pourront justifier une divulgation illégitime, qui pourra toutefois être intentionnelle et donc résulter d'un comportement marqué par une certaine mauvaise foi. Pour ce qui est de la liberté de parole, le raisonnement est quelque peu identique.

La notion de mauvaise en matière de liberté d'expression s'apparente à une ingérence résultant d'un comportement impulsif ou malicieux attaché à cette notion même de mauvaise foi, pour le dire simplement : dans le but de parler sans limites et sans peur d'offenser les personnes en présence.

CONCLUSION TITRE 1

784. La sanction attachée à la mauvaise foi de l'avocat est une étude qui nécessite de confronter cette notion avec les mécanismes du droit disciplinaire ainsi que ceux relevant du droit pénal.

Le droit disciplinaire de l'avocat lui impose un respect scrupuleux des termes de son serment. En d'autres termes, la profession d'avocat est soumise à une éthique forte s'expliquant par la nature même de ladite profession et notamment à travers le respect des principes essentiels qui s'imposent à l'avocat.

Cette relation si particulière entretenue avec la morale s'explique également par le respect des mécanismes prévus par le droit civil, notamment par la place des bonnes mœurs, ainsi que celle attachée à l'ordre public au sein de cette profession. Ce droit disciplinaire couplé par une dimension morale s'explique par la sagesse ainsi que par la confiance que doit projeter cette profession.

785. La place de la mauvaise foi en matière de droit disciplinaire est une notion qui peut être qualifiée de timide. Cette timidité persiste lors de la mise en œuvre de la responsabilité disciplinaire de ce dernier de sorte qu'il serait possible d'affirmer que seule une influence pourrait faire apparaître la notion au sein de la décision des juges, et ce lors d'une analyse subjective.

786. En matière de procédure et de sanction disciplinaire, la notion de mauvaise foi –sans la confondre de manière automatique avec la stratégie – n'est pas érigée en condition de sorte qu'en matière disciplinaire l'intention frauduleuse n'est pas nécessairement requise pour sanctionner les actes litigieux d'un avocat, la notion est donc, encore une fois, quasiment absente au sein du droit disciplinaire. En conséquence, la notion de mauvaise foi est une notion délicate en matière de droit disciplinaire.

787. Pour autant, le droit pénal et ses mécanismes rehaussent la notion de mauvaise foi. En effet, les éléments constitutifs de l'infraction, notamment l'élément moral fait référence à un comportement de sorte qu'il est possible d'affirmer que cet élément moral s'attache à un élément intentionnel.

En conséquence, cet élément moral permet d'affirmer que la notion de mauvaise foi est une notion apparente en droit pénal, et ce puisqu'elle se rattache tout comme l'élément intentionnel à une intention malveillante. Par exemple, en matière d'abus de confiance, l'élément moral de cette infraction aide à définir la notion de mauvaise foi dans la mesure où la réalisation de cette infraction nécessite une connaissance parfaite du trouble que la personne causera.

788. Enfin, le droit pénal permet, dans certains cas, à l'avocat d'être irresponsable. Cette irresponsabilité induit notamment l'état de nécessité ainsi que la liberté d'expression. Pour autant, cette irresponsabilité n'est pas absolue dans la mesure où le comportement de l'avocat pourra jouer un rôle dans la mise en œuvre de cette irresponsabilité et c'est en ce sens que la notion de mauvaise foi pourra être amenée à jouer un rôle majeur.

TITRE 2 – Le rôle de la mauvaise foi dans la mise en œuvre de la responsabilité civile

789. De manière générale il est nécessaire de préciser que « l’avocat est personnellement responsable des négligences et des fautes qu’il commet dans l’exercice de ses fonctions envers des clients ou des tiers⁹²⁹ ».

L’étude de la responsabilité de l’avocat nécessite la réalisation d’une analyse en deux temps, et ce de façon à comprendre comment l’avocat pourra engager sa responsabilité civile professionnelle. Ainsi, il advient nécessaire d’évaluer scrupuleusement la double nature qu’implique la responsabilité civile afin de pouvoir, par la suite, confronter cette dernière à l’aune de la notion de mauvaise foi (Chapitre 1), pour ensuite analyser les conditions de cette responsabilité civile et s’apercevoir que sa mise en œuvre est étroitement liée avec ladite notion (Chapitre 2).

Plan.

- **Chapitre 1. La mauvaise foi face à la double nature juridique de la responsabilité civile de l’avocat.**
- **Chapitre 2. La mauvaise foi face aux conditions strictes de la responsabilité civile de l’avocat.**

⁹²⁹ Fiches d’orientation, « *Avocats : responsabilité civile professionnelle* », éd., Dalloz, 2020.

CHAPITRE 1 : La mauvaise foi face à la double nature juridique de la responsabilité civile de l'avocat

790. L'étude générale de la responsabilité civile nécessite la réalisation préalable d'un clivage entre deux notions et cela s'applique également à la profession d'avocat. Ainsi comme l'indique un avocat, « l'étude de la responsabilité civile conduite généralement à établir une distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle⁹³⁰ ». Ce dernier poursuit en énonçant de manière factuelle qu'« une définition sommaire indique que la première résulte de l'inexécution d'un contrat, alors que la seconde sanctionne les obligations qui ne résultent pas d'un contrat⁹³¹ ».

791. Ainsi, l'intérêt de cette précision revient à étudier dans un premier temps l'influence que pourrait avoir la notion de mauvaise foi sur la nature contractuelle quant à la mise en œuvre de la responsabilité de l'avocat (Section 1) pour, dans un second temps, analyser la notion de la mauvaise foi à l'aune de la responsabilité délictuelle de l'avocat (Section 2).

SECTION 1. L'influence de la mauvaise foi sur la nature contractuelle quant à la mise en œuvre de la responsabilité civile

792. La nature contractuelle attachée à la responsabilité civile implique de déterminer le fondement de celle-ci (§1), pour ensuite étudier l'influence que pourrait avoir la notion de mauvaise foi sur la relation contractuelle qu'entretient l'avocat avec son client, et ce afin d'en mesurer son impact (§2).

⁹³⁰ Y. AVRIL, « *La responsabilité de l'avocat* », *op.cit.*, p. 23.

⁹³¹ *Ibid.*

793. Approche historique. A l'origine et notamment au cours du XIX^e siècle, l'avocat était une personne qualifiée d'irresponsable. Pour ainsi dire, c'est l'avoué qui supportait les conséquences d'une possible faute. L'avoué étant le plaideur, c'est lui qui était responsable, il s'agissait donc d'un transfert. De plus, l'administration de la preuve d'une possible faute de l'avocat par le client semble être, impossible, et ce notamment par la nature même de la profession. Pour autant, l'avocat pouvait, parallèlement, voir sa responsabilité engagée dans des conditions bien particulières. Ces conditions particulières touchaient notamment la substance même de la faute.

794. Comme l'indique de manière concise un auteur, « Ecarté des fonctions de représentation, l'avocat ne pouvait théoriquement engager sa responsabilité que dans les activités de conseil ou de défense⁹³² ». En d'autres termes, l'avocat n'engageait sa responsabilité qu'en cas de faute lourde, soit très peu souvent.

A ce jour, l'avocat est désormais une personne pleinement responsable. L'apparition de cette responsabilité résulte d'une édification prétorienne ainsi que de la mise en place, notamment par une Ordonnance en datant du XVII^e⁹³³, d'un régime de responsabilité civile concernant les avocats aux Conseils d'État. Ainsi ces mouvements ont conduit le législateur à déclarer l'avocat responsable sur le plan civil.

795. La place de la déontologie dans la reconnaissance d'une responsabilité civile. Ce retournement de responsabilité ou plus précisément cette admission a été nécessairement influencé un élément primordial en matière de profession juridique, soit par la prédominance des règles déontologiques.

⁹³² Y. AVRIL, « La responsabilité de l'avocat », *op.cit.*, p. 27.

⁹³³ Ord. du 19 septembre 1817 qui réunit, sous la dénomination d'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, l'ordre des avocats aux conseils et le collège des avocats à la Cour de cassation, fixe irrévocablement, le nombre de titulaires, et contient des dispositions pour la discipline intérieure de l'Ordre.

796. La déontologie peut être perçue comme « la science traitant des devoirs que crée, pour un individu, l'existence d'une certaine profession⁹³⁴ ». Pour ainsi dire, la déontologie représente l'étude primitive attachée aux obligations des avocats de sorte que c'est sur cette base que se sont construites les obligations actuelles. La déontologie a donc exercé une influence accrue sur la reconnaissance d'une responsabilité pouvant être imputée à l'avocat.

Pour résumé, l'effet que la déontologie peut avoir sur les obligations des avocats inclut nécessairement une possible responsabilité.

797. A ce stade, la question qui se pose est celle de savoir comment la déontologie pourrait servir de socle à l'engagement de la responsabilité civile. Ce questionnement amène à s'intéresser à différentes notions. En effet, c'est au travers de certaines notions qu'il est possible d'étudier l'influence que pourrait avoir la déontologie sur la mise en œuvre d'une possible responsabilité civile pouvant être imputée au professionnel.

798. En matière de compétence, le décret du 12 juillet 2005 qui par essence est étroitement lié à la déontologie, prévoit les obligations qui s'appliquent à l'avocat. En effet, l'article 1.3 *in fine* dispose que l'avocat « fait preuve à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence⁹³⁵ ». Aussi, sans tirer de conclusions hâtives, un auteur a pu affirmer que « cette obligation (*de compétence*), lorsque l'avocat y manque est source de responsabilité civile⁹³⁶ ».

Ce raisonnement sera confirmé par un arrêt en date du 14 mai 2009 qui a effectivement retenu la responsabilité civile de l'avocat pour manquement à son obligation de compétence⁹³⁷.

⁹³⁴ J.-P. BUFFELAN, « *Etude de la déontologie comparée dans les professions organisées en ordre* », JCP G, 1962, Doctr. 1965.

⁹³⁵ RIN, art. 1.3.

⁹³⁶ Y. AVRIL, « *La responsabilité de l'avocat* », *op.cit.*, p.44.

⁹³⁷ Cass.civ. 1re 14 mai 2009, n°08-15.899, Bull.civ. I, n°92, Bull. civ. I, n°92; JCP 2009. 94, note H. Slim, D. 2009. 1479; D. 2010. Pan., 49, obs. Ph. Brun; D. 2010. 183, note K. de la Asuncion Planes; JCP 2009. 94, note H. Slim; Gaz. Pal., 2009. 3035, obs. Y. Avril; LPA 10 août 2009, p. 10 note J.- F. Barbièri; RDC

799. En conséquence, les obligations qui découlent de l'article susvisé sont des obligations qui peuvent apparaître comme « des obligations civiles fondues dans le creuset déontologique [...] être incompetent engagent souvent la responsabilité civile ⁹³⁸ ».

Mais encore, s'agissant de la règle prévoyant l'exception d'inexécution, qui a pour origine une essence purement civile, celle-ci peut s'appliquer aux règles guidant la profession d'avocat. En ce sens, l'article 11 *in fine* du décret du 12 juillet 2005 dispose qu'« A défaut de paiement de la provision demandée, l'avocat peut renoncer à s'occuper de l'affaire ou s'en retirer dans les conditions prévues à l'article 13. Il fournit à son client toute information nécessaire à cet effet⁹³⁹ ». Autrement dit, la déontologie occupe une place prépondérante dans la mise en œuvre de la responsabilité civile.

800. Alors et afin d'établir un lien entre la notion attachée à la déontologie et celle attachée au droit des obligations, une précision est à prévoir. En effet, le décret du 12 juillet 2005 applicable aux avocats prévoit des obligations déontologiques, pour ainsi dire, l'article 11 qui est largement assimilable à l'exception d'inexécution prévue par le Code civil est une règle déontologique de sorte qu'il « faut prendre en considération la prévalence de la déontologie dans la responsabilité civile de l'avocat et notamment dans son fondement⁹⁴⁰ ».

En conséquence, la responsabilité civile de l'avocat est fortement marquée par les règles éthiques que la profession préconise.

801. Enfin, un arrêt de la Cour de cassation semble établir un lien entre la déontologie et les règles prévues par droit civil.

2009. 1373, obs. S. Carval; RTD civ. 2009. 493, obs. P. Deumier; RTD civ. 2009. 725, obs. P. Jourdain ; RTD civ. 2009. 744, obs. P.- Y. Gautier ; RCA 2009, n°219, note S. Hocquet- Berg; JCP 2009. 270. 14, obs. G. Pillet ; Procédures 2009, n° 263, note R. Perrot – Y. Dagorne- Labbé, « L'obligation de compétence de l'avocat », LPA 28 août 2009, p. 11.

⁹³⁸ Y. AVRIL, « *Le fondement de la responsabilité civile de l'avocat* », éd., Dalloz, D.2009. 995.

⁹³⁹ Décr. n°2005-790, 12 du juillet 2005, *préc.*, art.11.

⁹⁴⁰ Y. AVRIL, « *Le fondement de la responsabilité civile de l'avocat* », *op.cit.*

Ainsi, il a pu être jugé que « l'auxiliaire de justice, s'il doit s'acquitter de son obligation d'information de façon complète et objective a, en déontologie, pour devoir de déconseiller l'exercice d'une voie de droit vouée à l'échec ou à plus forte raison abusive⁹⁴¹ ».

802. Cette décision démontre à quel point la déontologie peut dépasser les règles prévues par le Code civil, cette affirmation semble aller de pair avec les idées de Maître Yves Avril lorsque ce dernier indique que « la mission, le ministère, sont des mots au parfum archaïque, mais ils figurent dans le droit positif. Ils donnent à la responsabilité civile un contenu moral que le droit des obligations intègre aujourd'hui de façon expresse et récurrente⁹⁴² »

803. C'est en ce sens que la déontologie peut apparaître comme étant l'un des fondements de la responsabilité civile des avocats. *A fortiori*, l'arrêt susvisé démontre à quel point la déontologie du professionnel est fondamentale. En somme, la responsabilité civile de l'avocat se mesure « au respect de la déontologie qui interdit à l'avocat d'informer et de conseiller des recours abusifs⁹⁴³ ».

En conséquence, la responsabilité de l'avocat semble être perçue comme une responsabilité étroite dans la mesure où celle-ci sera « [...] engagée par sa faute, même légère⁹⁴⁴ ».

La responsabilité des avocats a été prévue par la loi de 1971. Cette loi inclut désormais la possibilité d'engager la responsabilité du professionnel, en effet l'article 17, 1° et 4° laisse sous-entendre que « les avocats sont responsables des négligences et des fautes commises dans l'exercice de leur fonctions⁹⁴⁵ ».

⁹⁴¹ Cass.civ, 1^{re} 23 nov. 2004, n° 03- 15.090, Bull. civ. I, n°281; D. 2005. 2857, note J. Moret- Bailly; D. 2006. 266; Gaz. Pal., 2004. Somm. 3911; 2005. Somm. 548; JCP 2005. II. 10058, note M. Lamarche; RLDC 2005, n°684, note J. Julien. 7. 8.

⁹⁴² Y. AVRIL, « *Le fondement de la responsabilité civile de l'avocat* », *op.cit.*

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1816.

⁹⁴⁵ *Ibid.*

804. Quid de la nature de la responsabilité civile. Les développements ci-dessous amènent à réfléchir sur la qualification de cette responsabilité. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir qu'elle est la nature juridique de la responsabilité de l'avocat. De prime abord, il est nécessaire de se référer aux mécanismes prévus par le droit commun.

Si la finalité est de dire que « [...] la responsabilité est contractuelle à l'égard du client et délictuelle à l'égard des tiers⁹⁴⁶ » cette argumentation nécessite une approche plus délicate.

805. S'agissant de la relation qu'entretient l'avocat avec son client, la nature de la responsabilité a toujours été un sujet assez complexe et notamment au sein de cette profession. Cette complexité est due par les multiples et diverses interprétations résultant aussi bien des décisions jurisprudentielles que des réflexions doctrinales.

De plus, la détermination attachée à la nature de la responsabilité induit nécessairement un questionnement quant à la dénomination d'un possible contrat.

806. Alors, comme l'affirment certains auteurs, la responsabilité de l'avocat peut être déduite de l'article 17 de la loi de 1971. Toutefois, d'autres fondements peuvent être pris en compte. En effet, certains auteurs indiquent que « l'avocat peut voir également sa responsabilité engagée comme mandataire, et, dans ce cas, sa responsabilité s'apprécie au regard des dispositions de l'article 1984 du code civil, soit qu'il agisse en vertu d'un mandat spécial, soit qu'il bénéficie d'un mandat tacite qui lui est reconnu par la loi dans l'exercice de son activité judiciaire⁹⁴⁷ ». Dans ce cas, ce sont les règles de la responsabilité civile qui seront applicables.

807. Si ces affirmations semblent être tirées d'une certaine logique, cela n'a pas toujours été le cas. En effet, la dénomination du contrat semble prendre une place fondamentale dans la mesure où cela pourrait apparaître comme étant un socle primitif à l'engagement de la responsabilité de l'avocat.

⁹⁴⁶ Y. AVRIL, « *La responsabilité de l'avocat* », *op.cit.*, p.22.

⁹⁴⁷ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1816.

Cependant, dès 1974, la Cour de cassation sème le trouble puisque cette dernière fonde la responsabilité civile de l'avocat envers son client sur le fondement de l'article 1382⁹⁴⁸ ancien du Code civil qui prévoit la responsabilité délictuelle.

808. Pour autant, malgré les diverses décisions quant à la nature de la responsabilité civile de l'avocat, une jurisprudence vient éclaircir les nombreuses positions. Un arrêt en date du 21 mars 2006⁹⁴⁹ fonde la nature de la responsabilité civile de l'avocat de sorte que « dans les rapports avec le client, la nature contractuelle ne fait plus de doute [...] »⁹⁵⁰, ainsi dans les relations qu'entretient l'avocat et son client, la responsabilité applicable sera contractuelle. Cette position est désormais confirmée par de nombreuses décisions⁹⁵¹.

Toutefois, la nature contractuelle de la responsabilité civile nécessite de s'intéresser à la nature du contrat liant les parties.

809. A ce titre, la doctrine met en lumière la possibilité d'un contrat de conseil professionnel⁹⁵². En effet, « le mécanisme de la représentation implique que le client donne telle ou telle mission à son avocat. Or, si le client est profane, il est clair qu'il ne peut assortir la mission de l'avocat d'une quelconque obligation pour la seule raison qu'il ignore l'existence de cette obligation et son utilité⁹⁵³ ».

Le mécanisme de la représentation permet donc de clarifier une première approche. Force est de constater que la nature de la responsabilité civile débouche naturellement sur la dénomination d'un contrat.

⁹⁴⁸ Cass.civ. 1^{re} 13 févr.1974, n°72-14.322, Bull.civ. I, n°53 ; Gaz. Pal., 194, Somm. 123.

⁹⁴⁹ Cass.civ 1^{re}, 13 févr. 1974, n°72-14.322, P I, n°53 ; Gaz. Pal., 1974, Jur., p. 123.

⁹⁵⁰ M.-L. DEMEESTER, « Chapitre 1 : responsabilité civile », in « *Avocat – responsabilité* », *op.cit.*, V° Responsabilité contractuelle.

⁹⁵¹ Cass.civ. 1^{re} 12 mars 2002, n°00-11.774, NP, RTD com. 2002. 649, obs. B. Saintourens ; JCP J 2002. 1335, note F. Pasqualini.

⁹⁵² R. SAVATIER, « *Les contrats de conseil en droit privé* », éd., Dalloz, 1972, chron. 137.

⁹⁵³ Y. AVRIL, « *La responsabilité de l'avocat* », *op.cit.*, p.31.

810. Le contrat de mandat a également fait l'objet d'une étude. Alors, il est loisible d'affirmer que l'avocat est le mandataire de son client de sorte que les dispositions des articles du Code de procédure civile ainsi que celles résultantes du contrat de mandat peuvent lui être applicables.

La jurisprudence a pu confirmer cela à des multiples reprises et notamment dans un arrêt en date du 12 mai 1993, la Haute cour fonde ainsi la responsabilité de l'avocat sur le contrat de mandat⁹⁵⁴.

Cette qualification peut provenir des activités mêmes de l'avocat, et ce puisque « l'avocat est le mandataire naturel de son client⁹⁵⁵ ».

A côté de cela, le contrat d'entreprise intéresse. En effet, selon les missions confiées à l'avocat la dénomination du contrat changera. Par exemple, pour les activités de consultations, soit « dans les situations où il n'est pas expressément mandaté par son client⁹⁵⁶ ».

811. Comme le résume une partie de la doctrine, « chacun des deux modèles doit être adapté en fonction d'objets variables – défense, représentation, conseil, rédaction d'actes, etc. – et s'alourdit d'obligations variées puisées dans les devoirs déontologiques [...]»⁹⁵⁷.

Ainsi, la nature contractuelle ne fait aucun doute, pour autant la dénomination du contrat varie en fonction de l'activité exercée.

Plus encore, la responsabilité de l'avocat peut également être recherchée sur le fondement délictuel. Ainsi, certains auteurs indiquent à ce sujet que ce fondement délictuel se justifierait par « des fautes qu'il aurait commises et qui auraient causé un préjudice à des tiers ou sur le fondement de la responsabilité des personnes dont il doit répondre ou des choses dont il a la garde⁹⁵⁸ ».

⁹⁵⁴ Cass.civ. 1^{re} 12 mai 1993, n°91-17.600, P I, n°162 ; D. 1993. Jur. 411, note Y. Chartier ; JCP G 1993. n°41. p. 385, note R. Martin.

⁹⁵⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », op.cit., p.1816.

⁹⁵⁶ Y. AVRIL, « La responsabilité de l'avocat », op.cit., p.23.

⁹⁵⁷ M.-L. DEMEESTER, « Chapitre 1 : responsabilité civile », in « Avocat : responsabilité », op.cit., V° Nature du contrat.

⁹⁵⁸ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », op.cit., p.1816.

A ce titre, la Cour de cassation a déjà eu à se prononcer sur le sujet et cette dernière a pu préciser que « à l'égard des tiers, la responsabilité est délictuelle⁹⁵⁹ ».

812. Une partie de la doctrine indique de manière concise qu'« en tant que rédacteur d'un acte, son manquement au devoir de conseil engage sa responsabilité envers toutes les parties en présence, mêmes celles qui ne sont pas ses clientes. Cette responsabilité délictuelle sera tout aussi bien pour faute personnelle que pour faute d'autrui, voire en tant que gardien d'une chose ayant causé le dommage⁹⁶⁰ ».

813. Ce rappel – quelque peu théorique – est nécessaire afin de comprendre comment et sur quel fondement un avocat peut être tenu responsable sur le plan civil. En somme, la reconnaissance d'une responsabilité civile imputable aux avocats résulte d'une vaste réflexion doctrinale et jurisprudentielle de sorte qu'il a été nécessaire d'éclaircir certains points.

§2 - L'étude de la mauvaise foi de l'avocat sur la relation contractuelle avec son client

814. Dispositions générales. Les relations qu'entretient l'avocat avec son client sont des relations basées sur une certaine confiance. Mais encore, « l'avocat a l'obligation de toujours défendre au mieux les intérêts de son client, même par rapport à ses propres intérêts ou à ceux de ses confrères⁹⁶¹ ».

Pour ainsi dire, le client tient une place – sans dire primordiale – importante au sein de l'étude de la responsabilité civile contractuelle de l'avocat.

⁹⁵⁹ Cass.civ. 1^{re} 6 oct.1993, n°91-16.658, Bull.civ. I, n°274 ; D. 1995. Somm. 108, obs. N. Fricero : à l'égard du créancier de son client.

⁹⁶⁰ Ph. LE TOURNEAU, « Chapitre 3325 : L'avocat » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », *op.cit.*, p. 1836.

⁹⁶¹ RIN., art 21.2.7.

815. En effet, cette place centrale s'explique par l'activité même de l'avocat, ce dernier étant le défenseur des droits d'autrui, il semble évident d'affirmer que les rapports qu'il entretient avec son client soient mis en avant. Ainsi, la relation contractuelle en présence implique des obligations réciproques. Pour l'avocat, ce dernier devra « lorsque la charge d'une défense a été acceptée, elle doit être assurée avec conscience et loyauté [...] »⁹⁶².

816. **L'importance tenant à la mission de l'avocat.** La détermination de la mission de l'avocat est fondamentale lors de la mise en jeu de la responsabilité civile. En effet, selon les missions exercées par l'avocat, l'engagement de la responsabilité sera différent. Ainsi, il est possible de dire qu'il existe des degrés de gravité.

L'activité de l'avocat est scindée en deux, d'un côté l'avocat exerce des activités juridiques, et de l'autre côté il s'agira d'activités judiciaires.

817. Ces degrés de gravité ont pour conséquence une analyse accrue attachée à l'activité litigieuse pour laquelle l'avocat sera – ou non – tenu responsable. Autrement dit, lorsque l'avocat exercera une mission attachée à la rédaction d'un acte, ses obligations en la matière seront renforcées. Ces obligations renforcées s'analysent en fonction de la nature même des obligations.

Alors, « il faut distinguer la responsabilité de l'avocat lorsqu'il intervient pour la rédaction d'une convention dont il doit assurer l'efficacité, de celle qu'il assume lorsqu'il intervient comme conseil, en fonction de situations difficiles, conjoncturelles et dans lesquelles on ne peut que recommander telle ou telle solution sans en garantir le succès »⁹⁶³.

818. Ainsi, comprendre la responsabilité de l'avocat envers son client nécessite une analyse minutieuse de la nature de ses obligations et de ses missions. En effet, il est difficile de retenir une quelconque responsabilité avant d'avoir, au préalable, déterminer les obligations de chacun.

⁹⁶² H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », op.cit., p.979.

⁹⁶³ G. FLECHEUX et F. FABIANI, « La responsabilité civile de l'avocat », JCP, 1974. I. 2673, note A. Damien.

En conséquence, la mission de l'avocat détermine la nature de l'obligation inhérente à l'activité. La nature de l'obligation s'attache à deux mécanismes, l'obligation de résultat ainsi que l'obligation de moyen.

819. De manière générale, l'obligation de résultat implique qu'une personne promette à une autre personne « de lui procurer un résultat déterminé et précis, coûte que coûte⁹⁶⁴ ». Autrement dit, « dans l'obligation de résultat, la prestation à laquelle le débiteur (*de l'obligation*) s'est engagé est précise, déterminée, une fin en elle-même, si bien que sa non-obtention est une preuve suffisante du non-accomplissement de ce à quoi l'on s'était obligé⁹⁶⁵ ».

820. Il convient de rappeler que la relation qu'entretient l'avocat avec son client est de nature contractuelle de sorte qu'il est possible de transposer cette obligation de résultat à la profession d'avocat. Ainsi, lorsque ce dernier exerce une mission qui touche à la rédaction d'un acte, l'obligation de l'avocat est une obligation de résultat.

821. Ainsi, « chargé de la rédaction d'un acte, l'avocat doit prendre toutes les dispositions utiles afin d'en assurer la validité et l'efficacité. L'omission ou l'absence de vérification d'un élément dont dépend la validité ou l'efficacité de l'acte constitue un manquement fautif [...]⁹⁶⁶ ».

En conséquence et comme l'indique une partie de la doctrine, « une obligation de résultat pèse sur ce professionnel lorsqu'une diligence précise et non aléatoire est mise à sa charge [...]⁹⁶⁷ ». Pour ainsi dire, « lorsque l'opération que doit effectuer l'avocat n'est affectée d'aucun aléa, son obligation est de résultat⁹⁶⁸ ».

⁹⁶⁴ M. POUMAREDE, « Chapitre 3123 – Preuve de l'inexécution d'une obligation contractuelle », in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », Ph. LE TOURNEAU (sous. dir), *op.cit.*, V° Obligation de résultat, p. 1318.

