

Nos 342500, 342590, 342775

REPUBLIQUE FRANÇAISE

ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU  
DE MARSEILLE et autres

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Marc Pichon de Vendeuil  
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux  
(Section du contentieux, 6<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> sous-sections réunies)

M. Xavier de Lesquen  
Rapporteur public

Sur le rapport de la 6<sup>ème</sup> sous-section  
de la Section du contentieux

Séance du 22 avril 2013  
Lecture du 15 mai 2013

Vu 1°, sous le n° 342500, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 16 août et 16 novembre 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'ordre des avocats au barreau de Marseille, dont le siège est 51, rue Grignan à Marseille (13006), M. Jacques Jansolin, demeurant 27, rue Grignan à Marseille (13006), M. Christian Baillon-Passe, demeurant 39, rue Paradis à Marseille (13001), M. Bernard Kuchukian, demeurant 29, rue Lulli à Marseille (13001), M. Jean de Valon, demeurant 18, rue Stanislas Torrents à Marseille (13006), Mme Catherine Pontier de Valon, demeurant 18, rue Stanislas Torrents à Marseille (13006), Mme Nathalie Kerdrebez-Gambuli, demeurant 16, rue Adrien Lemoine à Pontoise (95300) ; l'ordre des avocats au barreau de Marseille et autres demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir, d'une part, les décisions du ministre de la justice et des libertés et du Président du Conseil national des barreaux de signer la convention conclue le 16 juin 2010 entre l'Etat et le Conseil national des barreaux relative à la communication électronique entre les juridictions ordinaires du premier et second degré et les avocats, d'autre part, les articles III, IV et VI ainsi que les annexes VI et IX de cette convention ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat et du Conseil national des barreaux la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu 2°, sous le n° 342590, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 19 août et 18 novembre 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour Mme Pascale Bertoni, demeurant 1, allée Jean Daguét à L'Isle-Adam (95290), Mme Sabine Doucinaud, demeurant 23, rue Pierre Buttin à Pontoise (95300), Mme Florence

Vermant, demeurant 16, rue de La Bretonnerie à Pontoise (95300), M. Nicolas Ligneul, demeurant 80, rue du Général Leclerc à Eaubonne (95600) ; Mme Bertoni et autres demandent au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir, d'une part, les décisions du ministre de la justice et des libertés et du Président du Conseil national des barreaux de signer la convention conclue le 16 juin 2010 entre l'Etat et le Conseil national des barreaux relative à la communication électronique entre les juridictions ordinaires du premier et second degré et les avocats, d'autre part, les articles III, IV et VI ainsi que les annexes VI et IX de cette convention ;

.....

Vu 3°, sous le n° 342775, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 26 août et 18 novembre 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour Mme Isabelle Le Mercier, demeurant 3, rue Roux de Brignoles à Marseille (13006), Mme Claudia Gnagneri, demeurant 17, rue de la Préfecture à Nice (06300), M. Nicolas Cresson, demeurant 2, rue Emeric David à Aix-en-Provence (13100), Mme Anne Isabelle Gaillard, demeurant 15, rue Sully à Perpignan (66000), Mme Laure Gaudefroy-Demombynes, demeurant 67, rue Escudier à Boulogne-Billancourt (92100), Mme Véronique Costa, demeurant 32, rue de la République à Marseille (13001) ; Mme Le Mercier et autres demandent au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir, d'une part, les décisions du ministre de la justice et des libertés et du Président du Conseil national des barreaux de signer la convention conclue le 16 juin 2010 entre l'Etat et le Conseil national des barreaux relative à la communication électronique entre les juridictions ordinaires du premier et second degré et les avocats, d'autre part, les articles III, IV et VI ainsi que les annexes VI et IX de cette convention ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu le code de commerce, notamment son article L. 420-1 ;

Vu le code de procédure civile ;

Vu la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 ;

Vu le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 ;

Vu l'arrêté du 7 avril 2009 relatif à la communication par voie électronique devant les tribunaux de grande instance ;

Vu l'arrêté du 5 mai 2010 relatif à la communication par voie électronique dans la procédure sans représentation obligatoire devant les cours d'appel ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Marc Pichon de Vendeuil, Maître des Requêtes en service extraordinaire,

