

LA SEMAINE JURIDIQUE

ÉDITION GÉNÉRALE

29 AVRIL 2019, HEBDOMADAIRE, N° 17 ISSN 0242-5777

469

Sauvons la requête conjointe !

Par Morgane Reverchon-Billot



449 Sûretés - Assimilation du cautionnement réel au cautionnement : nature des choses ou expédient ?, Libres propos Gilles Pillot

450 Professions juridiques et judiciaires - Les nouveaux modes de communication de certains officiers publics ou ministériels, Aperçu rapide Ludovic Jariel

456 Marchés publics - La difficile application de l'incrimination de favoritisme en Nouvelle-Calédonie (Cass. crim., 20 mars 2019), note Jacques-Henri Robert

447 Édito - La fin d'un monde, par Nicolas Molfessis

457 Délit douanier - Blanchiment douanier (Cass. crim., 20 mars 2019), note Stéphane Detraz

470 Droit des sûretés - Chronique Philippe Simler et Philippe Delebecque

471 « Class actions » européennes - Débat sur la nécessité de prévoir des recours collectifs harmonisés au niveau européen, Mot de La Semaine (avec vidéo), Philippe Métais et Élodie Valette

PROFESSIONS JURIDIQUES ET JUDICIAIRES

450

Les nouveaux modes de communication de certains officiers publics ou ministériels

POINTS-CLÉS → Le décret n° 2019-257 du 29 mars 2019 relatif aux officiers publics ou ministériels a pour principal objet de réglementer la sollicitation personnalisée et l'offre de services en ligne des notaires, huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires et avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation → Ce texte soulève de nombreuses interrogations et laisse un goût d'inachevé tant sur la publicité personnelle que sur les modalités de fourniture des services en ligne → Il appartiendra aux instances professionnelles de combler ces lacunes



Ludovic Jariel,
conseiller référendaire à la Cour
de cassation

Le titre du décret n° 2019-257 du 29 mars 2019 (*M. Mekki, Décret du 29 mars 2019 : ne pas confondre communication et promotion : JCP N 2019, n° 14, act. 354*), identique à celui du 20 mai 2016 (n° 2016-661), ne renseigne que sur le public concerné, les officiers publics ou ministériels (OPM), sans rien dire de son objet. Le lecteur se plongera donc dans sa notice – ce préambule situé en amont des visas et dépourvu de caractère normatif – pour découvrir en quoi il modifie la réglementation applicable à ces professionnels du droit titulaires du sceau de la République et/ou d'un office. Elle lui enseignera qu'il n'épuise pas la catégorie de son intitulé puisque l'énumération des professions de notaire, de commissaire-priseur judiciaire, d'huissier de justice et d'avocat aux Conseils n'en est pas exhaustive. En effet, outre les greffiers des services judiciaires et les officiers d'état civil, les greffiers des tribunaux de commerce, qui remplissent pourtant les deux qualités visées, ne sont pas concernés. Le décret n'est donc relatif qu'à certains OPM.

Cette inexactitude sur la nature de ses dispositions constituera un paradoxe pour celui qui, continuant sa lecture, découvrira que son objet essentiel est de venir régir les modes de communication de ces officiers et, particulièrement, la sincérité de l'information qu'ils procurent. En effet, le décret est pris pour l'application du III de l'article 3 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (*V. JCP G 2016, act. 1406, Aperçu rapide F. G'ssell*), qui les a autorisés, ainsi que les commissaires aux comptes et les experts-comptables, à « recourir à la sollicitation personnalisée, notamment par voie numérique, et proposer des services en ligne », tout en renvoyant à un décret en Conseil d'État la fixation des conditions d'application, « notamment les adaptations nécessaires aux règles déontologiques applicables à ces professions dans le respect des principes de dignité, de loyauté, de confraternité et de délicatesse ». Mais ces dispositions n'épuisent pas, là-aussi, l'objet du décret n° 2019-257 qui, selon sa notice, « modifie également les dispositions réglementaires applicables aux notaires, aux huissiers de justice et aux commissaires-priseurs judiciaires afin de clarifier et d'améliorer les conditions d'accès à ces professions ainsi que leurs conditions d'exercice ». En effet, s'agissant de l'accès à ces deux premières professions, ses articles 3 et 6 ouvrent aux impé-

trants la faculté d'effectuer leur stage à temps partiel et le prolonge, en conséquence, pour que sa durée demeure, au final, inchangée. Quant à la dernière profession, son article 7 procède à un *aggiornamento* de l'article 13 de l'ordonnance du 26 juin 1816 afin de permettre l'établissement et la conservation sur support électronique des procès-verbaux de vente et du répertoire, sur lequel ils sont inscrits, ainsi que la constitution, par la Chambre nationale des commissaires de justice, d'un minutier central.

Au total, ce décret, empreint des valeurs contemporaines de flexibilité et de dématérialisation, illustre le processus de modernisation de professions centenaires dont le titre d'officier s'accorde désormais de plus en plus difficilement avec l'ouverture de modes de communication autrefois réservés à ceux qui faisaient commerce. De la passivité de celui qui attend d'être légalement requis, ces professionnels sont invités à passer à une attitude active dans la recherche de leur clientèle en la sollicitant directement (1) et en lui offrant des services en ligne (2).