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ CA. Douai 29 avr. 2010, RG n°09/00713, cité in Y. Avril « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p. 58.

⁹⁶⁷ Ph. LE TOURNEAU, « Chapitre 3325 : L'avocat » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », *op.cit.*, p. 1834.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 1742.

822. L'avocat doit donc faire preuve d'une grande prudence lorsque ce dernier exerce une telle mission, en ce sens l'obligation d'information est perçue comme une obligation de résultat de sorte que si l'avocat manque à celle-ci, c'est-à-dire à son obligation d'éclairer le client « sur ses droits et obligations, ses possibilités d'action, les risques encourus, les chances de succès⁹⁶⁹ ». Sa responsabilité civile sera aisément engagée, et ce même si l'avocat a fait preuve de négligence.

823. S'agissant de l'obligation de moyen, « le débiteur ne promet rien d'autre que de mettre au service du créancier les moyens dont il dispose, tous ses moyens, de faire diligence et de se comporter avec prudence⁹⁷⁰ pour exécuter le contrat, de faire de son mieux⁹⁷¹, de mettre tous les moyens en œuvre⁹⁷² ».

De la même manière que pour l'obligation de résultat, l'avocat est également soumis à une obligation de moyen.

Ainsi, « les obligations de l'avocat seraient de moyens lorsque l'avocat exerce le conseil et la consultation⁹⁷³ ». Par exemple, la Cour de cassation affirme à son tour que l'obligation est de moyens lorsqu'il s'agit de conseiller sur un recours⁹⁷⁴ ».

⁹⁶⁹ M.-L. DEMEESTER, « Chapitre 1 : responsabilité civile », in « *Avocat : responsabilité* », *op.cit.*, V° Obligation d'information.

⁹⁷⁰ Cass. civ, 1^{re} 15 déc. 2011, n° 10-23.528, Bull.civ. I, n°219 ; D. 2012. 539, note M. Develay; D. 2012. 704, obs. Centre de droit et d'économie du sport, Université de Limoges; RCA 2012, n_120, note S. Hocquet- Berg; Just. et cass. 2012. 153, Rapp. S. Canas; RTD civ. 2012. 121, obs. P. Jourdain.

⁹⁷¹ Cass.civ, 3^e 7 mars 1978, n°76-14.534, Bull.civ. III, n°108, cité in M. Poumarede, « Chapitre 3123 : Preuve de l'inexécution d'une obligation contractuelle », in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », Ph. Le Tourneau (sous. dir), *op.cit.*, p. 1315.

⁹⁷² Cass.com., 4 oct. 1994, n°92-15.330, Bull.civ. IV, n°276, , cité in M. Poumarede, « Chapitre 3123 : Preuve de l'inexécution d'une obligation contractuelle », in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation : Régimes d'indemnisation* », Ph. Le Tourneau (sous. dir), *op.cit.*, p. 1316.

⁹⁷³ Y. AVRIL, « *La responsabilité de l'avocat* », *op.cit.*, p.31.

⁹⁷⁴ CA. Paris, 17 mai 2002, JurisData n°191065, cité in Y. Avril « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p.41.

824. D'un autre côté, certains auteurs et certaines décisions s'accordent à dire que « l'obligation de l'avocat serait une obligation de moyens renforcée. L'avocat engage sa responsabilité en cas de faute très légère, qu'elle soit de nature contractuelle ou quasi délictuelle et quel que soit le secteur d'activité⁹⁷⁵ ».

Quoi qu'il en advienne, la nature de l'obligation dont est astreint l'avocat sera étudiée de manière subjective et celle-ci aura une importance en termes de preuve ainsi qu'en termes de responsabilité.

En conséquence, en matière d'obligation de moyen, le client devra « prouver que l'inexécution du contrat résulte d'une faute commise soit par le débiteur, soit par l'un de ses substitués⁹⁷⁶ », contrairement à l'obligation de résultat qui implique que le client « n'aura qu'à prouver l'inexécution⁹⁷⁷ ».

825. Cette étude concernant la nature de l'obligation de l'avocat permet de comprendre comment ce dernier pourra engager sa responsabilité de sorte qu'il est aura été nécessaire d'analyser l'étendue de ses missions, et ce puisque cela détermine l'étendue de cette responsabilité qui varie en fonction des activités.

826. L'étendue de la mission de l'avocat, la défaillance contractuelle et la mauvaise foi. Les obligations de l'avocat sont multiples et ce, tout comme ses missions.

D'une part, ce dernier doit respecter une obligation d'information et de conseil, en effet ces deux obligations sont inhérentes à sa profession de sorte ces obligations s'appliquent « pratiquement à l'ensemble de ses activités⁹⁷⁸ ». D'autre part, l'avocat a une mission d'assistance, de représentation et une mission en matière de rédaction d'actes, et enfin ce dernier doit faire preuve de compétence, de dévouement, de prudence et de diligence envers ses clients.

⁹⁷⁵ CA. Basse-Terre, 4 déc. 1989, Gaz. Pal., 1990. I, Somm. 158.

⁹⁷⁶ C. RADE, « *Responsabilité contractuelle* », Jurisclasseur, éd., Lexis 360, 2019.

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ M.-L. DEMEESTER, « Chapitre 1 : responsabilité civile », in « *Avocat : responsabilité* », *op.cit.*, V° Obligation générale d'information et de conseil.

827. En conséquence ce panel d'obligation présente nécessairement des failles au moment de leur application. La question qui se pose est celle de savoir si ces failles peuvent ou non être assimilées à un comportement de mauvaise foi de la part du professionnel, soit de l'avocat. En effet, l'article 1134 du Code civil dispose que « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi⁹⁷⁹ ».

Cet article exprime une idée, notamment celle attachée à la bonne foi de sorte que les relations entre l'avocat et son client doivent reposer sur une bonne foi contractuelle, une loyauté, ou encore comme « une collaboration contractuelle renforcée par la relation de confiance entre le client et son avocat⁹⁸⁰ ».

828. La question posée ci-dessus prend alors tout son sens. En effet et par déduction, les relations qu'entretient l'avocat avec son client ont une nature contractuelle de sorte que l'article 1134 démontre que la bonne foi doit animer l'intention des deux parties.

829. Ainsi, la présence d'un comportement entaché par une mauvaise foi n'est pas censée faire surface, reste à savoir si la défaillance contractuelle peut être le résultat négatif dudit article.

Il existe un terme intéressant qui permet de répondre aux questions attachées aux failles contractuelles. Comme énoncé timidement ci-dessus, la défaillance contractuelle semble être un terme employé en matière de manquement imputable à l'avocat.

⁹⁷⁹ C.civ., art. 1134.

⁹⁸⁰ M.-L. DEMEESTER, « Chapitre 1 : responsabilité civile », in « *Avocat : responsabilité* », *op.cit.*, V° Obligation d'information.

Ce terme, comme l'indique un auteur, « s'applique dans les rapports de l'avocat et de ses clients⁹⁸¹ », alors, « toute défaillance de l'avocat l'engage selon le droit commun [...]»⁹⁸².

830. Alors, la défaillance contractuelle peut être présente lors des différentes missions que doit mener l'avocat. Par exemple et en matière d'assistance « constituera une défaillance contractuelle de sa part, son inaction⁹⁸³ [...] ; son absence à l'audience⁹⁸⁴ ; du retard dans la transmission des pièces ou d'une provision⁹⁸⁵ ; de l'absence de conclusions⁹⁸⁶ [...] ».

En conséquence, cette défaillance contractuelle causera nécessairement un préjudice au client, ce préjudice sera analysé comme la perte de chance d'obtenir gain de cause par exemple.

831. En matière de représentation, la défaillance contractuelle peut également être présente. En effet, l'article 411 du Code de procédure civile dispose que « Le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure⁹⁸⁷ ».

⁹⁸¹ Ph. LE TOURNEAU, « Chapitre 3325 : L'avocat » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », *op.cit.*, p. 1834.

⁹⁸² *Ibid.*

⁹⁸³ Cass.civ, 1^{re} 1^{er} mars 2005, n°03-16.329, Bull.civ. I, n°98 – Civ. 1^{re}, 14 déc. 2016, n°16- 12.686, NP, CCC 2017, n°50, note L. Leveneur; Gaz. Pal., 6 juin 2017. 25, note D. Landry et J. Villacèque, 2^e esp. : défaillance dans la présentation d'une créance au passif d'une liquidation judiciaire.

⁹⁸⁴ Cass.civ, 1^{re} 10 avr. 2013, n°12-18.193, Bull.civ. I, n°69 ; D. 2013. 1073; D. avocats 2013. 238, Pan., obs. G. Royer; JCP 2013, n°605, note G. Deharo; Gaz. Pal., 2- 4 juin 2013, p. 14, note A. S. Algadi.

⁹⁸⁵ Cass.req., 19 janv. 1898, DP 1898.1.80 – CA. Paris, 16 mai 1963, D. 1963. 692 – CA. Aix-en- Provence, 24 janv. 1995, JurisData 040033 – CA. Paris, 29 juin 2004, Gaz. Pal., 2004. Somm. 3321.

⁹⁸⁶ Cass.civ. 1^{re} 9 déc. 1992, n° 90-18.602, NP, cité in Ph. Le Tourneau « Chapitre 3325 : L'avocat » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », *op.cit.*, p. 1837.

⁹⁸⁷ CPC., art. 411.

Alors, « l'avocat commet une défaillance contractuelle s'il n'exécute pas ce mandat, ou l'exécute imparfaitement⁹⁸⁸ » de sorte qu'il a pu être jugé qu'est une défaillance contractuelle le fait d'abandonner l'appel⁹⁸⁹ ou le défaut d'exercice dans les délais requis⁹⁹⁰. Ainsi, si l'avocat ne respecte pas les règles qui lui sont imposées par le mandat, ce dernier sera susceptible d'engager sa responsabilité civile contractuelle.

832. Enfin, en matière de rédaction d'acte l'avocat doit assurer la validité ainsi que l'efficacité de celui-ci de sorte que « constitue une défaillance contractuelle l'erreur commise par le rédacteur⁹⁹¹ ». Là encore, l'avocat rédacteur d'acte peut commettre une défaillance contractuelle lors de l'accomplissement de sa mission. Reste à savoir si ces défaillances contractuelles sont intentionnelles ou non. A ce sujet, plusieurs décisions intéressent. Il a été jugé que commet une défaillance contractuelle « la mauvaise rédaction d'acte de cession d'actions⁹⁹² ou l'omission de mentionner dans un acte sous seing privé une clause indispensable⁹⁹³.

833. En l'espèce, la défaillance contractuelle résulte d'une mauvaise exécution ainsi que d'une omission. La mauvaise exécution résulte nécessairement d'un comportement intentionnel de sorte que l'avocat peut faire preuve d'une certaine mauvaise foi en « bâclant » son travail.

⁹⁸⁸ Ph. LE TOURNEAU, « Chapitre 3325 : L'avocat » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », *op.cit.*, p. 1838.

⁹⁸⁹ Cass.civ, 1^{re} 10 juill. 1996, n°94-17.869, NP, cité in Ph. Le Tourneau « Chapitre 3325 : L'avocat » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », *op.cit.*, p. 1837.

⁹⁸⁹ CPC., art. 411.

⁹⁹⁰ CA. Paris, 19 mai 1998, Gaz. Pal., 1998. Somm. 474,

⁹⁹¹ Ph. LE TOURNEAU, « Chapitre 3325 : L'avocat » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », *op.cit.*, p. 1834.

⁹⁹² CA. Paris, 10 sept. 1996, RG n°s 95-10675, 95-17027, cité in Ph. Le Tourneau « Chapitre 3325 : L'avocat » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », *op.cit.*, p. 1847.

⁹⁹² CPC., art. 411.

⁹⁹³ CA. Paris, 14 juin 1996, Gaz. Pal., 1996.539, cité in Ph. Le Tourneau « Chapitre 3325 : L'avocat » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », *op.cit.*, p. 1847.

Encore au titre des illustrations, « lorsqu'il (*l'avocat*) agit avec retard, laissant s'accomplir une prescription ou une instance se périm⁹⁹⁴ » il commet une défaillance contractuelle. Ainsi, l'avocat négligent se rend coupable d'une défaillance contractuelle, et ce volontairement. En effet, la profession d'avocat implique au professionnel une rigueur accrue attachée à une certaine compétence.

834. L'avocat sait pertinemment qu'il sera tenu par des délais par exemple de sorte que si ce dernier laisse périm⁹⁹⁴ une instance (par une prescription ou bien une forclusion par exemple) il agira avec une certaine négligence, négligence qui pourra donc être perçue comme un oubli ou par une réelle intention de négliger telle ou telle affaire. Dans ce dernier cas, la mauvaise foi de l'avocat lors de la commission d'une défaillance contractuelle ne fait aucun doute.

835. A cet égard, il a pu être jugé que « la défaillance volontaire a pu être assimilée à une faute dolosive⁹⁹⁵ ». En l'espèce, cette faute dolosive démontre nécessairement un comportement intentionnel, ou pour reprendre les termes de la Cour « volontaire⁹⁹⁶ », attachée à la mauvaise foi de ne pas faire quelque chose.

En conséquence, la défaillance contractuelle peut être assimilée à une certaine mauvaise foi, la réponse à la question précédemment posée résulte donc des décisions jurisprudentielles démontrant le comportement subjectif du professionnel en cause. C'est de cette manière qu'il est possible de soutirer une quelconque mauvaise foi de la part de l'avocat.

Pour autant, cette mauvaise foi n'est pas toujours évidente ni toujours présente.

⁹⁹⁴ Ph. LE TOURNEAU, « Chapitre 3325 : L'avocat » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », *op.cit.*, p. 1840.

⁹⁹⁵ Cass.civ, 2^e 1^{er} juill.2010, n^{os}09-10.590 et 09-14.884, Bull.civ. I, n^{os} 129 et 131 ; D. 2010. 2112, n^o10, obs. H. A.- C. et S. G. D. ; Gaz. Pal., 2010. 2. 220, note B. Richard ; D. 2011. 355, note Y. Avril.

⁹⁹⁶ *Ibid.*

836. La place de l'intérêt du client face à la mauvaise foi. Par principe, l'avocat doit toujours agir en fonction des intérêts de son client, pour ainsi dire, l'avocat est « le gardien des intérêts de son client⁹⁹⁷ ».

En conséquence, le respect de cet intérêt passe nécessairement par le respect d'un certain équilibre de sorte que le respect de cette primauté d'intérêt s'évalue nécessairement par le comportement de l'avocat et de client.

837. En pratique, la préservation de l'intérêt du client est scrupuleusement expliquée par le Professeur André Damien qui indique que « lorsque l'avocat ne peut plus agir dans le sens de ce qu'il considère comme étant de l'intérêt de son client, faute de le convaincre du bien-fondé de son analyse ou de le dissuader de faire quelque chose de contraire à son intérêt, ou lorsque l'avocat lui-même agit à l'encontre de l'intérêt de son client [...], la conséquence naturelle est la fin de la relation qui lie l'avocat à son client, à l'initiative de l'une ou l'autre des parties⁹⁹⁸ ».

838. A ce stade, il est certain qu'un équilibre doit être préservé. De façon négative il est possible d'affirmer que « l'avocat qui fait fit de l'intérêt de son client, en outrepassant son mandat, engage sa responsabilité civile professionnelle envers son client⁹⁹⁹ ».

Pour autant, dans quelle mesure est-il possible de reconnaître que l'avocat a failli à ses obligations ? Le rôle de la mauvaise foi prend ici tout son sens. En effet, c'est lorsque l'avocat agit avec une certaine intention de nuire qu'il sera possible d'envisager l'angle de la responsabilité.

A ce sujet, le devoir de prudence est primordial. En effet, « l'avocat doit donc toujours faire preuve de prudence dans ses rapports avec son client [...] en se retirant d'un dossier dès qu'il s'aperçoit qu'il n'est plus en mesure de le mener convenablement dans l'intérêt de son client¹⁰⁰⁰ ».

⁹⁹⁷ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.978.

⁹⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹⁹ TGI. Dinan, 15 juin 1982, Gaz. Pal., 1983. 1, 289, note Y. Avril.

¹⁰⁰⁰ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.982.

839. En somme, l'effacement de l'intérêt du client est perceptible lorsque l'avocat poursuit la relation alors qu'il aurait fallu y mettre un terme de sorte que dans ce cas de figure ce dernier a agi à l'encontre dudit intérêt, et ce puisqu'il agira nécessairement à l'encontre des intérêts de son client.

En somme, « dans beaucoup de cas, privilégiant le maintien de la relation de clientèle, les avocats tardent à mettre un terme à leur intervention¹⁰⁰¹ ».

840. Ainsi, il n'est pas automatiquement possible d'affirmer que le cas de figure qui précède est le résultat d'un comportement de mauvaise foi, pour autant, l'intérêt du client est une obligation fondamentale qui trouve sa place tout au long de la relation contractuelle qu'entretient l'avocat avec son client et cette obligation subordonne toutes les missions de ce dernier.

841. C'est donc à la suite d'une analyse subjective et minutieuse qu'il sera possible de déduire un comportement marqué par la mauvaise foi. Par exemple, la Haute cour a eu l'occasion d'analyser des éléments factuels s'attachant au comportement de l'avocat face aux intérêts de son client. Ainsi, un avocat a pu être tenu responsable de ses actes lorsque ce dernier n'a pas pris toutes les mesures utiles pour conserver l'intérêt de son client.

En effet « l'acte rédigé par un avocat et mettant à sa charge une obligation de séquestre lui est nécessairement opposable bien qu'il n'ait pas été signé par lui, de sorte qu'il appartient à cet avocat, en vertu de son devoir de conseil, de prendre toutes mesures utiles pour en assurer l'efficacité¹⁰⁰² ».

842. En conséquence, la mauvaise foi de l'avocat n'est pas toujours facilement déduite, en l'espèce, rien n'indique que le professionnel a volontairement voulu causer un préjudice à son client, pour autant et de façon négative, « l'avocat se doit de respecter scrupuleusement les instructions de son client¹⁰⁰³ ».

¹⁰⁰¹ *Ibid.*

¹⁰⁰² Cass.civ, 1^{re} 8 juill. 1994, n°92- 16.217, Bull. civ., I, n°238; Dr. et patr. oct. 1994, 83, obs. P. Chauvel; Gaz. Pal., 1994. Pan., 228.

¹⁰⁰³ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », op.cit., p. 1834.

Aussi, si l'avocat en cause ne satisfait pas cette obligation, ce dernier pourra présenter une attitude pouvant s'apparenter à de la mauvaise foi, le devoir de prudence tient donc une place fondamentale en la matière.

843. Quid de la mauvaise foi de l'avocat face au comportement du client. Il n'est pas impossible que le comportement du client tienne une place importante au moment de l'engagement de la responsabilité de l'avocat.

Il est nécessaire de préciser que « les compétences personnelles du client ne déchargent pas l'avocat de ses obligations professionnelles¹⁰⁰⁴ », pour autant, il existe des situations où le comportement du client pourra diminuer ou même exonérer la responsabilité de l'avocat.

844. En ce sens, un adage latin intéresse, ce dernier indique « *fraus omnia corrumpit*¹⁰⁰⁵ ». Cet adage exprime l'idée que « la fraude corrompt tout » de sorte que la fraude du client pourra exonérer la responsabilité de l'avocat de toute faute ou de toute responsabilité.

Alors, il est intéressant de voir la place que pourrait occuper la mauvaise foi face à un comportement fautif, voir frauduleux du client. Pour ainsi dire, la question qui se pose est celle de savoir comment une forme de mauvaise foi de la part d'un avocat peut être perceptible face aux actes ou comportement frauduleux de son client.

L'analyse porte ainsi sur le préjudice que pourrait subir le client, en effet, si le client a participé à la réalisation de son propre préjudice, il est illogique de retenir une quelconque faute de la part de l'avocat. A côté de cela, l'avocat doit démontrer qu'il a effectivement rempli ses obligations.

¹⁰⁰⁴ Cass.civ, 1^{re} 19 mai 1999, n°96-20.332, Bull.civ. I, n°164 ; D. 2000. 153, note B. Blanchard. Bordeaux, 11 mars 1983, Gaz. Pal., 1983. 2. 384.

¹⁰⁰⁵ H. ROLAND et L. BOYER, « *Adages du droit français* », 3^{ème} éd., Litec, 1992, p.288.

845. Ainsi, l’avocat pourra être exonéré de toute responsabilité lorsque son client achètera, en toute connaissance de cause du caractère frauduleux de la vente, un bien, notamment un logement familial, sans l’accord de l’épouse¹⁰⁰⁶, ou encore lorsque le client – animé par un esprit trompeur – donne des renseignements faux¹⁰⁰⁷.

En somme, il n’est pas impossible que le client argue la mauvaise foi de l’avocat pour essayer d’échapper à la mise œuvre de sa responsabilité civile contractuelle.

846. A titre d’illustration, un client a pu rechercher la responsabilité de son avocat « pour ne pas avoir suivi ses instructions et pour ne pas lui avoir transmis ses conclusions avant de les déposer devant la juridiction administrative saisie [...]»¹⁰⁰⁸. La Cour de cassation indique à son tour que l’avocat a « [...] respecté la volonté de son client en reprenant les documents remis pour établir ses écritures, lui a exposé la position adoptée pour assurer au mieux la défense de ses intérêts et lui a expliqué les raisons pour lesquelles elle ne suivait pas toujours son argumentation [...]»¹⁰⁰⁹.

En conséquence, il est évident que la mauvaise foi de l’avocat peut être recherchée par le client.

Pour autant cela ne doit être pas être perçu comme un automatisme dans la mesure où la fraude du client, également assimilable à une certaine mauvaise foi de sa part, peut exonérer le professionnel de sa responsabilité civile professionnelle.

La manifestation de la mauvaise foi de l’avocat n’est pas perçue comme une généralité puisque de nombreux facteurs peuvent, à l’inverse, démontrer un comportement contraire, autrement dit un comportement de bonne foi.

¹⁰⁰⁶ Cass.civ. 1^{re} 16 juin 1992, n°89-17.305, Bull.civ. I, n°185 ; D. 1993. 212, obs. J.- L. Aubert; RTD civ. 1993. 349, obs. J. Mestre; RTD civ. 1993. 636, obs. F. Lucet et B. Vareille.

¹⁰⁰⁷ Cass.civ. 1^{re} 31 oct.2012, n°11-15.529, Bull.civ. I, n°222 ; D. 2012. 2658; D. avocats 2013. 8, obs. L. Dargent; RTD civ. 2013. 109, obs. B. Fages; JCP 2013. 622, n°8, obs. G. Pillet; Gaz. Pal., 9 déc. 2012, p. 15, note Y. Avril.

¹⁰⁰⁸ Cass.civ. 1^{re} 19 nov. 2009, n° 08- 21.114, NP, JCP 2010. 270, n°13, obs. A. Tanaskovic ; Gaz. Pal., 11 mars 2010, p. 24, note M.Mekki.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

SECTION 2. L'influence de la mauvaise foi sur la nature délictuelle sur la mise en œuvre de la responsabilité civile

847. Nombreux sont les exemples où des tiers engagent une procédure contre un avocat, en effet, l'avocat peut voir sa responsabilité délictuelle engagée d'autant que certaines décisions jurisprudentielles démontrent une certaine prédominance dans la mise en œuvre de cette responsabilité de sorte qu'il est nécessaire d'étudier la manifestation de la mauvaise foi de l'avocat dans la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle et ce vis-à-vis des tiers et des clients (§1) pour ensuite analyser les conséquences que pourraient avoir la mauvaise foi de l'avocat sur la mise en œuvre de ladite responsabilité pour s'apercevoir que cette responsabilité fait l'objet d'un régime bien particulier (§2).

§1 - La mauvaise foi à l'aune de la responsabilité délictuelle envers les tiers

848. **La place de la responsabilité délictuelle dans la profession d'avocat.** A l'origine les juges avaient pour habitude de fonder leur décision¹⁰¹⁰ sur l'ancien article 1382 du Code civil. En effet cet article prévoyait la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle de sorte que la responsabilité des avocats était le plus souvent de nature délictuelle. De sorte que cette responsabilité n'est pas à exclure.

849. Ainsi et par exemple la responsabilité de l'avocat sera délictuelle lorsque ce dernier agit sans mandat¹⁰¹¹, ou lorsqu'il cause un dommage à un tiers dans le cadre de sa mission¹⁰¹².

Alors, la question qui se pose est celle de savoir si le tiers qui serait victime de l'inexécution d'un contrat peut obtenir ou non réparation du préjudice que lui a causé un cocontractant ?

¹⁰¹⁰ Cass.civ. 1^{re} 13 févr. 1974, n°72-14.322, Bull.civ. I, n°53 ; Gaz. Pal., 1974. I. Somm. 123.

¹⁰¹¹ TGI. Paris, 6 mai 1998, JurisData n° 1998-043599.

¹⁰¹² CAss.civ. 1^{re} 6 oct. 1993, n°91- 16.658, Bull. civ. I, n°274; D. 1995 Somm. p. 108, obs. N. Fricero – CA. Rennes, 24 févr. 1988; Gaz. Pal. 1998, Somm. 282 – Cass.civ. 1^{re}, 20 juin 2000, n°97- 22.660, Bull. civ. I, n°188 – Cass.civ. 1^{re}, 25 févr. 2010, n°09- 11.591, NP; RJDA 2010 n°489; CCC 2010 n°118, obs. L. Leveneur.

Cette question est une question fondamentale dans la mesure où la place du tiers dans la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle tient une place fondamentale.

850. Ainsi, par un arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 6 octobre 2006 « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage¹⁰¹³ ». De sorte que depuis cet arrêt, « la responsabilité délictuelle invoquée par le tiers qui s'estime lésé par l'inexécution d'une obligation peut ainsi lui permettre d'obtenir un résultat proche de celui que lui procurerait l'exécution forcée en nature¹⁰¹⁴ ».

851. S'agissant de l'avocat, cette décision lui est applicable. En effet, un tiers à la relation qu'entretient l'avocat et son client peut agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle afin d'obtenir réparation du dommage qu'il prétend avoir subi. La Cour de cassation a admis que le tiers peut invoquer la faute commise par l'avocat dans l'exécution du mandat¹⁰¹⁵.

852. A titre d'illustration, la responsabilité délictuelle de l'avocat sera engagée lorsque ce dernier « omet de dénoncer l'action en résiliation d'un bail commercial aux créanciers inscrits faisant perdre à ces derniers le bénéfice de leur inscription¹⁰¹⁶ ».

¹⁰¹³ Ass. Plen. 6 oct. 2006, n° 05-13. 255, Myr'ho, Boot Shop, Bull. civ. ass. plén., n°9; GAJC, t. II, 13e éd., 2015, n°177; D. 2006. 2625, note G. Viney; D. 2006. IR 1870, obs. I. Gallmeister; JCP 2006. II. 10181, avis A. Gariazzo, note M. Billiau; JCP E 2007. 1000, note F. Auque et L. Bloch; RCA 2006. Étude 17; RDC 2007. 269, note D. Mazeaud; RDC 2007. 381, note J.- B. Seube; RDC 2007. 569, art. Ph. Jacques; RTD civ. 2007. 61, obs. P. Deumier; RTD civ. 2007. 115, obs. J. Mestre et B. Fages; RTD civ. 2007. 123, obs. P. Jourdain.