- les conclusions de M. Xavier de Lesquen, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à Me Spinosi, avocat de l'ordre des avocats au barreau de Marseille, de M. Jansolin, de M. Baillon Passe, de M. Kuchukian, de M. de Valvalon, de Mme Pontier de Valvalon, de Mme Kerdrebez Gambuli, à de Mme Bertoni, de Mme Doucinaud, de Mme Vermant, de M. Ligneul, de Mme Le Mercier, de Mme Gnagneri, de M. Cresson, de Mme Gaillard, de Mme Gaudefroy-Demombynes et de Mme Costa, et à Me Le Prado, avocat du Conseil national des barreaux ;

1. Considérant que les requêtes visées ci-dessus doivent être regardées comme étant dirigées contre les articles III, IV et VI ainsi que les annexes VI et IX de la convention du 16 juin 2010 concernant la communication électronique entre les juridictions judiciaires ordinaires du premier et du second degré et les avocats, qui ont pour objet de régir les conditions, notamment en termes de sécurité, de mise en œuvre des échanges électroniques entre ces juridictions et les avocats ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur le désistement de M. Baillon-Passe :

2. Considérant que le désistement de M. Baillon-Passe est pur et simple ; que rien ne s'oppose à ce qu'il en soit donné acte ;

Sur l'intervention de l'ordre des avocats au barreau de Metz :

3. Considérant que l'ordre des avocats au barreau de Metz a intérêt à l'annulation des décisions attaquées ; qu'ainsi, son intervention au soutien des requêtes n° 342500, 342590 et 342775 est recevable ;

Sur la compétence du Conseil d'Etat :

4. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 748-1 du code de procédure civile : « *Les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles peuvent être effectués par voie électronique dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent titre* » ; qu'aux termes de l'article 748-6 du même code : « *Les procédés techniques utilisés doivent garantir, dans des conditions fixées par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées et permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire* » ; que sur le fondement de ces dispositions, le ministre de la justice a, par un arrêté du 7 avril 2009 relatif à la communication par voie électronique devant les tribunaux de grande instance et un arrêté du 5 mai 2010 relatif à la communication par voie électronique dans la procédure sans représentation obligatoire devant les cours d'appel, défini les modalités d'échanges des données entre les avocats et les juridictions concernées, en prévoyant notamment qu'ils s'effectuent par une plate-forme de services de communication électronique sécurisée dénommée « e-barreau » ; que ces mêmes arrêtés prévoient qu'un prestataire de

services de confiance agissant sous la responsabilité du Conseil national des barreaux assure la gestion de cette plate-forme :

5. Considérant, d'autre part, qu'aux termes du premier alinéa de l'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : « *Le Conseil national des barreaux, établissement d'utilité publique doté de la personnalité morale, est chargé de représenter la profession d'avocat notamment auprès des pouvoirs publics. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, le Conseil national des barreaux unifie par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat* » ; que le Conseil national des barreaux dispose, en vertu de ces dispositions, d'un pouvoir réglementaire qui s'exerce en vue d'unifier les règles et usages des barreaux, dans le cadre des lois et règlements qui régissent la profession et dans la limite des droits et libertés qui appartiennent aux avocats et des règles essentielles de l'exercice de la profession ;