1. La recherche d'une clientèle

L'article 4 du décret est emblématique de l'évolution du statut de certains OPM. En

supprimant, de l'article 10 du décret n° 71-942 du 26 novembre 1971 les mots « toute recherche de clientèle », un interdit structurant de la profession notariale a ainsi été levé. Reste à savoir si cette ouverture demeure ou demeurera cantonnée au marketing direct que constitue la sollicitation personnalisée, euphémisme du démarchage (A), ou s'étend ou s'étendra à la forme plus ancienne d'attraction d'une clientèle : la sollicitation non personnalisée, autrement dit, la publicité (B).

A. - La sollicitation personnalisée

À l'époque où toute forme de publicité était formellement interdite aux gens de justice, le conseil de discipline de l'Ordre des avocats de Paris avait sanctionné l'un de ses membres pour avoir violé ce tabou en « considérant que l'avocat ne doit pas s'offrir aux clients, mais qu'il doit attendre, pour leur prêter l'appui de son zèle et de ses talents, qu'ils soient venus réclamer son ministère » (A. 27 mai 1828, cité in *Règles sur la profession d'avocat par Mollot, 1^{re} éd., 1842, p. 451*). C'est pourtant dans cette profession qu'a, en premier, été accueillie, par mesures progressives, devenues irréversibles, la publicité comme mode de communication à destination de clients potentiels. Ouverte par l'admission, pour faciliter la prise de contact avec des avocats et connaître leur domaine d'intervention, d'une publicité fonctionnelle, autorisée par le décret n° 72-468 du 9 juin 1972, puis poursuivie par celle d'une publicité personnelle, autorisée par le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, sous la condition de se borner à procurer au public une information « nécessaire » que le décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 supprimera, cette évolution trouvera son état actuel sous l'injonction de l'article 24 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur prohibant toute interdiction absolue du démarchage (S. Bortoluzzi et a., *Règles de la profession d'avocat : Dalloz, coll. Dalloz action, 16^e éd., 2018-2019, n° 461.13 et s.*). En conséquence, la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 a modifié l'article 3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 pour permettre le recours à la sollicitation per-

sonnalisée et le décret n° 2014-1251 du 28 octobre 2014 est venu l'encadrer en modifiant l'article 15 du décret du 12 juillet 2005 (V. F. G'Sell, *La libéralisation mesurée de la publicité et de la sollicitation personnalisée : JCP G 2014, prat. 1235*).

Les notaires, huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires et avocats aux Conseils sont, eux, passés de l'admission d'une publicité fonctionnelle à la sollicitation personnalisée sans connaître l'étape intermédiaire de la publicité personnelle. Alors que, pour les deux premières, la directive dite services ne leur est expressément

« Il convient, pour les avocats, la transparence implique que les modalités de rémunération soient précisées, il faudra la distinguer, dans l'information à fournir, selon que sera ou non applicable un tarif réglementé. »

pas applicable, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a fait le choix, vraisemblablement dans le souci de favoriser la mise en œuvre de l'interprofessionnalité d'exercice instituée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, de leur ouvrir directement ce mode de communication. Son exercice étant suspendu à la parution du décret commenté, ces OPM ont dû patienter plus de deux années pour pouvoir en user.

Les articles 1 et 2 du décret du 29 mars 2019, rédigés, *mutatis mutandis*, de façon identique, modifient, pour le premier, l'ordonnance du 10 septembre 1817, applicable aux avocats aux Conseils, et, pour le second, le décret n° 73-1202 du 28 décembre 1973, applicable aux trois autres OPM, en y introduisant dans le Titre II, intitulé « Dispositions diverses », un chapitre I^{er} relatif à la sollicitation personnalisée des notaires, huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires. C'est donc le facteur commun propre à ce décret qui a justifié qu'il soit élu comme réceptacle, pour ces trois professions, du nouveau dispositif.

Les principes de dignité, loyauté, confraternité et délicatesse posés par le législateur, pour encadrer le pouvoir réglementaire dans son adaptation des règles déontologiques applicables à ces OPM, sont, outre

l'adjonction de l'adverbe notamment, purement et simplement, transposés comme les règles déontologiques à respecter dans la mise en œuvre de la sollicitation personnalisée. Il n'y a donc nulle adaptation et on se demande quel peut bien être l'apport normatif de cette disposition qui revient à dire que ces professionnels sont tenus de respecter leur déontologie.