¹⁰¹⁴ V. FORTI, « Exécution forcée en nature – Domaine de l'exécution forcée en nature », éd., Dalloz, Rép.civ., 2016, act. 2020 : Cass.civ. 3^e 13 juill. 2010, n°09-67.516, obs. VINEY. Bull. civ. III, n° 146 ; D. 2010. 1941 ; RDC 2011. 65, obs. Genicon ; RDC 2011. 73, obs. Viney; RDC 2011. 178, obs. Seube ; RDLC 2010/76, n° 3987, note Brena ; RLDA 2010/53, n° 3061, obs. Filiol de Raimond.

¹⁰¹⁵ Cass.civ. 1^{re} 18 mai 2004, n°01-13.844, Bull.civ. I, n°141; D. 2005. 194; D. 2005. 185, obs. Ph. Delebecque, P. Jourdain et D. Mazeaud; RTD civ. 2004. 502, obs. J. Mestre et B. Fages; RTD civ. 2004. 516, obs. P. Jourdain; RTD com. 2004. 804, obs. B. Bouloc.

¹⁰¹⁶ CA. Paris, 17 juin 1993, Gaz. Pal., 1994, Somm. 174.

Ou encore, les cautions de son client en redressement judiciaire, si l'avocat a commis des irrégularités dans la rédaction de l'acte de cession de l'entreprise au détriment de son client et, par voie de conséquence, de ses cautions¹⁰¹⁷. Mais encore, « en tant que rédacteur d'acte, son manquement au devoir de conseil engage sa responsabilité envers toutes les parties en présence, même celles qui ne sont pas ses clientes¹⁰¹⁸ ».

Nombreux sont les exemples où les tiers engagent la responsabilité délictuelle de l'avocat ce qui démontre que cette responsabilité n'est pas à exclure.

853. De la même manière, la qualité de tiers englobe de nombreuses situations dans la mesure où la partie adverse¹⁰¹⁹ peut également être perçue comme un tiers au contrat, et ce au même titre que les cautions, les créanciers de son client ou encore par ses confrères¹⁰²⁰.

Enfin, lorsque l'avocat exerce sa mission, il est possible qu'il soit accompagné par un autre professionnel, tel sera notamment le cas lorsque l'avocat est assisté par un notaire.

854. Nuances. La responsabilité délictuelle de l'avocat est une responsabilité affirmée. Pour autant la mise en jeu de cette responsabilité nécessite une analyse objective minutieuse.

Dès lors, il est cohérent de citer un auteur qui rappelle que « l'avocat ne saurait engager sa responsabilité civile envers un tiers lorsqu'il ne fait, dans le cadre d'un exercice normal de son activité professionnelle, et des nécessités de sa mission,

¹⁰¹⁷ CA. Nîmes, 11 sept. 2007, JurisData n° 2007-34-3804 cité in M.-L. Demeester, « *Avocat : Responsabilité* », *op.cit.*

¹⁰¹⁸ Ph. LE TOURNEAU, « Chapitre 3325 : L'avocat » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », *op.cit.*, p. 1836.

¹⁰¹⁹ Cass.civ. 2^e 12 juill. 2007, n°05-20.715, NP, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1836.

¹⁰²⁰ Cass.civ. 2^e 7 oct. 2004, n°02-14. 264, Bull.civ. II, n°450 ; Gaz. Pal., 2004. 2, Somm. 3948.

que solliciter des renseignements sur ce tiers, auprès d'une administration, en vue d'assurer l'efficacité de la procédure dont il a la charge [...] ¹⁰²¹ ».

855. En conséquence, l'engagement de la responsabilité délictuelle de l'avocat nécessite une étude subjective accrue de sorte le comportement de ce dernier prendra une place prépondérante. La profession d'avocat implique nécessairement une relation de confiance et doit donc diffuser une image qui aide à accréditer son activité. De sorte que sa responsabilité ne doit pas « trop facilement » être retenue.

Par exemple, l'avocat ne pourra être tenu responsable « [...] pour ne pas avoir délivré des conseils à la partie adverse dès lors qu'il n'entre pas dans les attributions de l'avocat de prendre l'initiative de délivrer à la partie adverse les informations et les conseils nécessaires pour débloquer la situation ¹⁰²² ».

856. L'analyse de la mauvaise foi de l'avocat en matière de responsabilité délictuelle. L'étude de la responsabilité de l'avocat ainsi que l'analyse de l'arrêt rendu par l'Assemblée Plénière cité au-dessus et les arrêts rendus dans ce prolongement laissent apparaître qu'avant 2006, « il aurait fallu une faute véritablement caractérisée pour que l'avocat soit responsable d'une faute à l'égard de tiers ¹⁰²³ » de sorte que la responsabilité délictuelle de l'avocat demeurerait une notion subtile et théorique.

Désormais, la mise en jeu de la responsabilité délictuelle de l'avocat est une pratique assez fréquente et largement reconnue par la doctrine ainsi que par les décisions jurisprudentielles.

¹⁰²¹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1836 – Cass.civ. 1^{re} 10 mai 1949, JCP G 1949. II. 4935.

¹⁰²² Cass.civ. 1^{re} 8 avr. 2010, n°09-65. 452, NP, cité in A. Damien et H. Ader, « Les règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1837.

¹⁰²³ CA. Aix en Provence, 9 avr. 1998, JurisData n°041847, Y. Avril « Responsabilité des avocats », *op.cit.*, p.88.

857. La question qui se pose est donc celle de savoir comment la responsabilité de l'avocat peut être engagée, ou plus précisément dans quelles circonstances le comportement de l'avocat pourra devenir un comportement générateur de responsabilités délictuelles.

En effet, l'engagement de la responsabilité délictuelle nécessite la réalisation de plusieurs conditions, dont la présence d'une faute. Cependant, cette faute présente de nombreuses caractéristiques, en ce sens la notion de mauvaise foi intéresse.

858. La mauvaise foi résulterait d'un comportement volontaire, soit intentionnel, malveillant et plus ou moins prémédité. Alors, la question posée ci-dessus doit être analysée en prenant en compte cette notion de mauvaise foi et ce afin de comprendre quel rôle pourra jouer ladite notion en matière de responsabilité délictuelle.

859. D'une part, la jurisprudence de la Cour de cassation « retient à la charge des avocats leur responsabilité pour avoir agi imprudemment et causé par leur imprudence un préjudice à un tiers qui n'est pas leur client¹⁰²⁴ ».

Force est de constater que le comportement négligent de l'avocat qui causera un préjudice à un tiers pourra avoir des répercussions sur le plan délictuel.

Pour autant, est-il possible d'affirmer qu'un comportement négligent vis-à-vis d'un tiers est automatiquement assimilable à un comportement de mauvaise foi de la part de l'avocat ?

¹⁰²⁴ Cass.civ. 1^{re} 18 mai 2004, n°01-13. 844, Bull.civ. I, n°141, D. 2005. 194; D. 2005. 185, obs. Ph. Delebecque, P. Jourdain et D. Mazeaud; RTD civ. 2004. 502, obs. J. Mestre et B. Fages; RTD civ. 2004. 516, obs. P. Jourdain; RTD com. 2004. 804, obs. B. Bouloc.

860. La Haute cour a pu condamner un avocat qui, « pour les besoins d'une saisie immobilière, avait reçu une attestation notariée portant l'indication de l'adresse d'un immeuble à exproprier [...] ; (et) chargé de poursuivre une procédure de saisie immobilière il avait l'obligation de s'assurer du numéro exact de la rue où l'immeuble saisi était situé¹⁰²⁵» de sorte que ce dernier commet une erreur en ne s'assurant pas de l'exactitude des données reçues, notamment en les suivant aveuglément créant ainsi une confusion pour les tiers.

861. Ce cas de figure est un cas qui démontre une imprudence dans la réalisation de la mission qu'il lui était confiée. Cette négligence causera nécessairement un préjudice au tiers intéressé par ladite saisie de sorte que la mauvaise foi peut être perçue sous l'angle de « l'étourderie » et ce puisque la compétence dont doit faire preuve l'avocat ne prend pas en compte les possibles imprudences dont ce dernier pourrait se rendre coupable.

862. En effet, la notion de négligence peut, par évidence, être une cause d'exonération ou de partage de responsabilité dans certains cas. Mais vis-à-vis de l'avocat, ce comportement causera nécessairement un préjudice qui devra être réparé.

De plus, la profession d'avocat implique une certaine rigueur couplée avec une compétence accrue dans le domaine que l'avocat décide de prendre à sa charge de sorte que la présence d'une imprudence débouchera naturellement sur un comportement marqué par une certaine mauvaise foi.

863. D'autre part, la Cour de cassation peut se montrer exigeante envers les tiers. En effet, « pour aboutir, les actions des tiers doivent en vérité démontrer une malveillance, voire une intention de nuire, de l'avocat adverse¹⁰²⁶ ». Les juges analysent donc l'étendue de la mission de l'avocat afin de savoir si ce dernier a outrepassé ses obligations.

¹⁰²⁵ Cass.civ. 1^{re} 29 juin 1982, n°81-13. 294, Bull.civ. I, n°242 ; D. 1982. 423 – Cass.civ. 1^{re}, 13 juill. 1982, n°81- 14.425, Bull. civ. I, n°261; D. 1982. 455. Paris, ch. 1 B, 17 juin 1993, Gaz. Pal., 1994. Somm. 174.

¹⁰²⁶ Y. AVRIL, « La responsabilité de l'avocat », *op.cit.*, p.88.

A ce titre, les juges peuvent être amenés à refuser la condamnation d'une profession aux motifs que les faits reprochés pouvaient être nécessaires au bon déroulement de sa mission, et ce afin d'assurer la correction d'une procédure, et par conséquent ne pouvaient être détachées des exigences de son activité professionnelle normale¹⁰²⁷.

864. Alors, quelle place occupe réellement la mauvaise foi de l'avocat au moment de l'action en responsabilité des tiers ? Comme déjà évoqué, l'arrêt du 6 octobre 2006 rendu par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation ouvre la possibilité, pour les tiers d'agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle lorsque les relations contractuelles lui ont causé un dommage. Cela étant dit, la Cour de cassation se montre parfois stricte et parfois tolérante envers les tiers, et ce en analysant le bien-fondé de leur action.

Afin de répondre à cette question, il est nécessaire de rappeler que la notion de mauvaise foi peut être rattachée à une volonté de nuire. En effet, une lecture *a contrario* de la notion de bonne foi implique de retenir un élément intentionnel malveillant afin de qualifier la notion de mauvaise foi de sorte que la volonté de nuire peut être un élément de définition.

865. Toutefois, la question de la définition étant élucidée, le côté pratique intéresse et ce afin de répondre à la précédente question posée. A ce titre, un auteur indique que « la jurisprudence semble aujourd'hui s'ouvrir davantage à l'action des tiers en dehors de la volonté de nuire¹⁰²⁸ », cela s'expliquerait par la reconnaissance d'un mouvement favorable aux victimes. Ainsi, la norme comportementale qui serait attachée à l'avocat passerait au second plan.

866. Pour autant, la place du dommage semble acquérir une place primordiale dans l'analyse de la mise en jeu de la responsabilité délictuelle, en effet, à partir du moment où le tiers estime avoir subi un préjudice, ce dernier peut demander en demander la réparation.

¹⁰²⁷ Cass.civ. 1^{re} 10 mai 1949, JCP G 1949. II. 4935.

¹⁰²⁸ Y. AVRIL, « La responsabilité de l'avocat », *op.cit.*, p.89.

En conséquence, la manifestation de la mauvaise passerait donc par la démonstration d'un préjudice causé aux tiers nonobstant une volonté de nuire qui n'est pas requise de manière systématique.

867. La mauvaise foi de l'avocat face à la possible faute des tiers. L'impact de la jurisprudence favorable aux tiers laisse penser que ces derniers peuvent obtenir facilement gain de cause. Cependant, il existe des cas où la responsabilité de l'avocat ne pourra être mise en œuvre. La faute du client exonère totalement ou partiellement la responsabilité contractuelle de l'avocat, s'agissant des tiers, la même règle s'applique.

En effet, « la prise en considération de la faute de la victime est reconnue par la doctrine comme relevant du droit positif, tant pour la responsabilité contractuelle que pour la responsabilité délictuelle¹⁰²⁹ ».

En somme, la question qui se pose est celle de savoir quelle place occupe la notion de mauvaise foi aux côtés d'une faute commise par le tiers qui estime avoir subi un préjudice ?

868. La partie adverse étant perçue comme un tiers, c'est le régime de la responsabilité délictuelle qui sera applicable à l'avocat en cause. Ainsi, si la partie adverse souhaite engager la responsabilité de l'avocat cette dernière doit effectivement démontrer que ce dernier a commis « une faute grossière constituant une faute personnelle¹⁰³⁰ » de sorte que « l'avocat qui pratique une saisie immobilière alors qu'une saisie mobilière eût amplement suffi, encourt une responsabilité de ce fait¹⁰³¹ ».

Pour autant, le comportement du tiers dans l'analyse d'une possible responsabilité envers l'avocat n'est pas inopportun. Alors, l'avocat pourra bénéficier d'une exonération de responsabilité.

¹⁰²⁹ Y. AVRIL, « *La mauvaise foi du client exonère l'avocat de toute responsabilité* », Gaz. Pal., 11 déc. 2012, p.15.

¹⁰³⁰ CA. Pau, 11 juin. 1981, Gaz. Pal., 1981. 2. 641, in DAMIEN, Les grands arrêts, 1991, p. 88.

¹⁰³¹ Cass.civ. 3 nov. 1932. 2. 852; in DAMIEN, Les grands arrêts, 1991, p. 88.

869. La mauvaise foi du tiers n'est pas à elle seule une cause d'irresponsabilité et ce puisque la notion de mauvaise foi n'est pas une notion retenue fréquemment par les juges. Cependant, certains comportements laissent penser que la notion de mauvaise foi est, en pratique, souvent présente.

Pour autant, la partie adverse ne pourra engager la responsabilité de l'avocat sans avoir démontré une réelle faute de sa part de sorte qu'elle ne pourra réparer les erreurs qu'elle aurait elle-même commises, en effet et comme l'indique un adage latin célèbre en la matière, « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹⁰³² ». Ainsi, la partie qui s'estime victime ne doit pas avoir commis des négligences ou des carences qui expliqueraient la situation préjudiciable.

870. Une décision rendue par la Cour de cassation intéresse en matière de mauvaise foi. Une partie est intervenue volontairement dans la procédure de sorte que par cette action elle devient elle-même partie à l'instance et peut ainsi « accomplir toutes les diligences de nature à interrompre, l'égard de tous, le délai de péremption de l'instance¹⁰³³ ».

Cependant, cette même partie a reproché à l'avocat de la partie adverse de n'avoir accompli aucune diligence. Très justement, la Cour de cassation a jugé que « [...] son préjudice, s'il devait être démontré, résulterait de sa propre négligence et non des manquements à l'avocat¹⁰³⁴ ».

871. Force est de constater que la mauvaise foi du tiers est largement appréciable. En effet, le tiers délègue la question de l'incident d'instance sur l'avocat de sorte que ce dernier estime qu'il n'était pas de son ressort de s'en alarmer. Toutefois, le juge estime que le tiers, devenu partie à l'instance, a été négligent et cette négligence lui cause nécessairement un dommage, mais pour lequel l'avocat n'y a pas contribué.

¹⁰³² « *Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* » - Adage reconnu par la Cour de cassation – NOTAMMENT : Cass.civ. 1^{re} 22 juin 2004, n°01-17.258.

¹⁰³³ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1846.

¹⁰³⁴ Cass.civ. 1^{re} 20 avr. 2017, n°16-16.891, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1846.

872. La notion de mauvaise foi est donc une notion qui peut être rattachée à plusieurs comportements et pas seulement à celui attaché à l'avocat. De sorte que la notion de mauvaise foi, malgré son caractère relatif, pourra être attachée aux carences dont pourrait se rendre coupable une partie à l'instance et de fait pourra exonérer l'avocat de toute responsabilité.

§2 - Les conséquences de la mauvaise foi de l'avocat sur la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle

873. Amorce. La responsabilité délictuelle de l'avocat est une responsabilité largement reconnue. Comme étudiées précédemment¹⁰³⁵, nombreuses sont les décisions qui, se fondant, sur l'article 1382 ancien du Code civil reconnaissent l'application de la responsabilité délictuelle à l'avocat.

La Cour de cassation est souvent amenée à qualifier la relation qui fait l'objet du différend en cause afin de pouvoir, par la suite, déterminer le régime de responsabilité adéquat.

En ce sens, la Haute cour a pu considérer qu'« il n'existe pas de lien contractuel entre l'avocat, rédacteur du cahier des charges, et l'adjudicataire » de sorte que « cet avocat ne peut s'exonérer de ses fautes par une clause de non-responsabilité [...]»¹⁰³⁶.

La reconnaissance de la responsabilité délictuelle ne fait donc aucun doute. Pour autant, il semble intéressant de s'interroger sur les conséquences attachées à cette responsabilité délictuelle puisqu'en effet dans l'arrêt susvisé, la Cour de cassation refuse la mise en jeu d'une clause de non-responsabilité et ce en vertu de la nature de la responsabilité en cause.

¹⁰³⁵ V° supra, §n°804 et s. : Sur les difficultés attachées à la nature de la responsabilité de l'avocat.

¹⁰³⁶ Cass.civ. 2^e, 15 juin 1994, n° 92-18.048, Bull. civ. II, n° 155 ; D. 1994. 183; RDI 1995. 146, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler.

874. L'impact des clauses de non-responsabilité sur la mauvaise foi de l'avocat. En matière contractuelle, les clauses pouvant limiter la responsabilité du cocontractant sont possibles¹⁰³⁷. Ainsi, le principe de la liberté contractuelle autorise les parties à prévoir des clauses pouvant les exonérer de toutes responsabilités.

Toutefois, le comportement du cocontractant joue dans la mise en œuvre de cette clause de non-responsabilité dans la mesure où, « une clause de non-responsabilité ne peut exonérer le contractant des conséquences du dol, car il serait choquant de permettre à un contractant de ne pas exécuter volontairement ses obligations¹⁰³⁸ ».

875. En matière délictuelle, lesdites clauses ne sont pas admises sur le plan délictuel. Ce refus s'explique par le caractère absolu de l'article 1240. En effet, les dispositions de cet article sont d'ordre public de sorte que, comme l'affirme la Cour de cassation dans un arrêt en date du 5 juillet 2017¹⁰³⁹ « Les articles 1382 et 1383, devenus 1240 et 1241 du code civil, sont d'ordre public et que leur application ne peut être neutralisée contractuellement par anticipation, de sorte que sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle ».

876. L'arrêt de la Cour de cassation précédemment cité¹⁰⁴⁰ affirme que les clauses limitatives de responsabilités ne peuvent s'appliquer à l'avocat en matière de responsabilité délictuelle, et ce puisqu'il n'existe aucun lien de droit entre l'adjudicataire et le rédacteur du cahier des charges.

¹⁰³⁷ Cass.civ. 1^{re} 28 juin 1989, n°86-18.410, PI, n°265 ; JCP 1989. IV. 331 – Cass.com., 23 nov. 1999, n°96-21.869, PIV, n°210 ; JCP 2000. II. 10326, note J-P. Chazal ; CCC 2000, n°40, obs. L. Leveneur et n°69, note G. Raymond ; Defrénois 2000. 245, obs. D. Mazeaud.

¹⁰³⁸ M. POUMAREDE, « Chapitre : 3324 : officiers ministériels » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », TOURNEAU (sous. dir), 13^{ème} éd. Dalloz Action, 2021- 2022.

¹⁰³⁹ Cass.civ. 1^{re} 5 juill. 2017, n°16-13.407, Inédit, NP.

¹⁰⁴⁰ V^o supra, §n°873 : Amorce – même arrêt : Cass.civ. 2^e, 15 juin 1994, n° 92-18.048, Bull. civ. II, n° 155 ; D. 1994. 183; RDI 1995. 146, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler.

Cependant, un autre arrêt intéresse dans la mesure où, même lorsqu'il s'agit d'un client, autrement dit lorsque le rapport contractuel ne fait aucun doute, la clause pourra être écartée.

En effet, « les clauses limitatives ou élusives sont annulables pour absence de cause lorsqu'elles aboutissent à exclure une obligation fondamentale du contrat¹⁰⁴¹ ».

877. Cet arrêt – qui peut être perçu d'une manière sévère – démontre à quel point la profession d'avocat est une profession marquée par une forte éthique. Le devoir de compétence et de prudence dont doit faire preuve l'avocat prime sur les éventuels aménagements attachés à la responsabilité civile.

Cette idée de primauté entre les termes du serment et les aménagements prévus par le droit civil touchant à la responsabilité s'expliquent par une forme de « mise en garde ».

878. En somme, les juges semblent être méfiants face aux compétences de l'avocat de sorte qu'au vu de la jurisprudence actuelle, la mise en œuvre d'une clause de non-responsabilité afin d'exonérer l'avocat pourrait être perçue comme un sentiment marqué par une certaine mauvaise foi. La qualité profane du client semble donc être analysée avec précaution.

Pour ainsi dire, les nombreuses décisions rendues en matière de clause limitative de responsabilité semblent démontrer une certaine sévérité envers l'avocat pour lequel la mauvaise foi sera « quasiment » automatique.

La nature délictuelle de l'action peut donc avoir des conséquences pour l'avocat, et notamment en matière de clauses limitatives de responsabilité. Mais encore, la nature délictuelle peut également avoir des conséquences sur les mécanismes de prescription.

¹⁰⁴¹ Com. 22 oct. 1996, n°68- 14.063, Chronopost, Bull. civ. I, n° 200; D. 1997. 121, note Seriaux; Gaz. Pal., 9 avr. 1997, n°99 s., Pan., p. 74 ; Gaz. Pal., 16 août 1997, n°238, p. 12, note Martin ; Defrénois 1997. 333, obs. Mazeaud JCP G 1996. 49, IV, 313; JCP E 1996, n° 50, Pan., n°1344, p. 460; D. 1996. IR. 256.

879. **Le mécanisme de la prescription et la mauvaise foi.** La prescription des actions est un mécanisme instaurant un délai fixé par la loi afin de permettre à une personne ou une partie d’agir en justice. La prescription, que ce soit en matière contractuelle ou délictuelle, est prévue par l’article 2224 du Code civil¹⁰⁴² qui dispose que « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». La prescription de droit commun est donc de cinq ans.

Concernant la profession d’avocat, la nature de son activité nécessite deux analyses. Autrement dit, la nature de l’activité de l’avocat est tantôt judiciaire, tantôt juridique.

880. Le régime de la prescription sera donc différent malgré que le délai de celui-ci ne change pas. Concernant les activités judiciaires, l’article 2225 du Code civil¹⁰⁴³ s’appliquera et ce dernier dispose que « L'action en responsabilité dirigée contre les personnes ayant représenté ou assisté les parties en justice, y compris à raison de la perte ou de la destruction des pièces qui leur ont été confiées, se prescrit par cinq ans à compter de la fin de leur mission ».

881. Le point de départ du délai de prescription est donc la fin de la mission de l’avocat. La Haute cour a pu préciser que la fin de mission de l’avocat s’entendait par « la cessation définitive des fonctions de l’avocat, met fin à la mission de celui-ci, même sans notification préalable¹⁰⁴⁴.

En conséquence, l’action en responsabilité contre un avocat au titre d’une faute commise dans l’exécution de sa mission d’interjeter appel, se prescrit à compter du prononcé de la décision constatant l’irrecevabilité de l’appel¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴² C.civ., art. 2224.

¹⁰⁴³ C.civ., 2225.

¹⁰⁴⁴ Cass.civ. 1^{re}, 30 janv. 2007, n° 05-18.100, NP.

¹⁰⁴⁵ Cass.civ. 1^{re}, 14 janv. 2016, n° 14-23.200 ; D. 2016. 200 ; JCP 2016. 670, n°17 obs. F. G’sell ; JCP 2016. 325, note J. Klein ; RCA 2016, n°122.

882. Concernant les activités juridiques, c'est l'article 2224 du Code civil qui a déjà été cité qui s'appliquera. Antérieurement à la promulgation des articles susvisés, la prescription à l'encontre de l'avocat étant de trente ans de sorte que les avocats pouvaient être tenus responsables d'actes commis trente ans avant l'exercice d'une action.

Les modifications effectuées par la loi du 17 juin 2008¹⁰⁴⁶ ne semblent pas être inopportunes au sein de la profession d'avocat. Pour autant, certaines insécurités sont appréciables.

883. Au titre de ces insécurités juridiques, la notion de mauvaise foi intéresse. En effet, la notion de mauvaise foi s'apparente à un comportement fallacieux et les insécurités juridiques concernent la manière donc l'action pourrait prospérer. Ainsi, la doctrine relève qu'« actuellement, si le titulaire avait intérêt à rapporter la preuve tardive des faits lui permettant d'exercer son droit, l'autre partie aurait au contraire intérêt à prouver que cette connaissance était la plus précoce possible¹⁰⁴⁷ ». Cette analyse s'interprète à l'aune du délai glissant qui est prévu par les articles 2224 et suivants du Code civil.

884. La mauvaise foi pourrait donc être bien accueillie. En effet, la prescription en matière délictuelle est un mécanisme assez « flou » dans la mesure où rares sont les cas où ce sont les tiers qui agissent. Pour autant, cette situation ne doit pas être mise de côté.

De manière générale, la doctrine est assez silencieuse en matière de mauvaise foi et *a fortiori* en matière de prescription relevant du régime délictuel de sorte que cette notion est difficile à cerner.

885. Le seul point pouvant faire apparaître une possible mauvaise foi est le point développé ci-dessus qui laisse planer une certaine insécurité juridique quant à la prescription prévue par l'article 2225 du Code civil.

¹⁰⁴⁶ L. n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *JORF* n°0141 18 juin 2008.

¹⁰⁴⁷ A. GUIDICELLI, « Chapitre 1221 : Délais de prescriptions des actions » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », Ph. LE TOURNEAU (sous. dir), *op.cit.*, p. 2115.

Dans ce silence, certaines décisions peuvent démontrer une part de mauvaise foi dans le comportement de l’avocat quant à l’ouverture d’une action par un tiers. En ce sens, il est nécessaire de savoir qu’il existe des mécanismes permettant d’aménager, de manière conventionnelle, la durée de la prescription.

886. En effet, l’article 2254 *in limine* du Code civil¹⁰⁴⁸ prévoit cette possibilité en disposant que « La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d’un an ni étendue à plus de dix ans ».

887. D’une part, du côté contractuel il est nécessaire de préciser que cet aménagement peut, au vu de la nature de la relation entre le client et l’avocat, créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁰⁴⁹ de sorte qu’il n’est pas certain que cet aménagement soit réellement possible. D’autre part, du côté délictuel, l’aménagement de la prescription a suscité des questionnements.

La question qui se posait était celle de savoir si l’aménagement conventionnel attaché à la prescription – prescription abrégée – était applicable en cas de litige opposant un avocat et un tiers.

888. Une Cour d’appel¹⁰⁵⁰ a répondu de manière négative en déclarant recevable l’action en dommages et intérêts en indiquant que les dispositions du Code civil qui prévoient les mécanismes de prescriptions abrégées n’étaient pas applicables aux tiers.

¹⁰⁴⁸ C.civ., art. 2254.

¹⁰⁴⁹ F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats* » éd., Dalloz, 2016, n°23.341.

¹⁰⁵⁰ CA. Lyon, 23 juin 2008, RG n°06/ 06899, cité in Y. Avril « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p.160.

Dans cette espèce, les juges ont estimé que l'action avait commencé à courir – ce qui est la règle en matière quasi délictuelle – à compter de la manifestation du dommage¹⁰⁵¹ de sorte que les allégations fournies par l'avocat et ce afin de bénéficier d'une exonération de sa responsabilité pour forclusion n'étaient pas fondées. Là encore, cet arrêt est l'un des seuls qui traitent de la prescription en matière délictuelle. La mauvaise foi est difficilement perceptible dans le sens où il n'est pas certain d'affirmer que des allégations non fondées puissent s'apparenter à de la mauvaise foi.