6. Considérant qu'en application, respectivement, des dispositions citées aux points 4 et 5, le garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, et le président du Conseil national des barreaux ont signé, le 16 juin 2010, une convention concernant la communication électronique entre les juridictions judiciaires ordinaires du premier et du second degré et les avocats ; que l'article III de cette convention définit, notamment en matière d'équipement et de sécurité informatiques, les obligations mises à la charge respective des juridictions, du Conseil national des barreaux, des ordres professionnels et des avocats en vue d'assurer l'interconnexion du réseau indépendant à usage privé des avocats, d'une part, et du réseau indépendant à usage privé du ministère de la justice, d'autre part ; que son article IV précise les caractéristiques fonctionnelles et techniques de chacun de ces réseaux et détaille les dispositifs de sécurité que doit comporter l'interface entre ces réseaux, dénommée « plate-forme e-barreau », en particulier le chiffrement des données opéré par un prestataire de confiance agissant sous la responsabilité du Conseil national des barreaux et l'authentification par certificat électronique conservé sur un support physique prévu à cet effet ; que son article VI prévoit notamment que, pour accéder au réseau des juridictions, les avocats doivent disposer d'un mode de certification permettant leur authentification et d'un équipement leur permettant l'accès à la plate-forme « e-barreau » selon les modalités techniques de raccordement décrites en annexe ; que les annexes VI et IX de la convention précisent notamment les spécifications techniques applicables en matière de chiffrement des données échangées entre les avocats et le réseau indépendant à usage privé des avocats, qui requièrent l'utilisation d'un « algorithme de type AES 256 bits entre le boîtier VPN présent sur le réseau local du cabinet (...) avant le dispositif de connexion internet du cabinet et le frontal VPN à l'entrée de la plate forme du RPVA » ; que l'annexe VI prévoit également, par dérogation à ces exigences, que « la solution technique et antérieure du Barreau de Paris serait conservée et permettrait selon l'architecture mise en place l'accès à la plate-forme « e-barreau » pour les seuls avocats inscrits à l'ordre des avocats au Barreau de Paris » ; que, dès lors que ces clauses ont ainsi pour objet de régir, en application des dispositions citées aux points 4 et 5 et dans le cadre de l'organisation du service public de la justice, les conditions de mise en œuvre des échanges électroniques entre les juridictions judiciaires ordinaires du premier et du second degré et les avocats, elles revêtent un caractère réglementaire ;

7. Considérant qu'aux termes de l'article R. 311-1 du code de justice administrative : « *Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort : (...) 2° Des recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres et des autres autorités à compétence nationale et contre leurs circulaires et instructions de portée générale (...)* » ; que les clauses attaquées qui, ainsi qu'il a été dit, revêtent un caractère réglementaire, ont été prises concomitamment par le ministre de la justice et le président du Conseil national des barreaux dans l'exercice de leurs pouvoirs réglementaires respectifs ; qu'en vertu des dispositions

rappelées au présent point, le Conseil d'Etat est donc compétent pour connaître en premier et dernier ressort des recours dirigés contre elles ;

Sur la fin de non-recevoir opposée par le garde des sceaux et le Conseil national des barreaux :

8. Considérant que si les dispositions de l'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971, citées au point 5, habilent le Conseil national des barreaux à représenter les intérêts de la profession auprès des pouvoirs publics, elles ne permettent pas à cette instance d'accomplir des actes juridiques au nom et pour le compte des ordres ou des membres de la profession ; qu'elles n'ont donc ni pour objet ni pour effet de conférer aux instances ordinales ou aux avocats la qualité de parties aux conventions passées par le Conseil national des barreaux avec les pouvoirs publics ; que, par suite, la fin de non-recevoir tirée de ce que les requérants ne peuvent être regardés comme des tiers au contrat litigieux doit être écartée ;

Sur la légalité des décisions attaquées :

9. Considérant, en premier lieu, qu'en vertu des règles rappelées au point 5, le Conseil national des barreaux dispose d'un pouvoir réglementaire qui s'exerce en vue d'unifier les règles et usages des barreaux, dans le cadre des lois et règlements qui régissent la profession et dans la limite des droits et libertés qui appartiennent aux avocats et des règles essentielles de l'exercice de la profession ;

10. Considérant qu'aux termes de l'article 17 de la loi du 31 décembre 1971 : *« Le conseil de l'ordre a pour attribution de traiter toutes questions intéressant l'exercice de la profession et de veiller à l'observation des devoirs des avocats ainsi qu'à la protection de leurs droits. Sans préjudice des dispositions de l'article 21-1, il a pour tâches, notamment : (...) 5° De traiter toute question intéressant l'exercice de la profession, la défense des droits des avocats et la stricte observation de leurs devoirs ; (...) 10° D'assurer dans son ressort l'exécution des décisions prises par le Conseil national des barreaux (...) »* ; qu'aux termes de l'article 18 de la même loi, dans sa rédaction applicable au litige : *« Les ordres des avocats mettent en œuvre, par délibération conjointe et dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires, les moyens appropriés pour régler les problèmes d'intérêt commun, tels : l'informatique (...) »* ; que si ces dispositions confient un certain nombre de compétences aux différents ordres locaux, elles n'ont ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à ce que le Conseil national des barreaux puisse, le cas échéant, imposer à l'ensemble des barreaux une règle qui n'est appliquée que par certains d'entre eux, voire, dans les mêmes matières, élaborer une règle différente, même s'il ne peut légalement fixer des prescriptions qui mettent en cause la liberté d'exercice de la profession d'avocat ou les règles essentielles qui la régissent et qui n'auraient aucun fondement dans les règles législatives ou dans celles fixées par les décrets en Conseil d'Etat prévus par l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971, ou ne seraient pas une conséquence nécessaire d'une règle figurant au nombre des traditions de la profession ;

11. Considérant que, contrairement à ce qui est soutenu, relève de ces matières le choix d'une solution informatique en matière de communication électronique entre les juridictions et les avocats destinée à mettre en œuvre une plate-forme nationale d'échanges, qui a pour objet, pour des motifs tenant à la bonne administration de la justice, d'unifier les usages des différents barreaux ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de ce que les clauses réglementaires de la convention attaquée auraient été prises par une autorité incompétente doit être écarté ;

12. Considérant, en deuxième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier, notamment du « rapport Hattab » remis par l'expert mandaté par le président de la conférence des bâtonniers pour auditer divers systèmes de communication électronique envisageables, qu'en vue de mettre en œuvre la plate-forme nationale d'échanges dénommée « e-barreau », la convention attaquée a retenu une solution technique qui offre, par comparaison avec les autres solutions préconisées par certains barreaux, un plus grand degré de sécurité et des fonctionnalités plus nombreuses, en dépit d'une ergonomie moindre et d'un coût plus élevé ; que, toutefois, sur ce dernier plan, si le coût moyen par avocat du dispositif retenu est supérieur à celui qui résulterait d'autres solutions, il reste qu'en valeur absolue, le coût de revient réel pour un avocat demeure faible, au regard des frais habituels de fonctionnement d'un cabinet, et ne saurait dépasser quelques dizaines d'euros par mois ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de ce que le choix réalisé par la convention attaquée serait entaché d'erreur manifeste d'appréciation en raison de la disproportion des modalités techniques retenues au regard des besoins des avocats et des juridictions en termes de sécurité ou de coût ne peut qu'être écarté ;

13. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article L. 420-1 du code de commerce, sont notamment prohibées, « lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes (...) » qui tendent à « 1° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse (...) » ; que, toutefois, alors même que les modalités techniques retenues par la convention litigieuse ont une incidence sur le marché des sociétés susceptibles de fournir les équipements nécessaires au fonctionnement de la plate-forme électronique d'échanges, les clauses réglementaires litigieuses ne font pas, par elles-mêmes, obstacle à ce que le Conseil national des barreaux ait recours à tout prestataire proposant des solutions respectant les conditions techniques qu'elles définissent ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de ce que cette convention méconnaîtrait le principe de libre concurrence doit être écarté ;

14. Considérant, en quatrième lieu, que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier ;

15. Considérant que les clauses à caractère réglementaire de la convention ont pour effet de rendre obligatoire le recours à la solution technique qu'elles définissent pour l'ensemble des avocats, exception faite de ceux qui sont inscrits au barreau de Paris ; qu'il ressort des pièces du dossier que cette dérogation est justifiée par l'existence d'une solution technique comparable mise en place dès 2005 au sein du barreau de Paris ; qu'eu égard, d'une part, au nombre d'avocats concernés, qui représente plus de 40% du nombre total des avocats français, d'autre part, à l'intérêt qui s'attache à éviter de trop fortes perturbations dans la mise en œuvre de la dématérialisation des procédures, cette différence de traitement, qui est en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit, n'est pas manifestement disproportionnée au regard de l'objectif même de développement et d'unification de la communication électronique entre les juridictions et les auxiliaires de justice ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité doit être écarté ;

16. Considérant, toutefois et en dernier lieu, qu'aux termes de l'article 38 du décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat : « *Les modalités de*