Si tel était le cas, la mauvaise foi serait perçue d'une manière non équivoque, soit au regard du détournement attaché au délai de prescription.

889. La manifestation de la mauvaise foi en matière délictuelle. La reconnaissance de la responsabilité civile de l'avocat face aux tierces personnes victimes d'inexécution contractuelle a nécessairement eu un impact sur le comportement de ce dernier, cela pouvant être perceptible par son comportement et ses moyens de défense.

En effet, avant cette jurisprudence en date de 2006¹⁰⁵², seule une faute caractérisée était susceptible de mettre en jeu la responsabilité délictuelle de l'avocat. Désormais, même un comportement négligent pourra être perçu comme un comportement fautif envers les tiers ayant subi un préjudice.

890. Ce changement jurisprudentiel démontre que la place de la mauvaise foi a donc évolué en matière délictuelle, et ce même si cette évolution ne concerne qu'indirectement ladite notion.

¹⁰⁵¹ Y. AVRIL, « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p.136.

¹⁰⁵² Ass. Plen. 6 oct. 2006, n° 05-13. 255, Myr'ho, Boot Shop, Bull. civ. ass. plén., n°9; GAJC, t. II, 13e éd., 2015, n°177; D. 2006. 2625, note G. Viney; D. 2006. IR 1870, obs. I. Gallmeister; JCP 2006. II. 10181, avis A. Gariazzo, note M. Billiau; JCP E 2007. 1000, note F. Auque et L. Bloch; RCA 2006. Étude 17; RDC 2007. 269, note D. Mazeaud; RDC 2007. 381, note J.- B. Seube; RDC 2007. 569, art. Ph. Jacques; RTD civ. 2007. 61, obs. P. Deumier; RTD civ. 2007. 115, obs. J. Mestre et B. Fages; RTD civ. 2007. 123, obs. P. Jourdain.

La notion de mauvaise foi en matière délictuelle présente donc un aspect indirect, mais prégnant. En effet, l'ouverture, pour les tiers, d'une possible action délictuelle sur le fondement de la faute ou d'une possible négligence de la part de l'avocat, ouvre « la porte » à une possible reconnaissance attachée à la notion de mauvaise foi et ce, puisque, la responsabilité délictuelle de l'avocat sera engagée lorsque le tiers démontre une intention de nuire, autrement dit un certain volontarisme dans la réalisation du préjudice¹⁰⁵³. La mauvaise foi serait donc plus facilement observée.

891. En conclusion, la notion de mauvaise foi en matière délictuelle semble susciter de nombreuses difficultés pouvant être rattachées à la nature même de la notion et par le manque de jurisprudence. Pour autant, certaines décisions semblent déduire de manière explicite la présence d'une possible mauvaise foi. Il serait loisible de penser que la notion, en matière délictuelle, s'analyse de manière subjective et en prenant en compte des éléments *in abstracto*.

¹⁰⁵³ Y. AVRIL, « Responsabilité des avocats », *op.cit.*, p.88.

CONCLUSION DE CHAPITRE

892. La reconnaissance de la responsabilité civile de l'avocat a nécessairement engendré des questions quant à ses modalités d'application. *A fortiori*, la déontologie a joué un rôle majeur dans l'élaboration de cette responsabilité puisque cette dernière a influencé quelque peu le régime civil applicable à la profession d'avocat en cas de litige.

En effet, la déontologie, qui implique une rigueur et une éthique professionnelle avérée, donne des indices sur les règles civiles pouvant être applicables à l'avocat. Autrement dit, la jurisprudence démontre que la mise en œuvre de la responsabilité de l'avocat peut se fonder sur des principes déontologiques, notamment sur le devoir de compétence.

893. La nature de cette responsabilité repose sur une étude historique qui ramène à affirmer que la responsabilité de l'avocat sera contractuelle lorsque les relations litigieuses engagent le professionnel et son client et, *a contrario*, elle sera délictuelle lorsque le professionnel causera un préjudice à un tiers. Cette *summa divisio* semble logique dans la mesure où la nature des relations est au cœur de la responsabilité.

894. La notion de mauvaise foi exerce inévitablement une influence sur la mise en œuvre de cette responsabilité, étant une notion « négative » elle ne peut qu'avoir une place de choix au sein de comportement fallacieux et malveillant.

Reste à savoir si cette notion exerce une réelle influence. Le comportement intentionnel couplé par une certaine conscience pourrait amener à penser que la notion de mauvaise foi détient un réel impact sur l'engagement de la responsabilité de l'avocat, d'autant qu'en matière délictuelle, cet élément intentionnel est perçu comme une condition d'application de sorte que, encore une fois, la véritable intention de nuire de l'avocat peut s'apparenter à une certaine mauvaise foi.

CHAPITRE 2 : La mauvaise foi face aux conditions strictes de la responsabilité civile de l'avocat

895. D'une façon générale, la responsabilité « est l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires, etc.¹⁰⁵⁴ ». S'agissant de la mise en œuvre de la responsabilité civile, cette dernière suppose la réunion de plusieurs conditions. Au titre de ces conditions, la faute, le préjudice et un lien de causalité entre la faute et le préjudice devront, comme en droit commun de la responsabilité, être établis de sorte que l'avocat est également soumis aux qualifications communes de la responsabilité civile (Section 1).

896. Pour autant, l'avocat est, en tant que tel, soumis à certains mécanismes spécifiques. En ce sens, une assurance responsabilité civile doit être contractée par le professionnel de sorte qu'il est nécessaire de s'intéresser au régime de cette assurance de responsabilité afin de s'apercevoir que la notion de mauvaise foi n'est pas une notion indifférente à sa mise en œuvre (Section 2).

SECTION 1. La soumission avérée aux qualifications communes de la responsabilité civile

897. L'étude de la responsabilité civile de l'avocat implique nécessairement de s'intéresser à la faute lourde afin de comprendre comment la notion de mauvaise foi peut être appréhendée et de fait, sanctionnée (§1).

De plus, il est opportun de savoir si ladite notion peut être perçue comme un lien de causalité pouvant de ce fait créer un préjudice au détriment d'autrui (§2).

§1 - La mauvaise foi comme faute lourde sur l'engagement de la responsabilité civile de l'avocat

¹⁰⁵⁴ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* » publié sous la direction de Gérard Cornu, 8^e éd. PUF, 2007, V^o Responsabilité, I.

898. Définition générale. Comme l'indique un auteur, « A tout seigneur, tout honneur : il nous faut bien commercer par envisager la faute, puisqu'aussi bien faisait-elle figure en 1804, de façon réelle ou imaginée après coup, peu importe, de « Droit commun » et même unique de la responsabilité civile¹⁰⁵⁵ ».

La faute semble donc être une notion omniprésente en matière de responsabilité, et ce depuis fort longtemps. Toutefois, son omniprésence oblige de définir sa notion au sein du droit. A ce titre, le Code civil reste timide en envisageant la faute comme « tout fait quelconque de l'homme¹⁰⁵⁶ », de sorte qu'il est nécessaire de s'intéresser aux éléments doctrinaux.

Pour mémoire¹⁰⁵⁷, la faute civile serait perçue comme un « un comportement que l'on peut juger défectueux, soit parce qu'il est inspiré par l'intention de nuire, soit parce qu'il va à l'encontre d'une règle juridique, soit simplement parce qu'il apparaît déraisonnable ou maladroit¹⁰⁵⁸ ».

899. La faute civile résulterait le plus souvent d'un comportement contraire à la notion ancienne de bon père de famille¹⁰⁵⁹ qui pourrait être perçu comme un comportement volontaire et intentionnel ou maladroit faisant ainsi place à une certaine forme de négligence.

A fortiori, la faute civile peut acquérir de nombreuses perceptives. En effet il existe une typologie de faute de sorte que la faute peut revêtir un caractère plus ou moins grave.

900. S'agissant des conditions succinctes de la faute. Auparavant, il aurait fallu que « le fautif ait eu le désir de nuire¹⁰⁶⁰ », désormais il n'est pas nécessaire

¹⁰⁵⁵ Ph. LE TOURNEAU « Titre 001 : La Faute » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », 12^{ème} éd., Dalloz action, 2021, p. 42.

¹⁰⁵⁶ C.civ. art. 1240.

¹⁰⁵⁷ V° supra, §n°308 et s. : Sur la définition générale de la faute civile.

¹⁰⁵⁸ C.AUBRY, C.RAU et N. DEJEAN DE LA BÂTIE, « *Responsabilité délictuelle* », *op.cit.*

¹⁰⁶⁰ M. POUMAREDE, « Chapitre 3121 : Notion d'inexécution d'une obligation contractuelle » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », Ph. LE TOURNEAU (sous. dir), *op.cit.*, p. 1268.

que cette dernière soit guidée par un comportement intentionnel. Comme l'affirme l'article 1241 du Code civil¹⁰⁶¹ « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence », à la lumière de cet article la Cour de cassation rappelle à de nombreuses reprises que « la faute civile ne requière pas un élément intentionnel¹⁰⁶² » de sorte que le régime de la responsabilité civile n'exige pas l'existence d'une intention de nuire¹⁰⁶³.

En somme, « il suffit que le débiteur essaie de se soustraire à ses obligations, ou prenne le risque des conséquences dommageables que son action ou inaction peut causer à son cocontractant¹⁰⁶⁴ » de sorte que, en matière civile, l'intention frauduleuse n'est pas requise de manière systématique.

901. Ainsi, s'agissant de la qualification du manquement civil, qu'elle place pourrait occuper la notion de mauvaise foi ? Cette question amène à citer un auteur qui – reprenant une décision d'une Cour d'appel – indique qu'« est de mauvaise foi, le contractant qui, même sans être animé par une pensée méchante, viole « de propos délibéré » une obligation contractuelle « par dissimulation ou par fraude¹⁰⁶⁵ ». Autrement dit, la notion de mauvaise foi peut être appréhendée aux côtés de la notion de risque dans la mesure où il suffit que le cocontractant tente, de manière volontaire, de se soustraire de ses obligations.

En conséquence, l'élément intentionnel n'est pas – contrairement au droit pénal – une condition afférente à la faute.

¹⁰⁶¹ C.civ. art. 1241.

¹⁰⁶² Cass.Civ. 1^{re}, 4 févr. 1969, Bull. civ. I, n°60; D. 1969. 601, note J. Mazeaud – Cass.civ. 1^{re}, 22 oct. 1975, n°74- 13.217, Bull. civ. I, n°290; D. 1976. 151, note D. Mazeaud.

¹⁰⁶³ Cass.civ. 2^e 2 avr. 1997, n° 95-14.687, Bull. civ. II, n°113; D. 1997. 411, note B. Edelman; JCP 1998. II. 1010, note Bigot; Gaz. Pal. 1998. 1. Somm. 211, obs. I. Matthyssens.

¹⁰⁶⁴ M. POUMAREDE, « Chapitre 3121 : Notion d'inexécution d'une obligation contractuelle » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », Ph. LE TOURNEAU (sous. dir), *op.cit.* p.1268.

¹⁰⁶⁵ *Idid.* ; CA, Versailles, 10 nov. 2000, D. 2000. IR 307.

902. Alors, la question qui se pose est celle de savoir quelle influence pourrait avoir la notion de mauvaise foi dans un domaine où l'élément intentionnel n'est pas obligatoirement requis ?

L'absence de l'élément intentionnel provient d'une approche objective¹⁰⁶⁶ de la faute. En effet, la Cour de cassation a décidé de supprimer les éléments attachés à une quelconque imputabilité de la faute¹⁰⁶⁷ de sorte que la faute non intentionnelle est assimilée à un comportement anormal exigeant ainsi la détermination d'un modèle de référence auquel comparer le comportement de l'auteur du dommage.

903. Ainsi, les conséquences attachées à cette analyse objective – conduisant à déclarer toute personne responsable – amènent également un raisonnement basé sur la réparation du dommage, et ce « coûte que coûte ».

L'effacement de l'élément intentionnel conduit donc à retenir la responsabilité civile plus facilement. Reste que cet effacement n'a pas de réelle conséquence sur la manifestation d'une possible mauvaise foi.

En effet, un arrêt de la Cour de cassation considère que « la faute, même non grossière ou dolosive suffit, lorsqu'un préjudice en résulte, à justifier une condamnation à des dommages et intérêts¹⁰⁶⁸ » de sorte que la manifestation de la mauvaise foi peut, s'analyser aux côtés de la gravité de la faute et non pas automatiquement, aux côtés de cet élément intentionnel.

904. En effet, la notion de mauvaise foi est une notion floue et protéiforme qui s'apparente à un comportement malveillant dicté par une intention de nuire, alors s'il est possible d'affirmer que, dans certaines matières, l'élément intentionnel est

¹⁰⁶⁶ *A contrario* : « La conception de la responsabilité civile qu'avaient les créateurs du code civil est dite subjective, car elle suppose une analyse du comportement (blâmable) de l'individu » : M. POUMAREDE, « Chapitre 3121 : Notion d'inexécution d'une obligation contractuelle » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », Ph. LE TOURNEAU (sous. dir), *op.cit.*, V° Mérites de la faute, p.44.

¹⁰⁶⁷ Cass.civ. 2^e 11 juin 1980, n° 79-10. 569, *Bull.civ.* II, n° 140, cité in C. Bloch, « Titre 211 : L'imputation à une personne juridique » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », Ph. Le Tourneau (sous. dir), *op.cit.*, p. 533.

¹⁰⁶⁸ Cass.civ. 2^e, 10 janv. 1985, *Gaz. Pal.*, 1985. 1. Pan., 113, obs. Guinchard.

l'un des socles fondateurs de la notion de mauvaise foi, tel ne sera pas le cas en matière de responsabilité civile pour faute dans la mesure où d'autres notions pourront, à leur tour, aider à compléter la notion de mauvaise foi.

En conséquence, là où l'élément intentionnel n'est pas requis, la faute, elle, sera érigée en condition. L'absence de démonstration de l'élément intentionnel n'a donc aucune incidence sur l'étude de la mauvaise foi de l'avocat.

905. La place de la faute de l'avocat. La mise en œuvre de la responsabilité de l'avocat suppose la démonstration d'une faute, d'un préjudice ainsi que d'un lien de causalité. L'avocat sera donc responsable s'il est démontré que ce dernier a commis une faute de nature à créer un préjudice.

La profession d'avocat est soumise à une forte éthique professionnelle de sorte que l'exercice de sa mission sera longuement observé, et ce puisque les « avocats se sont vus reconnaître la qualité d'auxiliaires de justice et sont les collaborateurs occasionnels, mais quotidiens de la justice. On comprend dans ces conditions que les juges soient tentés de porter sur leur activité un jugement moral¹⁰⁶⁹ ».

Ce jugement moral passera nécessairement par une analyse scrupuleuse du comportement de l'avocat lorsque celui-ci sera présumé fautif.

906. Cette analyse sera donc basée sur la gravité des faits soit de la gravité de la faute commise par l'avocat de sorte que « quand la défaillance de l'avocat paraît particulièrement fautive, les juges peuvent envisager d'accorder à la victime des dommages et intérêts plus importants. A l'inverse, dans les cas les plus tangents, les jugements regrettent de retenir la responsabilité civile et accordent à la victime une réparation symbolique¹⁰⁷⁰ ».

Ainsi, cela démontre à quel point la gravité de la faute peut avoir une influence sur la responsabilité civile et c'est également en ce sens qu'il est possible de démontrer que l'élément intentionnel n'est pas toujours un élément prépondérant.

¹⁰⁶⁹ Y. AVRIL, « *La responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p. 137.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

907. Applicabilité et intérêt. L'intérêt d'évaluer au préalable le comportement de l'avocat permet d'appréhender la possible sanction de ce dernier et par analogie d'appréhender la gravité de la faute.

L'influence tenant à la gravité de la faute s'analyse à travers les décisions rendues par la Haute cour. En ce sens, les juges ont pu considérer que l'avocat avait commis une faute d'une particulière gravité lorsque ce dernier a encaissé une certaine somme à titre d'honoraires pour effectuer un montage juridique nul.

En l'espèce, « ce montage consistait à faire passer un contrat par une personne âgée, mise ultérieurement sous tutelle, dont l'insanité d'esprit fut retenue par les juges¹⁰⁷¹ ».

L'avocat a donc commis un abus de confiance au détriment de sa clientèle vulnérable. Ce comportement, assimilé à une faute lourde par les juges démontre que le professionnel peut – dans certains cas – agir de façon malveillante.

908. *A contrario*, il arrive que les juges soient amenés à modérer la sanction. Cette modération passe donc par une analyse scrupuleuse attachée au comportement du professionnel en cause. Cette modération passe donc par l'emploi de limite quant à l'action des clients contre les avocats.

909. En somme, dans une affaire en date du 9 février 1937, un client s'est plaint de la perte des pièces qu'il avait confiées à son avocat dans le cadre du litige. Pour autant, les juges ont retenu que « l'avocat avait pris toutes les précautions habituelles et avait réussi à reconstituer un dossier permettant au client de ne pas subir de préjudice¹⁰⁷² ».

¹⁰⁷¹ CA. Paris, 4 juill. 1997, JurisData n° 023332, cité in Y. Avril « *Responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p.137.

¹⁰⁷² CA. Paris, 9 févr. 1937, Gaz. pal., 1937. I. 507.

910. Cette modération de la part des juges s'explique par le fait que l'avocat avait, rempli sa mission et que la faute présentait un caractère véniel. Le comportement de l'avocat est donc au centre de l'analyse des juges et il est possible, à travers certaines décisions, d'assimiler la faute lourde à un comportement de mauvaise foi et *a fortiori*, de s'apercevoir que la mauvaise foi peut également être un élément déclencheur aux côtés de la faute.

911. Assimilation à la notion de mauvaise foi. A ce stade de l'étude, la question qui se pose est celle de savoir comment la notion de mauvaise foi pourrait jouer un rôle au moment de la qualification de la faute de l'avocat. Autrement dit, est-il possible d'assimiler la notion de faute lourde avec celle attachée à la mauvaise foi ?

Dans la question susvisée, c'est la notion de faute lourde qui est employée, et ce car la faute présentant un caractère véniel ne semble pas retenir la même attention, d'autant que certains auteurs n'hésitent pas à employer les termes attachés à une certaine « gravité de la faute¹⁰⁷³ ».

De plus, la notion de faute lourde est souvent le résultat du préjudice causé à la partie demanderesse de sorte qu'en fonction dudit préjudice, la faute pourra emprunter une certaine forme de gravité.

912. Ainsi, ramenés à la profession d'avocat, les auteurs de l'ouvrage rassemblant les règles de la profession d'avocat indiquent que « l'appréciation de la faute de l'avocat se fait par assimilation au comportement d'un modèle présenté comme idéal [...] Elle va se faire au regard des obligations mises à sa charge, découlant de la mission qui lui aura été confiée par son client, même si celle-ci est exercée à titre gratuit¹⁰⁷⁴ ».

La responsabilité de l'avocat est donc une responsabilité pour faute. Pour autant, la gravité de celle-ci aura une influence sur le prononcé de la sanction de sorte que c'est la qualité du comportement qui est au centre de la réflexion. A ce titre, les

¹⁰⁷³ Y. AVRIL, « *La responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p. 137.

¹⁰⁷⁴ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1817 - V° supra, §n°317 : La notion de faute et la profession d'avocat.

juridictions ne manquent pas de démontrer ce que peuvent être des faits pouvant être qualifiés de « particulièrement graves ».

913. Aussi, une Cour a pu engager la responsabilité civile de l’avocat lorsque ce dernier, à la suite d’un accident de la circulation, avait reçu de l’assurance une somme d’un million de francs et l’avait conservé sans explication.

De plus, l’avocat avait prélevé sur cette somme 15K€ d’honoraires « sans fournir le moindre décompte ni la moindre explication, *a fortiori*, sans recevoir la moindre autorisation [...] ¹⁰⁷⁵ ».

914. En somme, lorsque l’avocat établit un montant rattaché à ses honoraires, ce dernier doit le faire en faisant preuve d’une grande prudence, et ce puisque le montant doit être justifié. En l’espèce, ce contentieux quoique inhérente à la perception des honoraires démontre une certaine indécatesse de la part du professionnel du droit.

Dans cet arrêt l’avocat a été tenu responsable pour avoir perçu, indûment, des sommes. Ce comportement fait donc preuve d’une particulière gravité dans la mesure où le professionnel se doit – au vu des termes de son serment – justifier les honoraires qu’il établit pour son compte.

915. Cette malhonnêteté peut être perçue comme une faute qui, elle-même, peut se révéler volontaire.

En effet, l’avocat qui prélève indûment des sommes, et ce de façon malhonnête est nécessairement guidé par une certaine forme de mauvaise foi. Cet exemple prouve que la notion de mauvaise foi peut faire naître une faute d’une particulière gravité pouvant engager la responsabilité civile de l’avocat.

916. Nombreux sont les exemples qui démontrent que la notion de mauvaise foi peut être étudiée à l’aune de la notion de faute. En ce sens, une décision intéresse

¹⁰⁷⁵ CA. Toulouse, 24 avr. 2001, JurisData 150070, cité in Y. AVRIL, « Responsabilité des avocats », *op.cit.*, p. 138.

dans la mesure où il sera possible d'appréhender facilement la notion de mauvaise foi et *a fortiori* de rattacher cette notion à celle composant la faute.

Dans un arrêt rendu par une Cour d'appel en date du 27 mars 1984¹⁰⁷⁶ un avocat a été condamné pour avoir trompé son client en lui faisait croire, pendant des années, qu'il avait engagé une action dans son intérêt.

En somme ce dernier a menti à son client pour couvrir son absence de diligence. En conséquence ladite Cour a souligné que « les fautes insignes et manifestes commises par Me X ..., en particulier les pitoyables mises en scène organisées pour camoufler son incurie ».

En l'espèce, la manifestation de la mauvaise foi ne fait aucun doute et ce puisque la volonté frauduleuse de l'avocat est largement constatée.

917. En conséquence, la notion de faute apparaît au même titre que la notion de mauvaise foi, être une notion protéiforme de sorte que la notion de mauvaise foi peut aisément s'apparenter à la faute lourde.

Dans un autre arrêt¹⁰⁷⁷, une Cour d'appel a condamné un avocat au titre de son incompétence, cet arrêt est intéressant puisqu'il assimile la notion de légèreté avec la notion de faute caractérisée, reste à savoir si cette légèreté peut également s'apparenter à la notion même de mauvaise foi.

918. En l'espèce, l'avocat chargé de l'affaire avait assigné la partie adverse, notamment des architectes sur le fondement de l'article 1384 ancien du Code civil au lieu d'invoquer la responsabilité de plein droit prévue par l'article 1792 du même code de sorte que ce dernier a choisi « un régime de faute prouvée là où une responsabilité de plein droit [...] pouvait s'appliquer¹⁰⁷⁸ ».

¹⁰⁷⁶ CA. Bourges, 27 mars 1984, Gaz. Pal., 1984. I, J, 376, note A. Damien ; D. 1985. IR 112.

¹⁰⁷⁷ CA. Paris, 15 oct. 1996, JurisData n° 023197 cité in Y. AVRIL, « Responsabilité des avocats », *op.cit.*, p.138.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*

Cette carence manifeste dont s'est rendu coupable l'avocat montre une certaine légèreté dans le traitement de sa mission. Pour autant, cette légèreté sera sanctionnée, et ce de la même manière que dans l'arrêt cité ci-dessus.

919. En tout état de cause, les notions de faute et de mauvaise foi sont des notions qui ont les mêmes fonctions. En effet, la faute et la mauvaise foi s'appliqueront de la même manière, et ce en fonction du comportement de l'avocat objet du litige.

De sorte que les deux notions, sans être directement associées, peuvent l'être de par leur fonction et leur application. La faute et la mauvaise foi peuvent, à elles seules, engager la responsabilité de l'avocat.

Reste que les analyses, aussi subjectives soient telles, ne manquent pas de sévérités. Pour autant, il est nécessaire de s'apercevoir que dans certains cas, les juges peuvent faire preuve de modération à l'égard des avocats. Une Cour d'appel¹⁰⁷⁹ a eu l'occasion de rappeler, avec soin, la persistance de certaines limites. En l'espèce, un avocat s'était procuré – dans des conditions douteuses – un document qu'il a présenté à l'audience.

920. La Cour relève que si l'obtention de ce document est fautive, son utilisation n'est pas diffamatoire, outrageante ou injurieuse. Par conséquent, la Cour alloue au demandeur qu'une réparation symbolique, et ce afin de « marquer une limite à l'action des plaideurs contre l'avocat de leur adversaire¹⁰⁸⁰ ».

Cette modération démontre à quel point la gravité de la faute peut avoir une influence sur le régime de la responsabilité. A ce titre, l'observation d'un auteur intéresse puisque ce dernier indique que « c'est sans le dire que l'arbitraire du juge mesure les dommages et intérêts au degré de la culpabilité du responsable¹⁰⁸¹ ».

¹⁰⁷⁹ CA. Bordeaux, 30 nov. 1998, JurisData n° 055969, cité in Y. AVRIL, « Responsabilité des avocats », *op.cit.*, p. 141.

¹⁰⁸⁰ Y. AVRIL, « *La responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p. 140

¹⁰⁸¹ R. SAVATIER, « *Traité de la responsabilité civile en droit français* », éd., LGDJ, 1951, n°610.

921. En résumé, la mauvaise foi et la faute lourde semblent être des notions qui présentent un réel impact sur la mise en œuvre de la responsabilité civile. Cet impact se mesure, bien évidemment, par l'étude attachée à l'application commune des deux notions. En effet, les analyses susvisées couplées par les décisions jurisprudentielles, démontrent le lien étroit que peut présenter la notion de faute avec la notion de mauvaise foi.

Enfin, il est également possible d'affirmer que la notion de mauvaise foi peut avoir une influence sur la qualification de la faute et ce puisque, la faute de l'avocat s'analyse à travers un comportement.

§2 - Le constat d'un préjudice en lien avec le comportement de mauvaise foi

922. Amorce. Au vu de ce qui précède¹⁰⁸², la faute peut être assimilée à la notion de mauvaise foi de sorte qu'il est désormais nécessaire de s'intéresser aux conséquences que cette assimilation pourrait avoir.

Plus encore, le régime de la responsabilité civile nécessite d'appréhender les conditions de celle-ci, soit d'étudier l'impact que pourrait avoir la mauvaise foi de l'avocat sur le préjudice subi, tout en sachant que le préjudice doit être en lien avec la faute commise. En effet, « les juges du fond doivent relever expressément la relation de cause à effet entre le préjudice et la faute qui l'a entraîné¹⁰⁸³ ».

¹⁰⁸² V° supra, §n°319 et §n°899 : Sur la liaison entre la faute civile et la notion de mauvaise foi.

¹⁰⁸³ Cass.civ. 1^{re} 30 avr. 1985, n°84- 10.512, Bull. civ., I, n° 135; JCP 1986. II. 20653, note M. Dagot; D. 1987. 105, note A. Brunois - Cass.civ. 1^{re} 6 janv. 1994, n°90- 18.775, NP, Gaz. Pal., 29 mars 1994, 6, note J.- P. Kuhn - Cass.civ. 2^e 18 déc. 2003, n° 02- 17.069, Bull. civ., II, n°406 ; JCP 2004. I. 117, n°19, obs. R. Martin - Paris, 4 nov. 2003, Gaz. Pal., 2004. I. Somm. 1245.

923. Généralités des termes. Le préjudice a été défini par un arrêt en date du 28 octobre 1954 qui dispose que « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu¹⁰⁸⁴ ».