*fonctionnement du Conseil national des barreaux sont fixées par un règlement intérieur arrêté en assemblée générale et communiqué au garde des sceaux, ministre de la justice. » ; que l'article 7-3 du règlement intérieur pris pour l'application de ces dispositions prévoit que : « Les délibérations de l'assemblée générale prennent la forme d'avis, de motions, de recommandations, d'adoption de rapports, de décisions à caractère individuel ou général, et, dans le cadre des dispositions de l'article 17.10 et 21-1 de la loi, de décisions à caractère normatif. » ; que l'article 7-4 du même règlement intérieur dispose : « Toute décision à caractère normatif relevant des compétences du Conseil national fait l'objet d'un rapport à l'assemblée générale par le président de la commission permanente en charge du dossier. Ce rapport contient un exposé des motifs et une proposition de rédaction de la décision à caractère normatif, ainsi que, le cas échéant, des propositions alternatives lorsque la commission permanente l'aura estimé nécessaire. / La proposition adoptée est qualifiée « avant-projet de décision à caractère normatif ». / Tout avant-projet de décision à caractère normatif est soumis dans les meilleurs délais aux ordres, syndicats professionnels et aux organismes techniques de la profession en vue de recueillir leur avis. L'assemblée générale fixe la date limite à laquelle lesdits avis doivent parvenir au Conseil national pour être pris en compte. / Les avis reçus sont examinés par la commission permanente en charge du dossier qui remet au Bureau un nouveau projet, qualifié de « projet de décision à caractère normatif », mis à l'ordre du jour de l'assemblée générale. / Le projet adopté entre en vigueur en tant que décision à caractère normatif à la date d'envoi de la notification, par lettre recommandée(e) avec demande d'avis de réception aux destinataires prévus par les dispositions de l'article 17.10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée. Il est adressé pour information aux syndicats professionnels et aux organismes techniques de la profession. (...) » ; qu'enfin, l'article 8-2 du même règlement intérieur prévoit que : « Le Président a qualité pour agir au nom du Conseil national dans tous les actes de la vie civile, ester en justice, et, plus généralement, représenter le Conseil national auprès des pouvoirs publics, des autres professions et des tiers. » ;*

17. Considérant que les requérants soutiennent que le président du Conseil national des barreaux était incompétent pour signer la convention et édicter les clauses réglementaires litigieuses, faute d'avoir respecté les dispositions de l'article 7-4 du règlement intérieur du Conseil national des barreaux qui prévoient notamment, pour toute décision à caractère normatif relevant des compétences du Conseil national, la présentation d'un rapport puis son inscription à l'ordre du jour et son adoption par l'assemblée générale du Conseil national ; que l'appréciation du bien-fondé de ce moyen dépend du point de savoir si ont été méconnues les dispositions du règlement intérieur du Conseil national des barreaux citées au point 16 ; que cette question, qui ne peut être résolue au vu d'une jurisprudence établie, soulève une difficulté sérieuse qu'il n'appartient dès lors qu'à l'autorité judiciaire de trancher et qui justifie que le Conseil d'Etat sursoie à statuer sur les requêtes de l'ordre des avocats au barreau de Marseille et autres jusqu'à ce que la juridiction compétente se soit prononcée sur cette question ;

DECIDE :

-----

Article 1<sup>er</sup> : Il est donné acte du désistement de M. Baillon-Passe.

Article 2 : Les interventions de l'ordre des avocats au barreau de Metz au soutien des requêtes n° 342500, 342590 et 342775 sont admises.

Article 3 : Il est sursis à statuer sur les requêtes n° 342500, 342575 et 342590 jusqu'à ce que l'autorité judiciaire se soit prononcée sur la question de savoir si ont été respectées les règles de procédure prévues par les articles 7-3, 7-4 et 8-2 du règlement intérieur du Conseil national des barreaux.

Article 4 : L'un au moins des requérants devra justifier devant le Conseil d'Etat, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision, de sa diligence à saisir de cette question la juridiction compétente.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à l'ordre des avocats au barreau de Marseille, premier requérant dénommé, à la garde des sceaux, ministre de la justice, et au Conseil national des barreaux. Les autres requérants seront informés de la présente décision par Me Spinosi, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, qui les représente devant le Conseil d'Etat.