Le préjudice est prévu par l'article 1240 et suivants du Code civil¹⁰⁸⁵ pour tout ce qui a trait à la matière délictuelle ainsi qu'aux articles 1231-1¹⁰⁸⁶ et suivants du même code pour tout ce qui concerne la matière contractuelle.

De manière générale, le préjudice pourrait se définir comme « la conséquence de la lésion¹⁰⁸⁷ » ou encore comme « les diverses conséquences découlant du dommage à l'égard de la victime de celui-ci¹⁰⁸⁸ ».

924. S'agissant du lien de causalité, cette condition désigne la nécessité que la faute soit en lien direct avec le préjudice allégué. Autrement dit « si la condition première pour que la responsabilité civile soit engagée est l'existence d'un préjudice dont souffre la victime, elle n'est pas suffisante. Il faut aussi que celui-ci soit lié par un rapport de causalité avec le fait dommageable¹⁰⁸⁹ ».

925. A ce titre, deux articles du Code civil prévoient l'existence de ce lien de causalité.

En matière contractuelle, l'article 1239 du Code civil¹⁰⁹⁰ prévoit que « la responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur du dommage ».

¹⁰⁸⁴ Cass.civ. 2^e 28 oct. 1954, P II, n°328; JCP 1955. II. 8765, note R. Savatier ; RTD civ. 1955. 324, obs. H. et L. Mazeaud.

¹⁰⁸⁵ C.civ., art. 1240.

¹⁰⁸⁶ C.civ., art 1231-1.

¹⁰⁸⁷ C. BLOCH, « Chapitre 2122 : Notion de préjudice » in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », Ph. LE TOURNEAU (sous. dir), *op.cit.*, p. 556.

¹⁰⁸⁸ F.-P. BENOIT, « *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé* », JCP 1957. 1351, spéc. n^{os} 11 à 16.

¹⁰⁸⁹ J. JULIEN, « Titre 213 : La causalité », in « *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation* », Ph. LE TOURNEAU (sous. dir), *op.cit.*, p. 671.

¹⁰⁹⁰ C.civ., art. 1239.

926. A côté de cela, l'article 1240 du Code civil¹⁰⁹¹ dispose qu'en matière délictuelle, « lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé. Les responsables contribuent entre eux à proportion de la probabilité que chacun ait causé le dommage ». Autrement dit, le lien de causalité entre le préjudice et le fait dommageable doit être démontré afin que la responsabilité civile puisse être engagée.

927. L'étude attachée à la définition de ces deux notions démontre qu'elles sont étroitement liées. Très tôt, Aristote a fait part de cette idée en démontrant que « si la cause est, l'effet est ; et si la cause n'est point, l'effet aussi n'est point ; attendu que toute cause et tout effet ne vont jamais l'un sans l'autre, et qu'absolument nul effet ne peut être produit, qu'il n'y ait quelque cause qui le produise¹⁰⁹² ». Ce lien explique la nécessité d'étudier les deux notions de manière parallèle.

928. La démonstration du préjudice. La mise en œuvre de la responsabilité civile de l'avocat suppose la démonstration d'une faute, d'un préjudice ainsi que d'un lien de causalité. Ainsi, « la faute de l'avocat doit avoir causé à celui qui l'invoque un préjudice né, actuel et direct¹⁰⁹³ ». Mais encore, le préjudice doit être indemnisable, aussi, il doit être légitime de sorte que celui qui l'invoque ne doit pas être animé par une quelconque intention frauduleuse. En effet, la démonstration dudit préjudice nécessite la présence de plusieurs conditions, faute de quoi, la responsabilité de l'avocat ne pourra être engagée de sorte que le préjudice causé par l'avocat tient une place qui ne peut être négligée.

¹⁰⁹¹ C.civ., art.1240.

¹⁰⁹² ARISTOTE, « *La Rhétorique* », L. I, chap. 23, XXV.

¹⁰⁹³ Cass.civ. 1^{re} 14 janv. 1999, n°96- 22.271, NP – Cass.civ. 1^{re} 7 déc. 2004, n°02- 15.578, NP – Cass.civ. 1^{re} 21 oct. 2003, n°01- 16.412, NP, cité in A. Damien et H. Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1846.

Une autre notion est à envisager, notamment celle d'une possible perte de chance. La perte de chance se définit « comme la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable¹⁰⁹⁴ ».

929. Pour ainsi dire, dans le cadre de son activité de conseil, l'avocat doit informer son client de l'opportunité pour lui de former appel de sorte qu'« à défaut de l'avoir fait, le préjudice auquel le client victime d'une faute de son conseil a droit s'analyse dans une perte de chance¹⁰⁹⁵ ».

Soit, pour le dire de manière succincte, la perte de chance s'analyse en fonction des intérêts en cause.

En conséquence, la Cour de cassation analyse les caractéristiques mêmes du préjudice de sorte que cette dernière vérifie si « le préjudice doit faire l'objet d'une réparation intégrale compte tenu de sa certitude ou s'il doit seulement être indemnité à hauteur d'une perte de chance¹⁰⁹⁶ ». Cette réparation intégrale s'explique de par le caractère certain et actuel du préjudice.

930. **L'existence du préjudice en lien avec la mauvaise foi de l'avocat.** Au vu des éléments susvisés, si un préjudice est appréciable, la faute l'est aussi. Reste à savoir si le préjudice peut être – de manière automatique – le résultat d'un comportement de mauvaise foi.

En ce sens, certaines décisions de la Cour de cassation interpellent. Aussi, le client qui omet de conserver une sûreté alors que son avocat avait été, de manière implicite chargée de le faire, constitue une faute¹⁰⁹⁷. Le préjudice sera, dans ce cas, « certain dans son principe que dans son montant¹⁰⁹⁸ ». Mais encore, si le recouvrement d'une créance n'est plus possible par la faute de l'avocat, les juges examineront cet impact en constatant un préjudice matériel¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁴ Cass.civ. 1^{re} 30 mai 2012, n° 11-13.170, NP, A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », 16^e éd., Dalloz action, 2018-2019, p.1851.

¹⁰⁹⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1847.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*

¹⁰⁹⁷ Cass.civ. 1^{re} 4 juin 2007, n° 05-20. 213, Bull.civ. I, n° 127 ; D. 2007. 1782.

¹⁰⁹⁸ Y. AVRIL, « *La responsabilité des avocats* », *op.cit.*, p. 129.

¹⁰⁹⁹ CA. Paris, 24 juin 2003, Gaz. Pal., 2003, 3169.

Le fait générateur du préjudice réside, au préalable, dans le constat d'une faute. Le préjudice peut donc être assimilé à un comportement de mauvaise foi lorsque l'avocat agit avec une certaine intention.

931. Cette liaison entre le préjudice et la mauvaise foi peut facilement être observée à l'aune du caractère certain du préjudice. Le caractère certain démontre l'absence d'aléa et puisqu'« à l'impossible nul n'est tenu¹¹⁰⁰ », l'avocat pourra, en fonction de ses diligences ne pas être tenu responsable.

Pour autant, il existe des cas où cet aléa est totalement absent et c'est comme cela que la notion de mauvaise foi peut être analysée.

Ainsi, le caractère certain peut « consister en une privation du client de la possibilité de soumettre à une juridiction un litige dont les éléments de solution étaient connus¹¹⁰¹ ».

932. La mauvaise foi de l'avocat peut donc être observée lorsque ce dernier commet une faute dans un domaine où l'éventualité ne pouvait être recensée. La profession d'avocat nécessite que le professionnel agisse avec une grande prudence, avec minutie et qu'il fasse preuve de compétences acquises.

En conséquence, le préjudice sera naturellement certain lorsque « par la faute de son avocat, le client avait été privé de la chance de voir fixer un nouveau loyer, a relevé que le risque d'échec de l'avocat quasiment nul et qu'en outre, l'hypothèse d'un non-renouvellement du bail à l'initiative de la locataire pouvait raisonnablement être exclue¹¹⁰² ».

933. L'avocat qui, en connaissance de cause, ne met pas en œuvre les moyens de droit de nature à sauvegarder les intérêts de son client lui causera nécessairement un préjudice certain qui pourra être indemnisé.

¹¹⁰⁰ Allocution latine : « *ad impossibile nemo tenetur* », de Saint Thomas d'Aquin (1224-1274).

¹¹⁰¹ CA. Paris, 13 nov. 1962, JCP 1963. II. 13061, note J. Argenson.

¹¹⁰² Cass.civ. 1^{re} 18 juin.1996, n°94-12. 646, NP, cité in A. Damien et H. Ader « *Règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1847.

La mauvaise foi de l'avocat est donc facilement observée dans des situations où l'aléa ne peut être retenu. En somme, même si les juges du fonds, en analysant le caractère certain du préjudice, n'évoquent que très peu, pour ne pas dire jamais, la notion de mauvaise foi, celle-ci peut animée le comportement du professionnel lorsque ce dernier fait preuve d'inertie et d'imprudence.

934. Les conséquences de la mauvaise foi : la réparation du préjudice. La réparation du préjudice a été énoncée que succinctement dans les développements qui précèdent¹¹⁰³, pour autant cette analyse est opportune afin de qualifier la notion de mauvaise foi. Une partie de la doctrine indique que le principe d'évaluation du préjudice « s'effectue sans lien avec la gravité de la faute puisque le préjudice constitue un élément distinct de la responsabilité¹¹⁰⁴ ».

935. *A contrario*, une autre partie de la doctrine aurait tendance à penser que « le montant de l'indemnisation est susceptible de varier avec le degré de la gravité qui qualifie le manquement¹¹⁰⁵ ». Ce second mouvement doctrinal intéresse dans la mesure où il accorde une place de taille au comportement de l'avocat, notamment au moment de la réparation du préjudice.

La manifestation de la mauvaise foi est donc perçue par le comportement fautif de l'avocat et, par analogie, au moment de la réparation du préjudice.

936. Aussi, un avocat commettra une faute lorsqu'il laissera un client qui verser, lors de la conclusion d'une promesse de cession d'un fonds de commerce, une indemnité d'immobilisation de 500 000 francs, alors qu'il s'est révélé que le bail commercial avait été antérieurement résilié¹¹⁰⁶. De sorte que la faute de l'avocat causera nécessairement un préjudice de 500 000 francs au client que ce dernier devra nécessairement rembourser en intégralité.

¹¹⁰³ V°supra, §n°930 : Sur l'existence du préjudice en lien avec la mauvaise foi.

¹¹⁰⁴ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1851.

¹¹⁰⁵ Y. AVRIL, « La responsabilité des avocats », *op.cit.*, p. 129.

¹¹⁰⁶ Cass.civ. 1^{re} 12 mars 2002, n°00- 11.774, NP, RTD com. 2002. 649, obs. B. Saintourens ; JCP E 2002. 1335, note F. Pasqualini.

937. La faute paraît évidemment lourde. Cet exemple démontre que l’avocat négligent a agi avec un certain désintérêt.

A cela peuvent également s’ajouter des sommes afférentes au préjudice moral qu’aurait pu subir le client, et ce puisque toute faute de l’avocat peut, potentiellement, donner lieu à l’allocation de dommages et intérêts en raison du préjudice moral subi par la victime¹¹⁰⁷.

Alors, « plus la faute paraît lourde, et peut constituer même une infraction disciplinaire, plus l’indemnisation est abondante et généreuse, tandis que plus elle paraît vénielle, et le préjudice limité par l’avocat, plus faible sera l’indemnisation accordée¹¹⁰⁸ ».

Si, la mauvaise foi de l’avocat est aperçue de manière indirecte en matière de préjudice, ses conséquences elles, sont directes.

938. La place du lien de causalité et la mauvaise foi. Au vu des développements précédents concernant la définition du lien de causalité¹¹⁰⁹, il existe un lien indéniable entre la faute de l’avocat et le lien de causalité.

En effet, le lien de causalité, pour exister, doit être analysé à l’aune d’un comportement fautif, ce qui par la suite, ouvrira le droit pour la victime à percevoir des dommages et intérêts. Le lien de causalité serait donc perçu comme la conséquence d’une faute.

939. Pour autant, il est difficile de rattacher le lien de causalité à la notion de mauvaise foi dans la mesure où ce lien de causalité n’est qu’un mécanisme juridique permettant de constater un impact direct entre la faute et le préjudice subi. Autrement dit, « l’exigence du lien de causalité implique que la faute reprochée à l’avocat ait eu une incidence sur le préjudice allégué¹¹¹⁰ ».

¹¹⁰⁷ CA. Lyon, 20 juin 2002 ; JCP 2003. IV. 1202 – Cass.civ. 1^{re} 9 nov. 1999, n°98- 17.369, NP – CE 11 déc. 2015, n°384242, Lebon T; Gaz. Pal., 31 mai 2016, p. 27, obs. S. Roussel.

¹¹⁰⁸ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d’avocat* », *op.cit.*, p.1851.

¹¹⁰⁹ V° *upra*, §n°938 : Sur la définition du lien de causalité.

¹¹¹⁰ H. ADER et A. DAMIEN, « *Règles de la profession d’avocat* », *op.cit.*, p.1851.

940. A cet égard, les décisions jurisprudentielles attachées à l'analyse de ce lien de causalité se contentent de juger si oui ou non la faute serait la conséquence du préjudice invoqué par la victime.

Par exemple, la Cour de cassation a eu l'occasion, au cours d'une affaire de constater que le lien de causalité n'était pas démontré lorsque « le demandeur à l'action n'aurait pas pu exercer le droit de péremption dont il impute la méconnaissance à l'avocat¹¹¹¹ ».

Pour ainsi dire, la Cour examine scrupuleusement le comportement qu'aurait eu le client si la faute alléguée n'avait pas été commise¹¹¹².

En conséquence, malgré les difficultés attachées à la notion de mauvaise foi et au lien de causalité, il est possible d'affirmer que cette difficulté peut s'estomper lorsque le lien de causalité entre la faute et le préjudice est établi.

941. Les conséquences de la non-subsidiarité attachée à la responsabilité.

S'agissant de la non-subsidiarité du préjudice, la jurisprudence de la Cour de cassation a affirmé que la responsabilité des avocats ne présente pas un caractère subsidiaire¹¹¹³.

Pour ainsi dire, « dès lors qu'est certain le dommage subi par le client par l'effet de la faute de l'avocat, alors même que le client disposerait, contre un tiers, d'une action consécutive à la situation dommageable née de cette faute et propre à assurer la réparation du préjudice, il a droit à être indemnisé de ce préjudice¹¹¹⁴ ».

¹¹¹¹ Cass.civ. 3^e 7 oct. 2014, n°12-25. 478, NP, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1838.

¹¹¹² Cass.civ. 3^e 21 oct. 2013, n°01-16. 412, NP, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1838.

¹¹¹³ Cass.civ 1^{re} 22 sept. 2016, n°15- 20.565 ; D. 2016. 192 6 ; D. 2017. 24, obs. P. Brun, O. Gout et C. Quézel- Ambrunaz; D. avocats 2016. 263, obs. L. Dargent; D. avocats 319, Article C. Caseau- Roche; RTD civ. 2017. 154, obs. P. Jourdain; JCP 2016. 1239, note S. Grayot- Dirx ; Gaz. Pal., 10 janv. 2017, p. 31, obs. M. Mekki ; Gaz. Pal. 4 oct. 2016, p. 31, obs. C. Berlaud; Gaz. Pal. 6 juin 2017, p. 25, obs. D. Landry et J. Villacèque.

¹¹¹⁴ Cass.civ. 1^{re} 5 févr. 1991, n°89- 13.528, Bull. civ. I, n° 46 ; JCP 1991. IV. 124.

942. En somme, la mise en jeu de la responsabilité civile de l'avocat aura nécessairement des conséquences. Cette non-subsidarité semble présenter un côté assez sévère pour l'avocat puisque ce mécanisme permet au client de se retourner plus facilement vers celui-ci.

Autrement dit, ce mécanisme permet au client de « se contenter de la situation résultant de la faute commise par l'avocat¹¹¹⁵ » sans forcément aller plus loin.

943. La question qui se pose est donc celle de savoir si cette non-subsidarité pourrait ou non présenter un côté dissuasif pour l'avocat. La responsabilité civile de l'avocat est une responsabilité qui malgré une s'analyse en fonction des critères du droit commun, présente un côté autonome dans la mesure où certains évoquent le terme de « responsabilité civile professionnelle ¹¹¹⁶ ».

Le côté non-subsidiaire attachée à la responsabilité de l'avocat peut, dans certains cas, présenter un côté dissuasif. En effet et quoiqu'il en advienne, le professionnel doit toujours faire preuve d'une grande prudence au moment de l'accomplissement de sa mission, et ce puisque même une négligence pourra être retenue au même titre qu'une faute pouvant engendrer la mise en jeu de sa responsabilité.

944. Ainsi, le côté subsidiaire ne semble engendrer guère de différence, d'autant qu'il apparait que la réparation du préjudice liée à la faute de l'avocat est distincte de l'éventuelle réparation qui pourrait être obtenue à l'issue d'une action consécutive à la situation dommageable¹¹¹⁷. Ce principe était tout de même intéressant dans la mesure où il peut, dans une juste mesure, contrecarrer le comportement malveillant de l'avocat. Enfin, ce principe peut également présenter un aspect – de par sa sévérité – dissuasif ou préventif.

¹¹¹⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1851.

¹¹¹⁶ Cass.civ. 1^{re}, 27 nov. 2008, n°07- 18.142, P I, n°267 ; D. 2009. 706, note C. Jamin.

¹¹¹⁷ Cass.civ. 1^{re}, 27 févr. 2007, n°05- 21.677, Bull. civ. I, n°83; D. 2007. 867; JCP 2007. I. 151, n°6, obs. F. G'Sell; RCA 2007, n°147, note S. Hocquet- Berg ; RLDC 2007/ 41, n°2679, note H. Guyader.

SECTION 2. L'exercice délicat de la responsabilité civile de l'avocat comme conséquence d'un comportement de mauvaise foi

945. La notion de mauvaise foi est une notion « floue » qui nécessite, pour la comprendre, un rapprochement intense avec d'autres notions. En effet, la mauvaise foi est employée que de manière indirecte.

Pour autant, cette notion n'est pas totalement absente de sorte qu'il advient nécessaire de l'étudier à l'aune de l'assurance de responsabilité civile que l'avocat doit souscrire dans le cadre de son activité (§1), pour ensuite, évaluer la notion de mauvaise foi, d'une manière générale, à l'aune cette fois-ci de la responsabilité civile de l'avocat et ce afin de pouvoir dégager une définition claire, précise et applicable (§2).

§1 - La mauvaise foi est-elle couverte par l'assurance de responsabilité civile ?

946. Définitions. Dans le cadre de son activité, l'avocat a pour obligation de souscrire une assurance de responsabilité civile professionnelle. Pour ainsi dire, « tout avocat doit être couvert contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle¹¹¹⁸ ».

Plus encore, la loi de 1971¹¹¹⁹ prévoit cette obligation en son article 27 et dispose qu'« Il doit être justifié, soit par le barreau, soit collectivement ou personnellement par les avocats, soit à la fois par le barreau et par les avocats, d'une assurance garantissant la responsabilité civile professionnelle de chaque avocat membre du barreau, en raison des négligences et fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions ».

Cette assurance est destinée à couvrir les « sinistres causés par les fautes de l'avocat commises dans l'exercice de sa profession.

¹¹¹⁸ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1796.

¹¹¹⁹ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *prec.*, art. 27.

947. Plus précisément, l'assurance responsabilité civile professionnelle couvre les actes des avocats inhérents à l'exercice normal de la profession ¹¹²⁰ ». A ce titre, l'article L.113-1 *in limine* du Code des assurances¹¹²¹ indique, de manière précise, que « Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police ».

948. Ainsi, cette assurance n'a pas pour fonction de couvrir « des activités excédant l'activité professionnelle de l'avocat¹¹²² » ou tout simplement celles en lien avec les incompatibilités prévues par les textes¹¹²³.

En conséquence, cette assurance doit être confrontée au comportement des professionnels, notamment, en l'espèce, de l'avocat. Aussi il est nécessaire de s'interroger sur les modalités attachées à sa mise en œuvre, mais également à l'éclaircissement de certaines notions.

949. Mise en œuvre de la garantie. La mise en œuvre de ladite garantie suppose un fait générateur. Autrement dit, « la garantie prévue par l'assurance responsabilité civile implique que les faits dommageables aient été commis alors que l'avocat concerné était en exercice¹¹²⁴ », et l'auteur poursuit en indiquant que « l'assureur ne couvre pas l'avocat contre les conséquences pécuniaires des sinistres s'il établit que l'avocat avait connaissance du fait dommageable à la date de la souscription de la garantie¹¹²⁵ ».

En effet, il semblerait illogique que les assurances couvrent des dommages prévisibles et anticipés par l'assuré. À ce titre l'article L. 113-1 du Code des assurances¹¹²⁶ dispose *in fine* que « Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ».

¹¹²⁰ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1800.

¹¹²¹ C.ass., art L.113-1.

¹¹²² H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p. 1802.

¹¹²³ Décr. n° 91-1197 du 27 novembre 1991, *préc.*, art.111 et 115.

¹¹²⁴ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1802.

¹¹²⁵ *Ibid.*

¹¹²⁶ C.ass., art L.113-1, al.2.

En conséquence, la garantie ne pourra être mise en œuvre si le dommage a été causé par la faute intentionnelle ou la faute dolosive de l'avocat.

La question qui se pose est donc celle de savoir si ces deux notions peuvent être assimilables à un comportement de mauvaise foi.

950. Assimilation à la notion de mauvaise foi. La notion de mauvaise foi peut être définie à l'aune de plusieurs notions¹¹²⁷. En effet, cette notion protéiforme peut être perçue de manière objective, notamment à travers l'interprétation de notions voisines, soit de manière subjective en fonction du comportement en cause.

Aussi, en matière d'assurance de responsabilité civile, l'assimilation à la notion de mauvaise foi sera étudiée à l'aune de son analyse objective, soit, à travers des notions voisines telles que les notions de faute dolosive et de faute intentionnelle. Pour autant, l'analyse subjective ne doit pas être oubliée. En effet, cette analyse nécessite une étude de la norme comportementale en cause qui pourra, en l'espèce, être perçue à l'aune de la notion de négligence ou de légèreté blâmable.

951. Les notions de faute dolosive, de faute intentionnelle et la notion de mauvaise foi en matière d'assurance : l'analyse objective. S'agissant de la faute dolosive, un auteur définit parfaitement cette notion en indiquant que la faute dolosive serait le résultat « d'un manquement conscient de l'assuré, délibéré, même à une obligation à laquelle il était tenu, dont il résulterait la suppression de l'aléa inhérent au contrat d'assurance, même sans intention de rechercher le dommage, surtout dans toute son ampleur¹¹²⁸ ». Autrement dit, la faute dolosive peut découler « de la réalisation d'une action dont les risques sont connus de l'assuré¹¹²⁹ ».

¹¹²⁷ V° supra, §n°18, §310 et §318 ; Notamment à l'aune de la notion de faute intentionnelle.

¹¹²⁸ D. NOGUERO, « *faute intentionnelle ou dolosive ?* » étude sur la « Tradition confirmée de la troisième chambre civile de l'exigence du dommage tel qu'il est survenu », éd., Dalloz, 2015, Revue de Droit Immobilier, p.425.

¹¹²⁹ Cass.civ. 2^e 12 sept. 2013, n°12-24.650, D.2014. 571, chron. L. Lazergues-Cousquer, N. Touati, H. Adida-Canac, E. de Leiris, T. Vasseur et R. Salomon ; RCA 2013. Étude 8, par D. Bakouche ; JCP 2014. 383, note A. Pélissier.

952. En résumé, une partie de la doctrine éclaire longuement l'interprétation de cette notion de faute dolosive et en déduit que celle-ci serait perçue comme « la potestativité de l'évènement mis en risque, dont la réalisation, quoiqu'incertaine au temps de la souscription, se révèle finalement tributaire de l'assuré¹¹³⁰ ». En conséquence, la faute dolosive résulterait du comportement volontaire et prévisible de l'assuré.

953. S'agissant de la faute intentionnelle, la Cour de cassation a eu l'occasion de définir la notion et, son interprétation semble être opportune. Dans un arrêt en date du 3 janvier 1991 ladite juridiction indique que « la faute intentionnelle se caractérise par la volonté de créer, non pas seulement un risque de dommage, mais le dommage lui-même, tel qu'il s'est réalisé effectivement¹¹³¹ ». En sens, la Cour de cassation a eu pris le soin de préciser que « l'article L.113-1 ne peut recevoir application que si l'auteur a voulu non seulement l'action génératrice du dommage, mais également l'intégralité du dommage causé¹¹³² ».

A titre d'exemple, il est possible de citer un arrêt¹¹³³ qui retient la faute intentionnelle de l'avocat afin d'exclure, par la même, la garantie de l'assureur. En l'espèce, un avocat spécialisé dans les ventes judiciaires a longuement tardé à remettre les fonds versés par des adjudicataires dans le cadre d'une consignation.

954. D'une part, ce retard a généré un préjudice certain pour les adjudicataires dans la mesure où ces derniers se sont vu infliger des intérêts de retard. Et d'autre part, s'agissant du comportement de l'avocat – étant spécialiste en la matière – ce dernier avait une parfaite connaissance et conscience du danger qu'il causait de sorte que la Haute juridiction en déduit que l'avocat avait eu l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu.

¹¹³⁰ P.-G. MARLY, « *Droit des assurances* », éd., Dalloz, 2013, n°123.

¹¹³¹ Cass.civ. 1^{re} 3 janv. 1991, n°88-16.637, RCA 1991, n°124.

¹¹³² Cass.cv. 2^e 9 juill. 1997, RCA 1997, n° 353; RGDA 1998. 64, note Vincent.

¹¹³³ Cass.civ. 2^e, 24 mai 2006, RGDA 2006. 632, note Kullmann.

955. En résumé, en présence de cette typologie de faute, l'assureur pourra soulever la déchéance de la garantie. Ce dernier devra démontrer la présence d'une faute dolosive ou intentionnelle de l'assuré ce qui impliquera nécessaire « la volonté délibérée de causer ou non le dommage¹¹³⁴ ». L'importance liée à ces deux notions résulte donc de la déchéance ou non de la garantie.

956. Ces deux notions amènent à réfléchir à l'aune d'une particularité. Cette particularité contient la notion d'autonomie. En effet, une partie de la doctrine¹¹³⁵ ainsi que la Haute cour¹¹³⁶ considèrent que la faute dolosive et la faute intentionnelle sont purement autonomes. Ladite Cour, dans un arrêt récent¹¹³⁷ a énoncé que « la faute intentionnelle et la faute dolosive au sens de l'article L. 133-1 du Code des assurances, sont autonomes, chacune justifiant l'exclusion de la garantie dès lors qu'elle fait perdre à l'opération d'assurance son caractère aléatoire ».

Pour comprendre ce revirement de jurisprudence il est nécessaire de s'intéresser à la tendance attachée au passé qui ramener à juger que « la faute intentionnelle ou dolosive qui exclut la garantie de l'assureur implique que l'assuré a voulu non seulement l'action ou l'omission génératrice du dommage mais encore le dommage lui-même¹¹³⁸ ».

957. En conséquence, la véritable autonomie des deux notions semble être une autonomie présentant une certaine sévérité à l'égard des avocats. Désormais, peut importe que l'avocat ait commis une omission génératrice du dommage ou le dommage lui-même, l'une ou l'autre de ces actions suffit à exclure la mise en œuvre de la garantie et, en conséquence, à le rendre pleinement responsable.

¹¹³⁴ Cass.civ. 2^e 24 mai 2006, n°03-21.024, NP, cité in A.Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1802

¹¹³⁵ R. BIGOT, « *La consécration de la théorie dualiste des fautes volontaires inexcusables* », éd., Dalloz actualité, 2020.

¹¹³⁶ Cass.civ. 2^e 20 mai 2020, n° 19-11. 538, JCP 2020. 950, note Mayaux.

¹¹³⁷ *Ibid.*

¹¹³⁸ Cass.civ. 1^e 28 avr. 1993, n° 90-16.363, RGAT 1994. 234, note Rémy.

958. *A contrario*, la sévérité n'enlève en rien l'assimilation à la notion de mauvaise foi puisque celle-ci semblera s'interpréter avec plus d'aisance. En effet, plus nombreux seront les cas où l'avocat verra la mise en œuvre de sa protection s'envoler.

Un arrêt en date du 1^{er} juillet 2010¹¹³⁹ démontre comment la notion de mauvaise foi peut être perçue à travers la faute dolosive ou la faute intentionnelle. Dans ce cas d'espèce, il s'agissait d'une faute intentionnelle¹¹⁴⁰.

959. Un avocat avait laissé prescrire une action et avait en parallèle fait croire à son client que les assignations avaient été délivrées, soit que l'affaire était enrôlée. Plus tard, l'avocat a restitué le dossier au client en l'informant qu'il n'avait jamais fait enrôler l'affaire, et ce sans explications.

Une partie de la doctrine explique, à l'aune de cet arrêt, que les faits étaient « révélateur de la conscience qu'il avait (*l'avocat*) de ses manquements fautifs, la prescription de l'action étant intervenue du fait du comportement de l'avocat et de ses déclarations mensongères¹¹⁴¹ ».

960. La mauvaise foi est facilement perceptible dans cet arrêt. En effet le comportement de l'avocat démontre la volonté frauduleuse de laisser prescrire l'action et par analogie de causer un dommage à son client. Le comportement mensonger de l'espèce s'assimile parfaitement avec la notion de mauvaise foi dans la mesure où cette notion, perçue de manière négative par rapport à la notion de bonne foi, englobe naturellement un comportement mensonger, qui plus est, intentionnel.

La démonstration d'une faute intentionnelle ou dolosive permet d'assimiler facilement la notion de mauvaise foi au comportement en cause.

¹¹³⁹ Cass.civ. 2^e, 1^{er} juill. 2010, n°09- 14.884, Bull. civ. II, n°31; D. 2011. 355, note ; D. 2010. 2102, obs. H. Adida- Canac et S. Grignon- Dumoulin; D. 2011. 265 obs. N. Fricero; D. 2011. 1929 obs. H. Groutel; JCP 2010. 1068. n° 10, obs. G. Pillet; JCP 2011. 398, obs. J. Kullman; Gaz. Pal., 27- 31 août 2010, p. 12, obs. B. Richard; RCA 2010, n°263, obs. H. Groutel.

¹¹⁴⁰ Pour rappel la faute intentionnelle est définie comme la volonté de créer le dommage – V° supra, n°§17 et 953.

¹¹⁴¹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1802

961. En matière d'assurance de responsabilité civile, un autre mécanisme permet d'appréhender la notion de mauvaise foi. Ce mécanisme s'attache à la charge de la preuve. En effet, les compagnies d'assurances ont pour but, et ce en cas de litige, de « démontrer l'existence des causes de déchéances dont il se prévaut¹¹⁴² », alors l'assureur doit établir « la volonté frauduleuse de l'avocat ¹¹⁴³».

En effet, la démonstration desdites causes est nécessairement rattachée à la notion de faute dolosive et de faute intentionnelle pour autant c'est le mécanisme qui est intéressant.

962. La charge de la preuve est parfaitement éclairée par un adage du droit romain qui énonce « *Actori incumbit probatio*¹¹⁴⁴ » autrement dit, « la charge de la preuve incombe au demandeur ». En l'espèce cela est parfaitement démontré par la jurisprudence afférente à l'article L. 113-1 du Code des assurances¹¹⁴⁵ puisque c'est à l'assureur de prouver les causes pouvant justifier une exclusion de garantie.

En conséquence, cette preuve s'attache automatiquement au comportement de l'avocat. L'assureur devant démontrer « la réunion des conditions de fait de cette exclusion¹¹⁴⁶ ».

963. La notion de mauvaise foi étant démontrée par un comportement intentionnel, malveillant, ou encore par une volonté frauduleuse, cette notion sera, indirectement, l'objet de la preuve que l'assureur devra rapporter.

¹¹⁴² Cass.civ. 1^{re} 25 oct. 1994, n°92-14.654, RGAT 1994. 1995, note Chardin.

¹¹⁴³ CA. Bourges, 27 mars 1984, Gaz. Pal.,1984. 1. 376, note A. Damien ; in DAMIEN, Les grands arrêts, 1991, p. 85.

¹¹⁴⁴ Formule juridique romaine, inscrite dans la Loi des XII tables au V^e av. J.C.

¹¹⁴⁵ C.ass., art L.113-1.

¹¹⁴⁶ Cass.civ. 1^{re} 15 oct. 1980, n°79-15.075, P : RDI 1981. 523, obs. Durré; RGAT 1981. 51, note Besson - 22 oct. 1980, n° 79-15.003 P: RDI 1981. 523, obs. Durré; RGAT 1981. 51, note Besson - 27 oct. 1981, n° 80-15.076 P: D. 1983. IR 217, obs. Berr et Groutel - 9 mars 1999: RCA 1999, n° 160 - Civ. 2^e, 29 mars 2018, n° 17-21.708: RCA 2018, n° 207; RGDA 2018. 315, note Asselain.

Plus encore, si la mauvaise foi s'apparente à un comportement, elle s'apparente nécessairement à un comportement attaché à des faits frauduleux. En somme, l'intention frauduleuse est primordiale afin de qualifier cette notion, mais le résultat de cette intention l'est tout autant.

La charge de la preuve permet donc de penser que la preuve de la mauvaise foi revient à l'assureur et que cette preuve sera rapportée par un comportement présentant une volonté frauduleuse couplée par des faits justifiant l'exclusion de la garantie.

964. La notion de négligence et la notion de mauvaise foi en matière d'assurance : l'analyse subjective. La notion de négligence n'est pas une notion inconnue¹¹⁴⁷. En matière d'assurance de responsabilité civile, la question qui se pose est celle de savoir si la notion de négligence peut être assimilée à la notion de faute intentionnelle ou dolosive laissant donc une place de choix à la notion de mauvaise foi, et ce aux côtés de la notion de négligence. En effet, il existe des cas où la notion de mauvaise foi peut être le résultat d'un comportement négligent¹¹⁴⁸.

965. Un arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 24 mars 1987 intéresse dans la mesure où cette dernière indique qu'« une imprudence caractérisée ne constitue pas une faute intentionnelle ou dolosive, laquelle implique que l'assuré a voulu non seulement l'action ou l'omission génératrice du dommage, mais encore le dommage lui-même¹¹⁴⁹ ».

966. En somme, un comportement négligent est, le plus souvent, générateur de responsabilités pour l'avocat. Pour autant, l'article 27 de la loi de 1971¹¹⁵⁰ prévoit que les fautes éventuelles ou les négligences que l'avocat pourrait commettre dans l'exercice de ses fonctions soient garanties par l'assurance de responsabilité civile.

¹¹⁴⁷ V° supra, §n°645 : Sur la notion de négligence de l'avocat.

¹¹⁴⁸ V° supra, §n°468: Sur la négligence pouvant être un comportement générateur de responsabilité civile.

¹¹⁴⁹ Cass.civ. 1^{re} 24 mars 1987, n° 85-14.224, D. Landry, R. Martin, Fasc. 300-90 « *AVOCATS. – Obligations et prérogatives* », Jurisclasseur Procédure civile, éd., Lexis 360, 2020.

¹¹⁵⁰ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971, *préc.*, art. 27.

967. Reste que cette négligence, même si elle est admise sur le plan de la responsabilité, pourra exonérer l'avocat de sa responsabilité de sorte que cette négligence sera supportée par l'organisme d'assurance. La notion de mauvaise foi est donc une notion pouvant s'appliquer à un type de comportement, mais s'agissant du régime applicable à ce comportement, ses conséquences seront variables.

Pour ainsi dire, en matière d'assurance de responsabilité civile, face à un comportement négligent, la faute intentionnelle ou dolosive ne pourra être retenue de sorte que la notion de négligence n'aura que très peu d'incidences sur les conséquences attachées – quoiqu'indirectement – à la notion de mauvaise foi.

968. Incidence de la mauvaise foi. S'il est possible d'assimiler la notion de mauvaise foi aux notions attachées à la faute intentionnelle et dolosive, les conséquences de cette assimilation sont primordiales. L'exclusion de la garantie prévue par l'assurance de responsabilité civile implique que l'avocat supporte seul et de manière intégrale les conséquences de ses agissements.

En somme la reconnaissance de la responsabilité de l'avocat l'oblige à « assumer seul les conséquences de ses engagements¹¹⁵¹ ».

Ainsi, en présence de fautes dolosive ou intentionnelle assimilables à un comportement de mauvaise foi, l'avocat sera tenu pour responsable.

Alors, si le comportement de l'avocat démontre une intention frauduleuse impliquant une certaine volonté dans la réalisation du risque. Cette malversation peut donc être assimilée à de la mauvaise foi dans la mesure où l'élément intentionnel ne trompe pas.

969. S'il est possible de rattacher la notion de mauvaise foi aux notions de faute intentionnelle et faute dolosive, l'incidence de cette assimilation s'expliquera par la reconnaissance pleine et entière de la responsabilité de l'avocat ce qui sera rendu légitime par l'exclusion de la garantie.

¹¹⁵¹ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1810.

Ainsi, la mauvaise foi, si elle est assimilée aux notions attachées à la faute, ne sera pas couverte par l'assurance de responsabilité civile. Dans le cas contraire, il est difficile d'affirmer que cette mauvaise foi ne sera pas couverte par l'assurance de responsabilité civile dans la mesure où cette notion est une notion non apparente dans le dialogue des juges.

§2 - *Qu'elle place occupe la notion de mauvaise foi lors de l'action en responsabilité contre l'avocat ?*

970. Explications. La responsabilité civile est une responsabilité qui est, par nature, très riche en réflexions. En effet, cette responsabilité a pour fonction la réparation d'un préjudice, mais également une fonction de dissuasion. En somme, la responsabilité civile détient une place prédominante dans la société actuelle, place qui sera justifiée par les illustrations et les cas d'espèce.

En conséquence, l'étude de la question susvisée laisse place à une certaine logique. De plus, l'évaluation de la mise en œuvre de la responsabilité civile passe nécessairement par une étude accrue attachée à la norme comportementale de sorte que les notions de bonne foi et de mauvaise foi sont intéressantes.

971. La place de la mauvaise foi dans la réunion des conditions de la responsabilité civile. L'étude générale attachée à la responsabilité civile de l'avocat amène à s'interroger – sous forme de synthèse – sur plusieurs points. En effet, comme déjà évoqué ci-dessus, le régime de la responsabilité civile est un régime diversifié et vaste obligeant la réalisation de certaines conditions tout aussi dense les unes que les autres.

En conséquence, il est nécessaire d'éclaircir – scrupuleusement – la place de la mauvaise foi de l'avocat à travers ce régime et notamment à travers l'action en responsabilité.

972. **La prééminence de la mauvaise foi.** La notion de mauvaise foi est une notion qui est interprétée timidement dans la mesure où les réflexions doctrinales et les textes normatifs ne l'invoquent que brièvement.

Une partie de la doctrine s'accorde à penser que « la mauvaise foi est une faute comportementale pouvant conduire, selon sa gravité à la résolution pour inexécution¹¹⁵² ».

973. Mais encore, par une lecture négative de la notion de bonne foi, certains auteurs indiquent que « la bonne foi [...] : doit servir à sanctionner les comportements contractuels malicieux – ceux qui tendent à détourner le contrat, ou certaines de ses stipulations, pour en tirer un profit anormal [...] ¹¹⁵³ ».

Ainsi, cette notion doit être étudiée à l'aune d'un comportement subjectif ou aux côtés de situations similaires. C'est en ce sens que la notion de faute est primordiale. En effet, la mise en œuvre de la responsabilité civile suppose la réunion de plusieurs conditions, dont la faute.

974. La notion de faute est une notion qui peut être assimilée à la notion de mauvaise foi dans la mesure où elle est le résultat d'un comportement malveillant dicté par une intention de nuire. Alors, le raisonnement semble opportun.

Comme vu précédemment¹¹⁵⁴, certains auteurs affirment que « l'appréciation de la faute de l'avocat se fait par assimilation au comportement présenté comme idéal [...] Elle va se faire au regard des obligations mises à sa charge, découlant de la mission qui lui aura été confiée par son client [...] ¹¹⁵⁵ ».

¹¹⁵² M. LATINA et G. CHANTEPIE « *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », éd., Dalloz, 2016, p. 95

¹¹⁵³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, « *L'acte juridique* », éd., Librairie du recueil Sirey, 2014, n° 378.

¹¹⁵⁴ V° supra, n°§317 et 912 : Sur le caractère de « modèle présenté comme idéal ».

¹¹⁵⁵ H. ADER et A. DAMIEN, « Règles de la profession d'avocat », *op.cit.*, p.1817- V° supra, §n°317 : la notion de faute et la profession d'avocat.

Cette idée, même si elle a déjà été étudiée, reflète l'importance que la faute de l'avocat peut avoir, plus encore, sa signification linéaire permet d'affirmer que la mauvaise foi est une notion qui s'apparente facilement à la faute.

975. Pour autant, l'élément intentionnel n'est pas exigé en matière civile, les exemples démontrent que la responsabilité de l'avocat est – le plus souvent – mis en œuvre à la suite d'une faute ou d'une négligence caractérisée ce qui laisse une place importante à la notion de mauvaise foi.

L'assimilation de la notion de faute avec la notion de mauvaise foi de l'avocat s'explique donc par la conscience – non altérée – de commettre un préjudice, ou de tromper – par des manœuvres frauduleuses – l'esprit de son client ou des tiers.

A fortiori, la notion de mauvaise foi pourrait également être le préalable de la faute dans la mesure où c'est le comportement fautif qui sera dicté par une certaine mauvaise foi de son auteur.

976. **Les chances de succès de l'action et la mauvaise foi.** Le constat d'un préjudice revient à admettre la réparation du dommage afférent à la faute de l'avocat. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir si la mauvaise foi peut ou non avoir une influence sur la mise en œuvre de cette réparation.

977. Autrement dit, cela revient à se demander si la mauvaise foi de l'avocat peut être perçue comme une chance de succès pour la victime. Comme déjà évoquée¹¹⁵⁶, la gravité de la faute tient une place importante au moment de la réparation du préjudice.

Pour ainsi dire, la gravité attachée au comportement de l'avocat a également une incidence sur la réparation du préjudice.

¹¹⁵⁶ V° supra, §n°934 : Les conséquences de la mauvaise foi : la réparation du préjudice.

- 978.** S'agissant des chances de succès de la victime, si la faute est assimilable à un comportement de mauvaise foi, il est logique que les chances de succès de la victime soient certaines. Pour autant, cette affirmation n'est pas automatique. En effet, la notion de perte de chance interpelle de sorte que « si la chance était inexistante, il n'y a pas de préjudice et le demandeur doit être débouté¹¹⁵⁷ ». Pour mémoire¹¹⁵⁸, la perte de chance est perçue « comme la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable¹¹⁵⁹ ».
- 979.** L'évaluation d'une possible perte de chance passe nécessairement par une évaluation attachée au comportement de l'avocat, et ce puisque le juge devra apprécier la chance que la victime avait de gagner son procès si son avocat n'avait pas commis de faute¹¹⁶⁰. Autrement dit, la perte de chance serait assimilable au dommage dans la mesure où le dommage est généré par la faute de l'avocat. Cette notion pourrait donc être appréhendée comme « l'événement favorable espéré, ce qui a été anéanti par la faute de l'avocat¹¹⁶¹ ».
- 980.** Ainsi, la réparation intégrale du préjudice ou la réparation liée à une possible perte de chance du client ont-elles toutes deux pour point de départ une analyse attachée au comportement de l'avocat qui plus est, l'élément générateur de la réparation. C'est en ce sens que la notion de mauvaise foi acquière une place – quoiqu'indirecte – au sein de l'évaluation du préjudice.

¹¹⁵⁷ CA Paris, 3 avr. 1990, JurisData n° 1990-022403,

¹¹⁵⁸ V° supra, §n°928 : Sur la définition de la perte de chance.

¹¹⁵⁹ Cass.civ. 1^{re} 30 mai 2012, n°11-13.170, NP, cité in A. Damien et H.Ader, « *Les règles de la profession d'avocat* », *op.cit.*, p.1851.

¹¹⁶⁰ Cass.civ. 1^{re} 16 mars 1965, Bull.civ. I, n°194, D. 1965, p. 425, note L. Crémieu, Gaz. Pal., 1965, 1, p. 336.

¹¹⁶¹ M.-L. DEMEESTER, « Chapitre 1 : responsabilité civile », in « *Avocat : responsabilité* », *op. cit.*, V° Perte de chance.

Ce rapprochement s'explique par l'analyse qu'effectuent les juges de l'action en responsabilité. En effet, ces derniers recherchent « la valeur des moyens que le lésé aurait pu soutenir dans le procès et qui n'ont pas été soutenus par la faute de l'avocat¹¹⁶² ».

La faute de l'avocat est donc au centre de l'étude. La réparation d'une possible perte de chance est obligatoirement conditionnée à la démonstration d'un comportement fautif. Reste que, l'admissibilité d'une réparation attachée à une perte de chance nécessite une évaluation précise d'une chance perdue et certaine.

Ainsi, la notion de mauvaise foi peut être perçue de deux manières.

981. Soit, la notion de mauvaise foi acquière une importance primordiale dans la mesure où, à ce stade de l'étude, il est possible d'affirmer qu'elle résulte d'un comportement intentionnel et frauduleux ce qui aiderait à qualifier le caractère certain de la perte de chance, et ce puisque la perte de chance nécessite « la probabilité assez forte qu'un événement favorable a été perdu¹¹⁶³ ». La mauvaise foi pourrait donc jouer un rôle majeur au moment de cette démonstration. Ainsi, la notion de mauvaise foi pourrait être évaluée à l'aune du préjudice subi afin de savoir si une perte de chance peut ou non être retenue.

982. Soit et comme c'est le cas aujourd'hui la notion de mauvaise foi n'a guère sa place en matière d'évaluation de perte de chance. La tendance jurisprudentielle conduit à penser que les juges évaluent d'une part la faute de l'avocat, et d'autre part le préjudice que cette faute a généré.

¹¹⁶² CA. Bourges, 27 mars 1984, Gaz. Pal., 1984, 1, p. 376, note A. D. ; D. 1985, inf. rap. p. 112. – CA Paris, 5 mars 1985, D. 1985, inf. rap. p. 104, obs. A. Brunois. – Cass.civ. 1^{re} 4 avr. 2001, JurisData n°2001-009011 ; Bull. civ., I, n° 101 ; JCP G 2001, I, 348, n°27, obs. R. Martin. – CA. Dijon, 27 janv. 1987 : Gaz. Pal., 1988, 1, Somm. p. 29. – Cass.civ. 1^{re} 4 avr. 2001, n°99-11. 353, JD n° 2001-09170, JCP G 2001, I, 348, n°28, obs. R. Martin;

¹¹⁶³ M.-L. DEMEESTER, « Chapitre 1 : responsabilité civile », in « *Avocat : responsabilité* », *op.cit.*, V° Perte de chance.

En somme, il arrive que les juges écartent la responsabilité de l'avocat, notamment lorsqu'ils constatent que le client « ne justifiait pas d'un préjudice direct et certain résultant de la perte de chance raisonnable de succès de ses prétentions¹¹⁶⁴ ».

983. Au vu de ce qui précède, la notion de faute de l'avocat est une notion omniprésente en matière de responsabilité. Même si cette notion peut facilement être rattachée à la notion de mauvaise foi dans la mesure où il existe de nombreuses similarités, en matière de perte de chance cette notion de mauvaise foi est totalement inconnue.

984. En effet c'est l'analyse attachée à ce qu'aurait pu avoir la victime qui prime, le comportement de l'avocat étant seulement le fait générateur de l'analyse. Pour autant, assimiler la notion de mauvaise foi à la notion de perte de chance pourrait présenter une certaine logique. Si la perte de chance est analysée à l'aune d'une chance favorable au client, elle est au préalable analysé à l'aune d'une norme comportementale.

Ainsi, si la perte de chance était évaluée à l'aune d'un élément intentionnel attaché à l'avocat et produit par la notion de mauvaise foi cela pourrait éviter les durcissements jurisprudentiels ou *a contrario* les possibles indulgences.

985. La reconnaissance pleine et entière de cette notion de mauvaise foi en matière de perte de chance permettrait de créer une condition autonome pouvant aider à maintenir stables les tendances jurisprudentielles et ce afin d'éviter les abus et de maintenir « le bon sens ». Bien évidemment, ce constat pourrait être rendu possible par la place – fondamentale en matière de responsabilité civile – attachée au comportement de l'avocat.

¹¹⁶⁴Cass.civ. 1^{re} 25 nov. 2015, n°14-25. 109, F+P+B, JurisData n°2015-026401, Gaz. Pal., 19 avr. 2016, p. 28, note D. Landry et J. Villacèque.

986. Les solutions. La profession d’avocat est une profession qui nécessite que le professionnel supporte une grande charge de responsabilité. Pour autant, aucun régime autonome n’est prévu afin de pallier aux nombreuses responsabilités dont l’avocat pourrait avoir à faire face. L’avocat est donc soumis aux dispositions prévues par le droit commun de la responsabilité.

987. En somme, les règles et les principes qui guident la profession d’avocat sont stricts et indépendants, mais les sanctions attachées à ses règles et principes sont celles prévues par le droit commun de sorte qu’il serait plus confortable d’établir un régime – aussi strict soit-il – autonome attaché à la responsabilité de l’avocat. Ce régime pourrait donc facilement inclure la notion de mauvaise foi afin de rendre légitime la mise en œuvre de certains mécanismes.

En ce sens, la Cour de cassation commence timidement de consacrer un régime de responsabilité attaché à la déontologie de l’avocat. Ainsi, dans un arrêt en date du 27 novembre 2008, ladite Cour retient la responsabilité de l’avocat pour manquement au devoir de conseil à l’égard d’un tiers¹¹⁶⁵.

988. L’affirmation nette d’un régime autonome de responsabilité professionnelle permettrait d’aménager celle-ci, d’accélérer sa mise en œuvre, et d’éclaircir ses fondements. En effet, les textes régissant la profession d’avocat sont vastes et morcelés de sorte que la solution serait peut-être perceptible à l’aune d’un code de déontologie clair et qui rassemble les règles, principes et sanctions attachées à ladite profession.

Enfin, cela permettrait également d’ériger en condition la mauvaise foi de l’avocat et de prévoir les sanctions – pour ne pas dire les conséquences – inhérentes à cette notion.

¹¹⁶⁵ Cass.civ. 1^{re} 27 nov. 2008, n°07-18. 142, P I, n°267; D. 2009. 706, note J. Jamin.

989. Au vu de ce qui précède, la notion de mauvaise est, en matière de responsabilité civile, perçue de manière timide. Pourtant, la responsabilité suppose au préalable un comportement fautif de sorte que la mauvaise foi aurait pu être une notion largement présente en matière de répression. Toutefois, cette notion est – dans le langage des juges – rarement employée.

990. Ce constat pourrait s'expliquer par de nombreuses raisons. D'une part, par la définition de la faute, qui, même si elle présente des lacunes en théorie, est systématique en matière de responsabilité.

D'autre part, ce constat pourrait être étayé par l'absence de l'élément intentionnel, laissant alors la mauvaise foi au droit pénal, ou enfin par la multiplicité des termes en matière de devoirs déontologiques ou civils.

CONCLUSION DE CHAPITRE

991. La responsabilité de l'avocat est soumise aux conditions de la responsabilité civile prévue par le droit commun. En somme, la responsabilité de l'avocat sera engagée si le demandeur à l'action démontre une faute, un lien de causalité, et enfin un préjudice.

S'agissant de la faute, la notion de mauvaise foi joue un rôle primordial. En effet, la faute civile suppose un comportement plus ou moins actif qui débouche nécessairement sur la réalisation d'un dommage. La gravité de cette faute aura des conséquences sur l'engagement de la responsabilité de l'avocat.

Pour ainsi dire, la faute non vénielle de l'avocat pourra être assimilée à la notion de mauvaise foi dans la mesure où cette faute est – le plus souvent – le résultat d'un comportement malveillant, malhonnête ou même fallacieux de sorte que le comportement de l'avocat est dirigé en connaissance du préjudice futur.

992. S'agissant du préjudice, le caractère certain de celui-ci laisse entendre qu'il est possible de rattacher la notion de mauvaise foi à la condition inhérente au préjudice. Ce caractère certain sera donc analysé à l'aune de la prévisibilité.

La mauvaise foi de l'avocat sera donc perceptible lorsque ce dernier commet une faute dans un domaine où l'éventualité ne pouvait être recensée. Ainsi, ce comportement démontre une certaine imprudence pouvant être marquée par un comportement de mauvaise foi.

993. S'agissant du lien de causalité, – qui est, par déduction, la conséquence de la faute – la notion de mauvaise est une notion difficilement observée dans ce domaine.

En effet, le lien de causalité est requis afin de démontrer une relation de cause à effet et non pas pour démontrer un comportement purement fautif de sorte que l'assimilation à la notion de mauvaise foi pourra être logique seulement lorsque le lien de causalité entre la faute et le préjudice sera établi. Alors, seule une vision générale permettra d'assimiler cette notion à celle attachée au lien de causalité.

994. L'étude de la mauvaise foi en matière de responsabilité implique d'étudier la garantie d'assurance de responsabilité civile que doit contracter l'avocat. Ce genre d'assurance ne couvre que les dommages imprévisibles ou ceux qui auraient été commis avec une certaine négligence, et enfin ceux qui auraient été commis dans le cadre de l'exercice de la profession de l'avocat. *A contrario*, les fautes intentionnelles et dolosives qu'aurait commises l'avocat auront pour conséquences de le tenir seul responsable.

995. La notion de mauvaise foi pourra donc être perçue à l'aune de ces deux typologies de faute. En effet, il a été démontré que la notion de mauvaise foi pouvait s'apparenter à un comportement intentionnel de sorte que la volonté joue un rôle primordial. La faute dolosive peut également être assimilée à la notion de mauvaise foi dans la mesure où cette faute nécessite un comportement conscient et délibéré.

Quant à la notion de mauvaise foi, elle implique un comportement animé par une intention frauduleuse, ou plus généralement par un comportement qui ne respecte pas les conditions attachées au « bon professionnel ».

Force est de constater que les fautes intentionnelles et dolosives peuvent facilement s'apparenter à un comportement de mauvaise foi.

En somme, en matière de responsabilité civile, la notion de mauvaise foi est une notion qui peut facilement être déduite. A travers les conditions de la faute, du préjudice ainsi que par la mise en œuvre de l'assurance de responsabilité civile.

CONCLUSION DE TITRE

996. L'étude de la responsabilité civile implique de s'interroger sur plusieurs points. A ce titre, le fondement de la responsabilité civile de l'avocat intéresse. En effet, la responsabilité de l'avocat n'a pas toujours eu le même impact qu'aujourd'hui. La déontologie a joué un rôle majeur dans la reconnaissance de cette responsabilité dans la mesure où cette déontologie représente l'étude primitive des obligations de l'avocat de sorte que c'est sur cette base que s'est construite la responsabilité de l'avocat.

Quant à la nature de cette responsabilité civile, cette dernière sera tantôt contractuelle, tantôt délictuelle. Elle aura une nature contractuelle lorsque le litige oppose l'avocat et son client, *a contrario* elle sera délictuelle lorsque le litige oppose l'avocat à des tiers.

997. En matière contractuelle, la notion de mauvaise foi de l'avocat peut être assimilée à une défaillance contractuelle dans le sens où cette défaillance résulte d'une mauvaise exécution qui est – directement ou indirectement – intentionnelle. La mauvaise foi de l'avocat peut donc être recherchée par le client, sauf si ce dernier se rend également coupable d'une faute.

En matière délictuelle, depuis un arrêt en date de 2006¹¹⁶⁶, la responsabilité de l'avocat peut être recherchée par les tiers au contrat. La prospérité des actions menée par les tiers est largement reconnue par la jurisprudence.

¹¹⁶⁶ Ass. Plen. 6 oct. 2006, n° 05-13. 255, Myr'ho, Boot Shop, Bull.civ.ass. plén., n°9; GAJC, t. II, 13e éd., 2015, n°177; D. 2006. 2625, note G. Viney; D. 2006. IR 1870, obs. I. Gallmeister; JCP 2006. II. 10181, avis A. Gariazzo, note M. Billiau; JCP E 2007. 1000, note F. Auque et L. Bloch; RCA 2006. Étude 17; RDC 2007. 269, note D. Mazeaud; RDC 2007. 381, note J.- B. Seube; RDC 2007. 569, art. Ph. Jacques; RTD civ. 2007. 61, obs. P. Deumier; RTD civ. 2007. 115, obs. J. Mestre et B. Fages; RTD civ. 2007. 123, obs. P. Jourdain.

En effet, la reconnaissance accrue d'un mouvement favorable aux victimes entraîne nécessairement une refonte de la norme comportementale de sorte que la manifestation de la notion de mauvaise foi passera par la démonstration d'un préjudice causé aux tiers, et ce nonobstant une quelconque volonté de nuire qui ne pourra être obligatoirement requise.

998. Quant aux conditions de la responsabilité civile, l'avocat est soumis aux mêmes règles que celles issues du droit commun. La notion de mauvaise foi sera facilement perceptible en présence de fautes lourdes puisque cette dernière est également évaluée à l'aune d'un comportement idéal de sorte que la faute et la mauvaise foi présentent les mêmes caractéristiques.

Un comportement entaché de mauvaise foi peut être généré par la présence d'une faute et avoir pour conséquence la manifestation d'un préjudice. Le lien de causalité sera donc le mécanisme qui aidera à démontrer la relation de cause à effet.

999. Quant à l'exercice de la responsabilité civile, l'assurance que doit contracter l'avocat ne couvre pas les comportements entachés par des fautes de nature dolosive ou intentionnelle. Par déduction et après l'analyse de ces deux notions, il est possible d'affirmer que cette assurance de garantie – que doit contracter l'avocat dans le cadre de sa profession – ne couvre pas les comportements assimilables à une quelconque mauvaise foi dans l'exercice de ladite profession.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

1000. La mauvaise foi de l'avocat pourra faire l'objet de sanction de sorte que plusieurs matières sont à envisager.

En droit disciplinaire, la notion de mauvaise foi doit être évaluée aux côtés des notions attachées à l'honneur, aux bonnes mœurs, et à la probité. La mauvaise foi pourra donc être perçue comme étant un comportement contraire à l'activité pratiquée.

En effet, nombreux sont les exemples issus de la jurisprudence qui sanctionnent un comportement contraire à ces devoirs disciplinaires. Ces décisions démontrent que le comportement de l'avocat jouera un rôle primordial au moment de la qualification des faits reprochés.

1001. La manifestation de la mauvaise foi en matière disciplinaire sera donc perceptible par le comportement du professionnel lors de la procédure disciplinaire et notamment lorsque ce dernier formera un recours malveillant ou encore lorsque le professionnel usera d'une stratégie fallacieuse, mais également lors du prononcé de la sanction disciplinaire qui sera la conséquence indirecte de ce comportement de mauvaise foi.

1002. En droit pénal, la notion de mauvaise foi est une notion facile à démontrer dans la mesure où le droit pénal implique la démonstration d'un élément moral. Cet élément moral nécessite la présence d'une intention de nuire de sorte que dans ce contexte, la notion de mauvaise foi peut facilement trouver sa place. Ainsi, c'est sur cette base que les victimes devront nécessairement diriger leur action.

A ce titre, l'infraction d'abus de faiblesse intéresse puisque cette infraction nécessite de rapporter la preuve que l'avocat a usé de ses prérogatives afin de détourner des fonds.

1003. Le client lésé devra donc nécessairement prouver l'intention frauduleuse et la conscience que l'avocat pouvait avoir. C'est en ce sens que la notion de mauvaise foi peut être naturellement déduite.

La profession d'avocat accorde certaines immunités. Notamment celles fondées sur la liberté de parole ainsi que celles attachées à l'état de nécessité. Pour autant, ces immunités pourront être déchues lorsque le professionnel agira avec une certaine mauvaise foi. De sorte qu'un équilibre devra nécessairement être préservé.

1004. La responsabilité civile de l'avocat – si elle est acquise depuis plusieurs années – a été reconnue à l'aide des principes déontologiques. Ainsi, selon les rapports qu'entretient l'avocat, elle pourra être de nature contractuelle ou délictuelle.

Quoi qu'il en advienne, ce sont les manquements de l'avocat qui seront susceptibles d'engager sa responsabilité. Ainsi, lorsque ces manquements seront fautifs, la mauvaise foi pourra s'apparenter à la notion de faute. Même si certaines décisions jurisprudentielles évoquent – quoique timidement – la question de la mauvaise foi de l'avocat, cela ne permet pas d'affirmer que la notion fait régulièrement partie des décisions rendues par les juridictions civiles à propos des avocats.

Alors, si le sujet n'est pas exposé de manière fréquente ni de manière explicite en droit civil, il pourra être déduit aux côtés de la faute lourde ainsi qu'aux côtés du préjudice et notamment lorsque celui-ci sera avéré.

CONCLUSION GENERALE

1006. La détermination de la notion de mauvaise foi n'est pas une chose aisée. Les contours attachés à cette notion sont vastes de sorte qu'il est difficile de cerner la mauvaise foi.

Malgré ces difficultés théoriques, l'objet de la présente étude aura nécessairement permis d'éclaircir le contenu de la notion de mauvaise foi. Par conséquent, cette dernière peut être perçue comme un comportement laissant place à un certain volontarisme blâmable, qui causant un préjudice à autrui, pourra être sanctionnable.

Ainsi, si la mauvaise foi peut être rattachée à un comportement néfaste lorsqu'il s'agit de n'importe quelle personne, une telle situation est tout particulièrement critiquable lorsqu'elle porte sur un professionnel tel qu'un avocat.

1007. En effet, ce professionnel est soumis à un principe d'honneur porté par sa déontologie, ainsi qu'à une éthique qui lui impose le respect d'un certain nombre de principes.

Assurément, la notion de mauvaise foi semble incompatible avec la profession d'avocat dans la mesure où celui-ci est au service de ses clients dont il doit protéger les intérêts en faisant preuve de prudence et de diligence.

C'est pourquoi l'honneur professionnel est un principe fondamental qui doit naturellement guider l'avocat en toutes circonstances. En tant que professionnel garant de la confiance qu'on lui donne il doit agir en honnête homme.

1008. Pour autant, certaines illustrations jurisprudentielles démontrent que la notion de mauvaise foi est une notion bien présente, et ce malgré les failles attachées à son interprétation. En conséquence, confrontée à la profession d'avocat, la mauvaise foi de celui-ci résulterait d'un comportement frauduleux généralement intentionnel et dans le but de nuire à autrui. Toutefois, l'absence de règles légales prévoyant la sanction de la mauvaise foi de l'avocat implique de prendre en considération des notions voisines.

En conséquence, si la notion de mauvaise foi est une notion très peu définie et de fait, très peu utilisée par les juges, sa présence n'en est pas moins douteuse.

1009. Aussi, s'il est possible de rattacher la notion de mauvaise foi à l'avocat, cette analyse n'est pas systématique.

L'étude précédemment réalisée démontre que l'existence d'une possible mauvaise foi ne semble pas être perçue comme étant une pratique ni naturelle, ni automatique, mais plutôt comme le résultat d'un comportement nécessairement sanctionnable qui peut être perceptible par une intention frauduleuse, une négligence ou *a fortiori* par une imprudence.

En somme, l'objet même de la profession peut inciter les avocats à agir en détournant quelque peu le système juridique qui s'impose à lui. En effet, la liberté professionnelle accordée à l'avocat lui permet d'effectuer un bon nombre de manœuvres et de diligences en toute indépendance, et ce puisque les règles applicables à celui-ci les prévoient expressément.

Pour autant, cette indépendance, si elle accorde une marge de manœuvre certaine à l'avocat, ne lui permet pas d'agir contrairement à sa déontologie.

1010. En ce sens, certaines pratiques démontrent que l'avocat peut agir de mauvaise foi. Notamment en s'écartant des règles prévues en matière de maniement de fonds, ou encore en abusant de sa qualité envers son client. En effet, ce dernier étant informé et compétent en matière juridique et judiciaire, l'exercice de ses missions lui accorde une certaine aisance dans le détournement de la règle de droit.

Toutefois, se serait mentir que de dire que sa mauvaise foi est systématique.

Par exemple vis-à-vis de ses confrères, la stratégie procédurale mise en œuvre par ce dernier pourrait être perçue comme une certaine forme de mauvaise foi pour certain, mais pas nécessairement pour d'autres, de sorte que l'analyse d'une possible mauvaise foi reste parfois subjective et subtile.

En conséquence et comme dans toutes professions, notamment médicales, notariales, etc, la mauvaise foi du professionnel peut être recensée. Pour autant, les comportements de certains ne peuvent pas amener à affirmer que l'avocat serait automatiquement de mauvaise foi, et ce puisque l'on ne peut tirer des conséquences de faits sur des comportements isolés. L'avocat doit continuer d'être perçu comme un honnête homme.

1011. La perception de la mauvaise foi de l'avocat évoque la possibilité de recenser certaines lacunes qui peuvent être attachées à la profession.

En effet, les règles de la profession d'avocat sont perçues comme un vaste ensemble de principes issu de la Déontologie primitive de sorte qu'à trop vouloir réglementer cette profession, les règles semblent être morcelées et la possibilité de prévoir un régime autonome oublié.

C'est pourquoi, une nouvelle harmonisation semble nécessaire. En effet, l'avocat ne dispose pas d'un « Code de déontologie¹¹⁶⁷ » de sorte que cette idée-là ne semble pas négligeable. Ce Code permettrait de recenser les nombreuses règles essentielles, leur application ainsi que leur possible sanction. A ce titre, la mauvaise foi pourrait y être intégrée, ce qui permettrait d'une part de cerner davantage la notion et d'autre part de prévoir des sanctions adéquates. *A fortiori*, éclaircir cette dernière pourrait avoir un effet dissuasif.

Alors, afin d'empêcher les comportements empreints de mauvaise foi et afin de réguler au mieux les comportements fallacieux, il serait peut-être judicieux d'envisager des changements.

1012. Ces changements pourraient amener à une réformation de certains éléments qui structure la profession, comme par exemple le régime de la responsabilité de l'avocat en prévoyant un régime de responsabilité professionnelle autonome.

¹¹⁶⁷ V° en ce sens : E. TERRIER, « *Déontologie médicale et droit* », *op.cit.*, p. 99, concernant l'édification du Code de déontologie médicale.

L'exemple le plus marquant est celui des professions médicales¹¹⁶⁸. En effet, les médecins disposent d'un comité d'Éthique qui statue notamment sur des litiges de cet Ordre. Ce qui permet d'effectuer des rappels ainsi que des sanctions.

1013. En effet, un comité d'Éthique permettrait de soulever des questionnements quant à la Déontologie de l'avocat de sorte que les professionnels pourraient assister à des mises à jour théoriques sous forme de formation ce qui leur assurerait une certaine protection quant à leur exercice et une légitimité – selon la gravité des cas – vis-à-vis d'une possible procédure contentieuse.

1014. Un autre exemple pourrait être pris parmi le domaine judiciaire tel que celui des magistrats. En effet, ces derniers disposent d'un Conseil supérieur de la magistrature qui permet de garantir l'indépendance de la profession et prévoit une saisine pour les justiciables.

La profession d'avocat pourrait donc se doter d'un Ordre national afin de garantir à son tour l'indépendance de la profession et de se réunir en formation plénière, ce qui faciliterait par ailleurs la création d'un régime autonome de responsabilité et laisserait une place plus importante à la partie qui s'estime lésée.

Ainsi, cet Ordre national pourrait tantôt être amené à préserver l'avocat contre le client insatisfait qui ne justifie aucunement de l'incompétence du professionnel et tantôt sanctionner l'avocat qui présenterait les caractéristiques de la mauvaise foi préalablement définie.

En conclusion, des changements pourraient être envisageables, et ce dans le but de renforcer la solidité de la profession. S'agissant du comportement de l'avocat, ce dernier ne peut être qualifié de mauvaise foi de manière systématique même si ce genre de comportement peut être perceptible.

¹¹⁶⁸ V° en ce sens : E. TERRIER, « *Déontologie médicale et droit* », *op.cit.*, p. 101, concernant le Conseil Supérieur de l'Ordre des médecins.

BIBLIOGRAPHIE

Plan

I. Ouvrages généraux : manuels, précis et traités

- A. Avant le XX^e siècle
- B. Le XX^e siècle
- C. A partir du XX^e siècle

II. Ouvrages spéciaux – Thèses

- A. Ouvrages spéciaux
- B. Thèses

III. Dictionnaires, lexiques et fascicules

- A. Dictionnaires et lexiques
- B. Fascicules

IV. Articles de colloques, ouvrages collectifs et articles de mélanges

- A. Articles de colloques et d'ouvrages collectifs
- B. Articles de mélanges

V. Articles de revues

VI. Sources textuelles

- A. Sources nationales
- B. Sources internationales

I. Ouvrages généraux : manuels, précis, et traités

A. Avant le XX^e siècle

ARISTOTE, *La Rhétorique*, L. I, chap. 23, XXV.

AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 3, éd., Cosse 1856, 552 pages.

CICERON, *Traité des devoirs*,

- *Opposition entre l'honnête et l'utile, De Officiis, livre III : Negotium, Otium*, 1560, 29.
- *De Officiis, Livre I : de l'Honestum*, VII, 23.

DEMOLOMBE (Ch.), *Cour de Code Napoléon XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t.I, éd., Lahure, 1877, 496 pages.

DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, éd., Paris, partie 1, livre 1^{er}, titre 1^{er}, sect., 3, 1767, 522 pages.

HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle*, éd., Plon (Paris) t. IV, 1866-1867, n°1818.

JANET (P.), *La science morale et la philosophie anglaise*, t. VI, éd., Paris, Revue des Deux monde, 2nd quinzaine, 1832.

LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des Titres III et IV du Livre III du Code Napoléon*, éd., Durand, 1857.

LOISEL (A.), *Institutes coutumières*, t. II, Paris, 1710.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre VIII, Chap., XIII, 1772.

B. Le XX^e siècle

AUBRY (Ch.), RAU (Ch.) et DEJEAN DE LA BATIE (N.), *Responsabilité délictuelle*, t. VI-2 du droit civil français, éd., Librairies techniques, n°22, 1989, 377 pages.

BARILIER (E.), *Albert Camus : philosophie et littérature*, L'Âge d'Homme, éd., Collection Amers, 1977, 236 pages.

CABRILLAC (R.), *Introduction générale au droit*, 14^e éd., Dalloz, 2021, 296 pages.

CIZEK, *Mentalités et institutions politiques romaines*, éd., Fayard, 199, 400 pages.

DECOCQ (G.), *Droit pénal général*, éd., Armand Collin, 1971, 448 pages.

FABIAN (C.), *Le nouveau droit au mandat dans la réforme du code civil*, t.II, éd., PUF, 1993.

FREYBURGER (G.), *Fides – Étude sémantique et religieuse*, Paris, éd., Les belles lettres, 1986, 364 pages.

HAURIOU (M.), *Principe de droit public*, 2^e éd., Hachette Bnf, 1916, 861 pages.

LEPOINTE (G.) et MONIER (R.), *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, éd., Librairie du recueil Sirey, 1954, 506 pages.

MARTY (G.), *Les obligations, les sources*, t.I, éd., Librairie du recueil Sirey, 1988, n°77.

MAZEAUD, (H.-L.), MAZEAUD (J.) ET TUNC (A.), *Traité de la responsabilité civile*, t. I : Montchrestien, 6^e éd., 1983, n°438.

MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, 7^e éd., Cujas, 1989, p. 198, n°579 et 616.

OURLIAC (P.) ET DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé*, éd., PUF, 1957, mis à jour en 1969, 562 pages.

PLANIOL (M.), RIPERT (G.) ET BOULANGER, (J.), *Études sur la responsabilité civile*, t.II, éd., LGDJ, coll., Traité élémentaire de droit civil, n°863, 1905.

PRADEL (J.),

- *Le nouveau code pénal*, éd., Dalloz, coll., Dalloz service, 1995, 256 pages.
- *Droit pénal général*, 21^e éd., Cujas, 2016.

ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, 3^e Litec, 1992, 1040 pages.

VERMELLE, *Le nouveau droit pénal*, éd., Dalloz, coll., connaissance du droit, 1994, 180 pages.

C. A partir du XX^e siècle

ADER (H.) ET FRICERO (N.), *Ethique et professions judiciaires*, éd. Juridiques et techniques, coll., droit et procédures, 2004.

BERNARDINI (R.), *Droit pénal général*, éd., Gualino, 2002, 688 pages.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, éd., PUF, 2017, 2622 pages.

CHENEDE (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, éd., Dalloz, 2020, 411 pages.

DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., Economica, 2012, 920 pages.

DESHAYES (O.), *Les immunités de la responsabilité civile*, éd. PUF, coll., CEPRISCA, 2009, 198 pages.

DESPORTES (F.) ET LE GUEHEC (F.), *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009, 1248 pages.

DREYER (E.), *Droit pénal général*, 6^e éd., LexisNexis, 2021, 1600 pages.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, 10^e éd., LGDJ, 2020, 608 pages.

FALKOWSKI (W.) et SASSIER (Y.), *Confiance, bonne foi et fidélité*, éd., Garnier, coll., Rencontres, n°364, histoire n°4, 2018, 390 pages.

FAUVARQUE-COSSON (B.) et MAZEAU (D.), *Principes contractuels communs*, éd., Société législation européenne, 2008, 853 pages.

FLOUR (J), AUBERT (J.-L.) ET SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, éd., Librairie du recueil Sirey, 2022, 540 pages.

GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, éd., Forgotten Books, Vol. 5, 2018, 648 pages.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat – le contrat – le consentement*, 4^e éd., LGDJ, coll. Traité de droit civil, 2013, 1552 pages.

HALPERIN (J.-L), *Introduction du droit : en 10 thèmes*, éd., Dalloz, 2019, 348 pages.

LATINA (M) ET CHANTEPIE (G.), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^eéd., Dalloz, 2018, 1144 pages.

LARRIBAU-TERNEVE (V.), *Droit civil – les obligations*, 16^e éd., Librairie du recueil Sirey, 2019, 1272 pages.

LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, 2^e éd., Lextenso, LGDJ, 2012, 656 pages.

LEVY (J.-P) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2010, 1640 pages.

MALAURIE (P.), AYNES (L.) ET GAUTIER (P.-Y), *Droit des contrats spéciaux*, 10.éd., LGDJ, 2018, 752 pages.

MARLY (P.-G.), *Droit des assurances*, 2^e éd., Dalloz, 2022, 312 pages.

PIN (Y.), *Droit pénal général*, 13^e éd., Dalloz, 2022, 636 pages.

PRADEL (J.) ET DANTI-JUAN (M.), *Droit pénal spécial*, éd. LGDJ, 2020, 805 pages.

RAMPELBERG (R.-M), *Repères romains pour le droit européen des contrats*, éd., LGDJ, coll., Systèmes, 2005, 206 pages.

ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, 2005, p. 337.

SAVATIER (R.), *Déontologie*, t.7, éd., Encyclopaedia universalis, Paris, 2002.

SAVATIER (R.), *Traité de la responsabilité civile en droit français*, éd., LGDJ, 2016, 580 pages.

II. Ouvrages spéciaux – Thèses

A. Ouvrages spéciaux

ADER (H.) et DAMIEN (A.), *Règles de la profession d'avocat*, 16^e éd., Dalloz action, 2018-2019, 2020 pages.

APPLETON (J.), *Traité de la profession d'avocat – Organisation – règles et usages*, 2^e éd., 1928, 717 pages.

AVRIL (Y.), *Responsabilité des avocats*, 4^e éd., Dalloz référence, 2021-2022, 474 pages.

BLANC (E.), *La nouvelle profession d'avocat*, éd., LJNA, 1972.

BOUCHER D'ARGIS (A.-G.), *Règles pour former un avocat*, éd., Durand, 1758, in Maxtor, 2015, 490 pages.

CAMUS (M.), *Lettre sur la profession d'avocat*, 4^e éd., A. DUPIN, Warea, Oncle, 1818.

CREMIEU (L.), *Traité de la profession d'avocat*, éd., LGDJ, 1939, 512 pages.

DUCHAINE (G.) et PICARD (E.), *Manuel pratique de la profession d'avocat*, éd., Claassen, 1896.

HAMELIN (J.) et DAMIEN (A.), *Règles de la profession d'avocat*, 9^e éd., Dalloz, 2002, 564 pages.

LEMAIRE (J.), *Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris*, 4^e éd., LGDJ, 1975, 776 pages.

LE TOURNEAU (Ph), *La responsabilité civile professionnelle*, éd., Dalloz, 2005, 170 pages.

LOISEL (A.), *Dialogue des avocats du parlement de Paris*, t.I, éd., Videcocq père et fils, 1844, 1866.

MARTIN (R.), *La déontologie de l'avocat*, éd., Litec, 2013, 413 pages.

MOLLOT (A.), *Règles de la profession d'avocat, Usages, lois et règlements*,

- 1^{re} éd., Joubert, 1842.
- 2^e éd., Durand, 1866, vol. 2.

PAYEN (F.) et DUVEAU (G.), *Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris*, 3^e éd., 1929, n°439, 811 pages.

PLANIOL (M.), *Responsabilité professionnelle des avocats à l'épreuve des incertitudes du droit*, coll., *Traité élémentaire de droit civil*, 1904.

REVET (T.), *La bibliothèque de l'avocat, Déontologie de la profession d'avocat*, éd., LGDJ, 2021, 480 pages.

TAISNE (J.-J.), *La déontologie de l'avocat*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2019, 218 pages.

WOOD (J.-C.), *La pratique professionnelle de l'avocat*, éd., Litec, 2004, 1044 pages.

B. Thèses

ALEXANDRE (J.-J.), *La prestation de conseil juridique en droit français*, éd., PUAM, Thèse, 1992, 856 pages.

BEIGNIER (B.), *L'honneur et le droit*, éd., LGDJ, coll. Thèse, 1995, 662 pages.

BERNARDINI (R.), « *L'intention coupable* », Thèse, 1976, p. 101 s., n^{os} 56 s.

DUDEZERT (F.), *De l'existence d'un principe de confiance légitime en droit privé*, Thèse de doctorat de droit privé, G. JAZOTTES (sous. dir), Université de la Rochelle, 2016, 341 pages, [En ligne], URL : www.theses.fr

FAGES (B.), *Le comportement du cocontractant*, préf. J. Mestre, éd., PUAM, 1997, n°573, 519 pages.

FORIERS (P.), *De l'état de nécessité en droit pénal*, éd., Sirey, Paris, Thèse, 1651, n°9, 387 pages.

FAURE (B.), *Le devoir de conseil de l'avocat*, Faculté de droit de Limoges, CFRPJ, Mémoire, 2000.

MORET-BAILLY (J.), *Essai sur les déontologies en droit positif*, publiée par la Presse universitaire d'Aix en Provence, Thèse, 1996 – 2001, 498 pages.

PETEL (Ph.), *Les obligations du mandataire*, éd., Litec, Thèse, 1988.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, éd., LGDJ, Thèse, 1987, 254 pages.

TERRIER (E.), *Déontologie médicale et droit*, éd., les études hospitalières, coll., Thèse, 2002, 527 pages.

VOLANSKY (A.), *Essai d'une définition excessive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, éd., Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, Thèse, 1929, 412 pages.

VOUIN, *La bonne foi : Notion et rôle actuel en droit privé français*, éd., LGDJ, 1939, Thèse, 479 pages.

WOOD (J.-C.), *La résistance injustifiée à l'exercice d'un droit*, éd., LGDJ, Thèse, 1968, 180 pages.

III. Dictionnaires, lexiques et fascicules

A. Dictionnaires et lexiques

BRAUDO (S.), *Dictionnaire juridique*, [En ligne], URL : www.dictionnaire-juridique.com

CORNU (G.), (sous dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, , 13^e éd., PUF, Quadrige, 2020, 1136 pages.

CNRTL, *Centre national des ressources textuelles et lexicales*, [En ligne], URL : www.cnrtl.fr

LITTRE (E.), *Dictionnaire de la langue française*, éd., LGF, Paris, 1990, 194 pages.

REY (A.), *Le petit Robert de la langue française*, éd., Le Robert, 2017, 3022 pages.

ROLAND (H.), *Lexique juridique des expressions latines*, éd., LexisNexis, 2021, 472 pages.

B. Fascicules

AVENA-ROBERDET (V.), *Dalloz actualité*, Refus de l'inscription au tableau d'un avocat condamné pour manquement à la probité, 2008.

BLOCH (L.),

- *Jurisclasseur responsabilité civile et assurance*, *Lexis 360*, Activités juridiques, 2020.
- *Jurisclasseur*, *Lexis 360*, Facs. n°330, Avocats, 2020.
-

BIGOT (R.), *Dalloz actualité*, La consécration de la théorie dualiste des fautes volontaires inexcusables, 2020.

BY (B.), *Rép. pén.*, *Dalloz*, Secret professionnel, 2013.

CLAMOUR (G.) et GAHDOUN (P.-Y.), *Rép.com.*, *Dalloz*, Commerce et industrie, V° Protection de la moralité, 2020.

DEHARO (G.), *Dalloz actualité*, Liberté d'expression de l'avocat et sanction disciplinaire, 2018.

DEMEESTER (M.-L.), *Rép.civ., Dalloz, Avocat* : responsabilité, responsabilité civile, responsabilité pénale, V° Obligation générale d'information, responsabilité du Conseil de l'Ordre, responsabilité contractuelle, perte de chance, nature du contrat, 2009 (actualisation 2020).

DEUMIER (P.), *Rép.civ., Dalloz, Application de la jurisprudence*, 2019.

DOURNEAU-JOSETTE (P.), *Rép. pén., Rép. pr. pén., Dalloz, Convention européenne des droits d'homme : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale*, V° Propos tenus dans ou en dehors du prétoire, 2019.

FORTI (V.), *Rép.civ., Dalloz, Exécution forcée en nature – Domaine de l'exécution forcée en nature*, 2016 (actualisation 2020).

GALAKHO (C.), *Jurisclasseur, Lexis 360, fasc. procédure collective n°5, étude 36, La responsabilité civile des professionnels du droit dans la déclaration de créance*, 2012.

GUEVEL (D.), *Jurisclasseur civ. code, Lexis 360, art. 1384 à 1386-1, fasc. unique, Contrat et obligations, preuve par serment*, 2020.

JOURDAIN (P.), *Jurisclasseur civ. code, Lexis 360, art. 1240 à 1245-7, fasc. 120-20, Droit à réparation – responsabilité fondée sur la faute – notion de faute : faute qualifiées*, 2020.

LACROIX (C.), *Rép. pén., Rép. pr. pén., Dalloz fiches d'orientation, Légalité des délits et des peines*, 2020.

LAMARCHE (M.) et LEMOULIN (J.-J.), *Rép.civ., Dalloz, Mariage : sanctions de l'inobservation des conditions de formations*, V° Bonne foi, 2019.

LEMOULAN (J.-J.), PIETTE (G.) et HAUSER (J.), *Rép.civ., Dalloz, Ordre public et bonne mœurs*, V° Fonctions des bonnes mœurs, 2019.

LAVRIC (S.), *Dalloz actualité*, Immunité des débats judiciaires, 2016.

MASCALA (C.), *Rép. pén., Rép. pr. pén., Dalloz*, L'abus de confiance, 2016 (actualisation 2020).

MARECHAL (J.-Y.), *Jurisclasseur civ. code, Lexis 360*, art. 121-3, Fasc. 20, 2018 (actualisation 2020).

LE TOURNEAU (Ph.) et POUMAREDE (M.), *Rép.civ., Dalloz*, V° Bonne foi, 1995, vol. III (actualisation janvier 2017).

PEREIRA (B.), *Rép. pén., Rép. pr. pén, Dalloz*, Responsabilité pénale, existence de la responsabilité pénale, 2017.

PEYREFITTE (A.), *Dalloz actualité*, Le nouveau tribunal de Paris à l'image de la justice française, 2018.

PICOD (Y.),

- *Jurisclasseur civ. code, Lexis 360*, art. 1134 et 1135, fasc. unique, Contrats et obligations, effet obligatoire des conventions, exécution de bonne foi des conventions, 2014.
- *Jurisclasseur civ. code, Lexis 360*, art. 1103 et 1104, Fasc. unique, Contrat – Force obligatoire du contrat – bonne foi, 2020.

PORTMANN (A.),

- *Rép.pr. civ., Dalloz actualité*, Régularité de la procédure disciplinaire des avocats : un recours est possible, 2014 (actualisation 2020).
- *Rép.pr. civ., Dalloz actualité*, De la proportionnalité de la sanction disciplinaire, 2017.

RADE (C.), *Jurisclasseur, Lexis 360*, Responsabilité contractuelle, 2019.

REBUT (D.), *Rép. pén., Rép. pr. pén., Dalloz, Abus de bien sociaux, V° Eléments constitutifs*, 2020.

STORCK (M.), *Jurisclasseur civ. code, Consentement*, Lexis 369, 2021, V° Dol.

TAISNE (J.-J) et DOUCHY-OUDOT (M.),

- *Rép. pr. civ, Dalloz, Chapitre 4 : Les risques* », in « Avocat, V° La faute disciplinaire, la caractérisation de la faute et la responsabilité pénale, 2021.
- *Rép. pr. civ, Fiche d'orientation Dalloz, Avocats (Discipline)*, 2020.

IV. Ouvrages collectifs et articles de mélanges

A. Articles de colloques et d'ouvrages collectifs

BLOCH (C.), « Chapitre 2122 : Notion de préjudice », in Ph. LE TOURNEAU (sous. dir), *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation*, 12^e éd., Dalloz Action, 2021-2022, 2854 pages.

DERASSE (N.), « L'indépendance des avocats. Le long chemin d'une liberté », in L. ASSIER-ANDRIEU (sous. dir), *Les sens du droit*, éd. Dalloz, coll., 2015, p. 126, cité in RTD civ. 2016, p. 488.

DETRAZ (S.), « L'intention coupable est-elle encore le principe » in L. SAENKO (sous. dir), *Le code pénal 20 ans après : état des questions*, éd., LGDJ, 2014, 256 pages.

GUIDICELLI (A.), « Chapitre 1221 : Délais de prescription des actions », in Ph. LE TOURNEAU (sous. dir), *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation*, 12^e éd., Dalloz Action, 2021-2022, 2854 pages.

HALPERIN (J.-L.), « L'indépendance de l'avocat en France au XIX^e siècle et XX^e siècle » in L.-L. ASSIER-ANDRIEU (sous. dir), *L'indépendance des avocats, le long chemin d'une liberté*, éd., Dalloz, 2015.

HILD (J.-A.), « Fides » in *C. DAREMBERG et E. SAGLIO Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t.2, Paris, éd., Hachette, 1896.

J. JULIEN (J.), « Titre : 213 : La causalité », in *Ph. LE TOURNEAU (sous. dir), Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation*, 12^e éd., Dalloz Action, 2021-2022, 2854 pages.

LE TOURNEAU (Ph.),

- « Chapitre 3325 : L'avocat », in *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation*, 12^e éd., Dalloz Action, 2021-2022, 2854 pages.
- « Titre 001 : La faute », in *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation*, 12^e éd., Dalloz Action, 2021-2022, 2854 pages.

POUMAREDE (M.),

- « Chapitre 3123 : Preuve de l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Ph. LE TOURNEAU (sous. dir), Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation*, 12^e éd., Dalloz Action, 2021-2022, 2854 pages.
- « Chapitre 3121 : Notion d'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Ph. LE TOURNEAU (sous. dir), Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation*, 12^e éd., Dalloz Action, 2021-2022, 2854 pages.
- « Chapitre 3324 : officiers ministériels », in *Ph. LE TOURNEAU (sous. dir), Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation*, 12^e éd., Dalloz Action, 2021-2022, 2854 pages.

TERRIER (E.), « L'insoutenable imprécision de la faute caractérisée dans la réparation du handicap de naissance », in *Le handicap, Actes du colloque des 6 et 7 novembre 2003*, éd., PUAM, juin 2004.

VERNIERES (C.), « Preuve de la qualité d'héritier » in *J. GRIMALDI (sous. dir), Les sources du droit patrimonial de la famille, Chapitre 249*, éd., Dalloz action, 2019, 1602 pages.

B. Articles de mélanges

CORNU (G.), « Les principes directeurs du procès par eux-mêmes, fragment d'un état des questions » in *Mélanges P. BELLET.*, éd., Litec, 1991.

IMBERT (J.), « de la sociologie au droit : la fides romaine », in *droits de l'antiquité et sociologie juridiques*, in *Mélanges H. LEVY-BRUHL*, publié par l'institut de droit romain de l'Université de Paris, 1959.

V. Articles de revues

ALBIGES (C.),

- « *Responsabilité de l'avocat pour manquement à son obligation d'information quant aux voies de recours* », Gaz. Pal., 7 mai 2015, n°224c8, p.22.
- « *Responsabilité civile de l'avocat pour méconnaissance d'une jurisprudence constate* », Gaz. Pal., 18 déc. 2018, n° 338r7, p. 35.
- « *Responsabilité de l'avocat pour manquement à son obligation de diligence* », Gaz. Pal., 17 déc. 2015, n° 252e7.

AVRIL (Y.),

- « *Le fondement de la responsabilité civile de l'avocat* », éd., Dalloz, D.2009. 995.
- « *La mauvaise foi du client exonère l'avocat de toute responsabilité* », Gaz. Pal., 11 déc. 2012.
-

BENOIT (F.- P.), « *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé* », JCP 1957. 1351, spéc. n°s 11 à 16.

BENTHAM (J.), « *Déontologie ou science de la morale* », Revue, mis en ordre et publié par J. Bowing, traduit sur le manuscrit par B. Laroche, Charpentier, Paris, 1838, éd., François Dagognet, Encre Marine, 2006.

BORE (J.), « *Le devoir de conseil de l'avocat rédacteur d'actes entre ciel et terre* », Gaz. Pal., 1996. 2. Doctr. 1411.

BUFFELAN (J.-P.), « *Etude de la déontologie comparée dans les professions organisées en ordre* », JCP G, 1962, Doctr. 1965.

CHARPENTIER (E.), « *Le rôle de la mauvaise foi dans l'élaboration de la théorie du contrat* », éd., Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, coll., Faculté de Droit privé – obligations, 1996, p.308.

DAMIEN (A.),

- « *Elément de civilité puérile et l'honnête à l'usage des avocats* », Gaz. Pal., 1985.
- « *L'avocat et la vérité* », Gaz. Pal., 1984. 2, 543.

D'ONORIO (J.-B), « *L'esprit du code civil selon Portalis* », éd., PUF, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques, 2005, n°42, p. 75 à 92.

DUPEUX (J.-Y) et ADER (H.), « *La liberté d'expression de l'avocat* », Légipresse, Dalloz, 2021.

FLECHEUX (G.) ET FABIANI (F.), « *La responsabilité civile de l'avocat* », JCP 1974. I. 2673, note A. Damien.

GARCON (E.), « *Code pénal annoté* », art. 378, 3^e vol, éd., Librairie du recueil Sirey, 1952.

HOCQUET-BERG (S.), « *Responsabilité des avocats – revirement de jurisprudence* », Revue le Lamy droit de la responsabilité, n°432-21, 2017.

JAMBU-MERLIN (R.), « *Dol et faute lourde* », D. 1055, chron. P. 84.

LEVI (L.), « *Fonction publique de l'Union Européenne* », RDE, Dalloz, V° Liberté d'expression, 2011.

MAGNIER (J.-L.), « *De l'obligation de conseil et de compétence de l'avocat rédacteur d'acte* », Gaz. Pal., 20 nov. 2009, p.4.

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), « *Portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle* », La semaine juridique entreprise et affaires, n°46, 2007.

MERCADAL (B.), « *L'amnistie des interdictions professionnelles* », éd., Dalloz, D. 1993.

NOGUERO (D.), « *Faute intentionnelle ou dolosive* », étude sur la tradition confirmée de la troisième chambre civile de l'existence du dommage tel qu'il est survenu, éd., Dalloz, RDI, p. 425.

PICOD (Y.), « *La clause résolutoire et la règle morale* », JCP 1990. I. 3447.

PUECH (L.), « *article 226-14 du Code pénal* », 2020, (En ligne), URL : <https://secretpro.fr/secret-professionnel/fiches-legislation-commentee/code-penal/article-226-14>

ROME (F.), « *Bonne mère* », R. Dalloz, D 2014.201.

SALVAGE (Ph.), « *La loi n°2000-647 du 10 juillet 2002, Retour vers l'imprudence pénale* », JCP G. 2000, I, 281, §15.

SAVATIER (R.), « *Les contrats de professionnel en droit privé* », éd., Dalloz, D.1972. chron. XXIII. 137.

SLIM (H.), « *Responsabilité professionnelle des avocats à l'épreuve des incertitudes du droit* », Revue le Lamy droit civil, n°105, 2013.

VI. Sources textuelles

A. Sources nationales

F. POIRIER, « *Rapport de la commission des règles et usages sur la réforme de la procédure et de l'instance disciplinaire des avocats* », CNB.AG.,18-19 janv. 2013.

Journal officiel de l'Assemblée Nationale, séance 22 avril 1982, rapport. Mme Gisèle Halimi, rapporteur, p.1265.

Rapp. confié par J.-J. URVOAS, Garde des sceaux, à K.HAERI sur « *l'avenir de la profession d'avocat* », févr. 2017.

Rapp. premier ministre précédant le Décr. du 9 sept. 1971 ; BOLARD, « *Les principes directeurs du procès civil* », JC.PÉN.,1993 I. 3693, n° 13.

B. Sources internationales

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), §157 et §242.

INDEX

Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe

Le sous-titre « Assimilation » se fonde sur les rapports avec la Mauvaise foi

A

Abus de confiance

Constitution 518, 695, 715

Définition 694

Illustration 697, 699, 702, 712, 714

Activité judiciaire

Définition 335, 336

Domaine 337, 357

Activité juridique

Définition 345

Domaine 346, 347, 350, 359

Amnistie

Application 570

Définition 568, 569

Limites 571

Assistance 342

Assurance de responsabilité civile

Assimilation 950, 968

Conditions 949

Définition 946, 947

B

Bâtonnier

Attributions 288

Garant de la bonne foi 71, 72

Rôle 288, 295

Blanchiment

Définition 523, 524

Illustration 526

Manquement à la probité 516

Bon père de famille 317

Bon professionnel 327, 389

Bona fides

Évolution 87, 88, 89

Notion 6

Bonne foi

Définition 12, 13, 96

Définition légale 10, 98, 101

Définition positive 89

Implication de la mauvaise foi 8, 90,
103

Origine 87

Présomption 58

Bonnes mœurs
 Atteinte *572, 574, 576*
 Notion *553*
 Perception *555, 561, 565, 567*

C

CARPA
 Détournement *296, 704, 705*
 Maniement des fonds *712*
 Rôle *294*

Clauses limitatives de responsabilité
 876, 878

Compétence
 Définition *193, 397*
 Devoir de connaissance *405, 407*
 Erreur de droit *401*
 Manquement *410*

Complicité
 Assimilation *687, 691*
 Définition *690*

Confidentialité des correspondances
 261, 493

Conflit d'intérêt *214*

Confraternité
 Devoir *250, 290*
 Stratégie de défense *263, 269*

Conseil de l'Ordre
 Attributions *289, 431, 440, 584*

Contradictoire *264, 265, 606, 607*

D

Délicatesse
 Manquement *160, 618, 657, 914*

Déontologie
 Définition *62, 141*
 Fonction *64, 67, 144, 147, 460*
 Impact *157, 273, 795*
 Origine *62, 142*
 Valeur, *83, 143, 457, 458, 802*

Désintéressement
 Définition *172*
 Illustration *173*

Devoir d'information
 Articulation *381*
 Assimilation *381*
 Domaine *377, 378, 411*
 Sanction *381*

Devoir de conseil
 Définition *366*
 Domaine *196, 369, 372, 375, 411*
 Limites *197, 198, 384, 412*
 Procédures inutiles *374*
 Supériorité *194*

Devoir de prudence *206, 841, 842*

Dévouement *202*

Diffamation *282*

Dignité *149, 160, 273*

Diligence *205, 328, 411, 473*

Discipline

Faute disciplinaire *629*

Notion *148, 434*

Sanctions disciplinaires *631*

Valeur de la sanction disciplinaire *635*

Dol

Application *19, 44*

Assimilation *19, 42, 44*

Définition *42, 43*

Droit de la défense

Limites *731 et 732, 733*

Notion *729*

Droit positif

Définition *390*

Erreur de droit *401*

Incertitudes *406*

Jurisprudence constante *392*

Revirement de jurisprudence *394*

E

Élément moral

Assimilation *686, 779*

Définition *677, 684*

Imputabilité *683*

Valeur *682*

État de nécessité

Application *727*

Conditions *726*

Définition légale *725*

Limites *736, 741*

Notion *721*

Éthique

Application *158*

Influence *580*

Notion *65*

F

Faute civil

Assimilation *991*

Faute civile

Assimilation *310*

Conditions *900*

Définition *16, 308, 317*

Domaine *313, 315*

Faute dolosive

Assimilation *835, 951, 969*

Définition *951*

Faute intentionnelle

Application *318*

Assimilation *21, 968*

Conditions *309*

Définition *17, 20, 953*

Faute lourde

Assimilation *911*

Définition *17*

Illustration *907*

Faute pénale

Assimilation *22, 29, 32, 535, 545*

Définition *20*

Difficultés d'assimilation *28*

Difficultés d'assimilation *26*

Typologie *21, 23, 26, 27, 29*

Fauté pénale

Difficultés d'assimilation *27*

H

Honneur

Assimilation *76, 159, 160, 574*

Définition *561*

Exercice de la profession *68, 75, 172, 431*

Manquement *76, 182, 183, 503, 572, 612*

Valeur de l'honneur *181*

Honoraire

Contentieux *176, 178, 699, 913, 914*

Convention d'honoraires *175, 322*

Liberté de fixation *175*

Non-compensation *697*

Honoraires

Définition *172, 173, 174*

I

Immunité judiciaire

Domaine *283, 755, 758*

Limites *756, 759*

Imprudence

Assimilation *389*

Illustration *215, 216*

Notion *25, 383, 965*

Indépendance *153, 165, 168*

Infraction *672, 674, 675, 676, 677, 787*

Intérêt du client

Abus de faiblesse *714*

Atteinte *217, 219*

Domaine *191, 193, 194, 202, 209*

Maniement des fonds *702*

Mission de l'avocat *322, 323, 324, 325*

Irresponsabilité

Avocat du XIXe siècle *793*

Comportement du client *843, 844, 845*

Faute de de la victime et des tiers *867*

Irresponsabilité pénale *729, 741*

L

Liberté contractuelle

Abus *178*

Application *175*

Indépendance de l'avocat *164, 168*

Principe *163*

Lien de causalité 924, 938, 993

Loyauté

Application générale 139

Dans les rapports avec la partie adverse 260

Dans les rapports avec les clients 224, 226, 227, 239, 233

Dans les rapports avec les magistrats 277, 278

Dans les rapports entre avocats 247, 253

Manquement 233, 236, 242, 254, 263, 271

M

Magistrats 152, 273, 280, 774

Mandat ad litem 335, 352, 355, 357

Preuve 340

Maniement des fonds

Abus 713

Non-représentation des fonds 703, 705, 707

Principe 702

Manquement disciplinaire

Application 462, 463, 465

Articulation 476, 477

Domaine 156, 435, 454, 468

Mauvaise foi

Assimilation 15, 46, 911, 957, 967, 972

Définition négative, 65, 12, 90, 103

Influence 577, 769, 844, 968

Irréfragabilité en droit pénal 513, 530

Lacunes 220, 467, 512

Manifestation générale 35, 50, 114, 116, 117, 118, 125

Manifestation professionnelle 73, 156, 178, 201, 216, 235, 253, 255, 269, 271, 281, 293, 503, 522, 614, 620, 655, 691, 715, 743, 856, 874, 889, 890

Origine 1, 7, 8, 9

Référentiel 110

Mission de l'avocat

Délimitation 816

Étendue 826

Fin de mission 881

Modération

Définition 280

Liberté d'expression 646

Moralité 99

N

Négligence 205, 245, 293, 367, 410, 468, 471, 472, 597, 834, 890, 964

O

Obligation de moyen 823

Obligation de résultat 819

Ordre public *102, 553, 554*

P

Préjudice

Assimilation *931, 932*

Conditions *928*

Perte de chance *928, 978, 979*

Réparation du préjudice *934*

Principes essentiels de la profession *68*

Probité

Définition *153, 520*

Éthique *582, 583*

Importance *589*

Valeur de la mauvaise foi, *264, 593, 595*

R

Règlement intérieur national *67, 68, 129, 131*

Représentation *195, 199, 375*

Responsabilité civile *905*

Responsabilité contractuelle *804, 808, 814, 831*

Responsabilité délictuelle *804, 848, 856, 889, 890*

Responsabilité pénale *20, 23, 513, 671, 672, 678, 685*

Rupture abusive *38, 39*

S

Sanction disciplinaire *631*

Domaine *139, 435, 454, 628*

Secret professionnel

Définition *237*

Domaine *484*

Fondement *238, 238, 481, 482*

Limites *731, 738*

Secret de l'instruction et de l'enquête *489*

Secret des correspondances *261, 263, 493*

Violation *242, 497, 503, 739, 740*

Serment

Définition *134*

Historique *132*

Valeur législative *136*

Stratégie

Assimilation *529, 614*

Procédurale *161, 264, 271, 281*

TABLES DES MATIERES

SOMMAIRE.....	6
INTRODUCTION.....	15
PREMIÈRE PARTIE – LA DELICATE APPREHENSION DE LA MAUVAISE FOI DANS LA PRATIQUE PROFESSIONNELLE DE L’AVOCAT	53
TITRE 1 – LA DETERMINATION ARDUE DE LA NOTION DE MAUVAISE FOI	54
<i>CHAPITRE 1. La mauvaise foi dans les règles guidant la profession d’avocat</i>	<i>55</i>
SECTION 1. L’impossible définition de mauvaise foi.....	55
§1 - L’étude de la mauvaise foi à travers la notion de bonne foi	55
§2 - L’étude de la mauvaise foi à travers les notions doctrinales et jurisprudentielles	65
SECTION 2. La mauvaise foi dans les règles guidant la profession d’avocat ...	74
§1 - La mauvaise foi et le rôle du serment dans la profession d’avocat	74
§2 - La mauvaise foi et le rôle de la liberté contractuelle dans la profession d’avocat.....	89
CONCLUSION DE CHAPITRE	101
<i>CHAPITRE 2. L’importance effective de la mauvaise foi dans les obligations professionnelles de l’avocat.....</i>	<i>102</i>
SECTION 1. La manifestation de la mauvaise foi dans les relations entre l’avocat et son client	102
§1 - La notion d’intérêt du client à l’aune de la mauvaise foi de l’avocat....	102
§2 - La notion de loyauté à l’aune de la mauvaise foi de l’avocat.....	116
SECTION 2. La manifestation de la mauvaise foi dans les relations entre l’avocat et les tiers.....	126
§1 - Les relations de mauvaise foi entre avocat	126
§2 - Les relations de mauvaise foi avec les autres professionnels du droit...	138
CONCLUSION DE CHAPITRE	148
CONCLUSION DE TITRE.....	150

TITRE 2 – L’ARTICULATION ENTRE LA FAUTE DE L’AVOCAT ET LA NOTION DE MAUVAISE FOI	152
<i>CHAPITRE 1. L’influence de la mauvaise foi sur le régime en matière de responsabilité civile et professionnelle</i>	153
SECTION 1. Le rôle de la mauvaise foi dans l’appréciation des caractères de la faute.....	153
§1 - La mauvaise foi comme élément déclencheur de la faute civile	153
§2 - L’impact de la mauvaise foi sur la faute commise dans le cadre de l’exercice de ses obligations juridiques et judiciaires	163
SECTION 2. Le rôle de la mauvaise foi dans l’appréciation de la faute au regard des missions professionnelles de l’avocat.....	176
§1 - L’articulation entre la mauvaise foi et le devoir de conseil	176
§2 - L’articulation entre la mauvaise foi et la faute face à l’évolution du droit positif	187
CONCLUSION DE CHAPITRE	199
<i>CHAPITRE 2. L’influence de la mauvaise foi sur le régime en matière de responsabilité comminatoire</i>	200
SECTION 1. La qualification de la mauvaise foi à l’épreuve de la faute déontologique	200
§1 – L’impact entre l’autorégulation de la profession et la plainte disciplinaire	200
§2 - L’articulation entre la mauvaise foi et la déontologie comme préalable à l’appréciation de la faute	212
SECTION 2. L’influence du droit pénal et de la fraude sur la qualification de la faute pénale	221
§1 - L’impact de la mauvaise foi sur la faute pénale en cas de divulgation du secret professionnel.....	221
§2 – La déduction logique de la mauvaise foi en matière de qualification et d’interprétation des infractions spécifiques en droit pénal	234
CONCLUSION DE CHAPITRE	242
CONCLUSION DE TITRE.....	244
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	245

SECONDE PARTIE – LA SANCTION DE LA MAUVAISE FOI DE L’AVOCAT : UNE PROCEDURE ABONDANTE ET COMPLEXE SANCTIONNANT LES COMPORTEMENTS DE MAUVAISE FOI	247
TITRE 1 – LA MAUVAISE FOI A LA FRONTIERE DU CARACTERE REPRESSIF DU DROIT PENAL ET DE LA NOTION DE PEINE DU DROIT DISCIPLINAIRE	248
<i>CHAPITRE 1. Les manquements disciplinaires confrontés à la mauvaise foi, la protection des valeurs déontologiques.....</i>	<i>249</i>
SECTION 1. L’étude accrue des manquements disciplinaires confrontés à la mauvaise foi, une éthique forte	249
§1 - L’importance effective de l’honneur et des bonnes mœurs face à la mauvaise foi	249
§2 - La place hiérarchique de l’obligation particulière de probité face à la mauvaise foi	258
SECTION 2. L’étude des manquements disciplinaires de l’avocat, l’impact direct de la mauvaise foi sur l’engagement de la responsabilité	267
§1 - Le rôle délicat de la mauvaise foi au moment de l’engagement de la procédure disciplinaire	267
§2 – La timide influence de la mauvaise foi sur le prononcé de la sanction disciplinaire	278
CONCLUSION DE CHAPITRE	290
<i>CHAPITRE 2 : Les infractions pénales liées à la mauvaise foi, une sanction cohérente.....</i>	<i>292</i>
SECTION 1. Le rôle indirect de la mauvaise foi en matière de responsabilité pénale	292
§1 - La place de la mauvaise foi lors de l’interprétation de la responsabilité pénale : l’importance de l’élément moral.....	293
§2 - L’attache avérée entre la notion de mauvaise foi et l’infraction d’abus de faiblesse.....	302
SECTION 2. La place de la mauvaise foi face à l’irresponsabilité pénale	312
§1 - L’articulation de la mauvaise foi avec l’état de nécessité	312
§2 - L’articulation de la mauvaise foi avec la liberté de parole	321
CONCLUSION DE CHAPITRE	334
CONCLUSION TITRE 1	336

TITRE 2 – LE ROLE DE LA MAUVAISE FOI DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA	
RESPONSABILITE CIVILE	339
<i>CHAPITRE 1 : La mauvaise foi face à la double nature juridique de la</i>	
<i>responsabilité civile de l’avocat.....</i>	<i>340</i>
SECTION 1. L’influence de la mauvaise foi sur la nature contractuelle quant à la	
mise en œuvre de la responsabilité civile.....	340
§1 – La délicate détermination attachée au fondement de la responsabilité	
civile.....	341
§2 - L’étude de la mauvaise foi de l’avocat sur la relation contractuelle avec	
son client	348
SECTION 2. L’influence de la mauvaise foi sur la nature délictuelle sur la mise	
en œuvre de la responsabilité civile	361
§1 - La mauvaise foi à l’aune de la responsabilité délictuelle envers les tiers	
.....	361
§2 - Les conséquences de la mauvaise foi de l’avocat sur la mise en œuvre de	
la responsabilité délictuelle	370
CONCLUSION DE CHAPITRE.....	378
<i>CHAPITRE 2 : La mauvaise foi face aux conditions strictes de la responsabilité</i>	
<i>civile de l’avocat</i>	<i>379</i>
SECTION 1. La soumission avérée aux qualifications communes de la	
responsabilité civile.....	379
§1 - La mauvaise foi comme faute lourde sur l’engagement de la	
responsabilité civile de l’avocat	379
§2 - Le constat d’un préjudice en lien avec le comportement de mauvaise foi	
.....	389
SECTION 2. L’exercice délicat de la responsabilité civile de l’avocat comme	
conséquence d’un comportement de mauvaise foi.....	398
§1 - La mauvaise foi est-elle couverte par l’assurance de responsabilité	
civile ?	398
§2 - Qu’elle place occupe la notion de mauvaise foi lors de l’action en	
responsabilité contre l’avocat ?.....	407
CONCLUSION DE CHAPITRE.....	415
CONCLUSION DE TITRE.....	417

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	419
CONCLUSION GENERALE	422
BIBLIOGRAPHIE.....	427
I. Ouvrages généraux : manuels, précis et traités.....	427
A. Avant le XX ^e siècle.....	427
B. Le XX ^e siècle.....	427
C. A partir du XX ^e siècle.....	427
II. Ouvrages spéciaux – Thèses	427
III. Dictionnaires, lexiques et fascicules	427
A. Dictionnaires et lexiques	427
B. Fascicules.....	427
IV. Articles de colloques, ouvrages collectifs et articles de mélanges	427
A. Articles de colloques et d’ouvrages collectifs	427
B. Articles de mélanges.....	427
V. Articles de revues	427
VI. Sources textuelles	427
A. Sources nationales	427
B. Sources internationales	427
INDEX.....	446
TABLES DES MATIERES.....	452