L'apport est donc à rechercher dans les autres conditions d'application qui là sont très largement inspirées de celles prévues pour les avocats par l'article 15 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005. La sincérité ne figu-

rant manifestement pas au nombre de ces principes essentiels, il est ainsi expressément prévu que la sollicitation doit procurer une information sincère. Tout élément comparatif ou dénigrant est exclu et ses modalités sont celles applicables aux avocats : envoi postal ou courrier électronique à l'exclusion de tout message textuel ; étant observé que le Gouvernement s'est cru obligé d'ajouter expressément pour les OPM que ces deux seuls modes autorisés excluaient « tout démarchage physique ou téléphonique »... Autre distinction d'avec le régime propre aux avocats, « toute sollicitation personnalisée en rapport avec une affaire particulière est interdite » (D. n° 2019-257, 29 mars 2019, art. 1 et 2) sauf, pour les commissaires-priseurs judiciaires qui pourront, heureusement, continuer à diffuser des catalogues de ventes aux enchères. La sollicitation personnalisée ne le sera donc pas tant que cela puisqu'elle ne pourra pas cibler, comme le voudraient les règles du marketing, les attentes actuelles d'un potentiel client.

Enfin, si, comme pour les avocats, la transparence implique que les modalités de rémunération soient précisées, il faudra la distinguer, dans l'information à fournir, selon que sera ou non applicable un tarif réglementé.

B. - La sollicitation non personnalisée

L'article 3 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ne s'est pas contenté d'autoriser la sollicitation personnalisée. Son V porte également sur ce qu'il est convenu d'appeler le périmètre du droit, en modifiant l'article 66-4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 afin, sur le modèle de ce qu'avait fait, pour les avocats, la loi du 17 mars 2014, que le premier alinéa de cet article ne soit pas applicable aux notaires, huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires et avocats aux Conseils ; ce qui était parfaitement logique puisqu'il punit des peines prévues aux articles L. 242-5 à L. 242-9 du Code de la consommation qui-conque se sera livré au démarchage en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique. Il est donc distingué, entre les personnes visées par le Titre II de la loi du 31 décembre 1971, selon qu'elles peuvent ou non démarcher leur client ; la déontologie des uns autorisant ce qui est proscrit aux autres.

Mais la seconde phrase de cet alinéa, rendue, elle-aussi, inapplicable, renvoyait, pour la publicité aux mêmes fins, au décret n° 72-785 du 25 août 1972 dont l'article 2 qui interdit les « tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées ». Pour les avocats, cette exclusion est justifiée par leur soumission à l'article 3 bis de la même loi qui, justement, les autorise, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, à recourir à la publicité.

Un même renvoi est opéré pour ces OPM qui sont donc, en la matière, « soumis » à l'article 3 de la loi du 18 novembre 2016 et au décret du 29 mars 2019. Or, de la publicité personnelle, il n'y est nulle question : pas d'autorisation ni d'interdiction et encore moins de réglementation.

De l'examen de la totalité des lois et décrets qui leur sont applicables, le même constat peut être effectué : rien ! C'est en plongeant, au niveau inférieur, dans les règles professionnelles adoptées par les instances nationales, dont les manquements sont sanctionnés disciplinairement – étant observé que pour les commissaires-priseurs judiciaires, il n'existe que des règlements intérieurs éta-

blis par les chambres de discipline –, que l'on découvre une situation bigarrée combinant autorisation encadrée, réglementation diffuse et interdiction expresse.

L'article 93 du Règlement général de déontologie des avocats aux Conseils, dont l'article 102 dispose d'ailleurs que « la sollicitation personnalisée est un mode de publicité personnelle », permet, depuis mars 2019, de recourir à ce type de publicité et, en conséquence, en détermine les conditions.

Le Règlement déontologique national de la profession d'huissier de justice, approuvé par arrêté de la garde des Sceaux du 18 décembre 2018 (A. n° JUSC1834142A, 18 déc. 2018, portant approbation du règlement déontologique national des huissiers de justice : JO 22 déc. 2018, texte n°17), qui réserve la publicité, sous une forme fonctionnelle, aux instances de la profession, est taisant sur la publicité, sous une forme personnelle, sauf à prévoir, en son article 11, que la signalétique de l'office ne peut revêtir un caractère publicitaire.

Alors que l'article 4.4.3 du Règlement national des notaires, approuvé par arrêté du garde des Sceaux du 22 mai 2018 (A. n° JUSC1812966A, 22 mai 2018, portant approbation du règlement national et du règlement intercour du Conseil supérieur du notariat : JO 25 mai 2018, texte n°14), autorise, en cas de changement d'associé ou de création d'office, la publication d'avis de presse, son article 4.4.1 dispose que « toute publicité à caractère personnel est interdite ».

Or, tout concorde pour que cette dernière interdiction, dépourvue de toute assise textuelle, ne puisse être maintenue.

Comment imaginer que la suppression de l'interdiction de rechercher une clientèle n'implique pas de revenir sur celle-ci alors même que la sollicitation personnalisée est vue, dans les techniques du marketing, comme une forme renforcée voire intrusive de publicité. Un notaire pourrait donc adresser un mailing à une multitude de gestionnaires patrimoniaux mais ne pourrait pas publier son contenu dans une revue patrimoniale. Ne dit-on pas que qui peut le plus peut le moins ?

Comment également imaginer que, dans une société pluriprofessionnelle d'exercice, l'une des professions puisse recourir à la publicité et l'autre non ? Alors même que

la sollicitation personnalisée a été ouverte pour permettre une recherche commune de clientèle, l'interdiction de la publicité personnelle faite à l'une d'entre-elles serait contraire à l'intention du législateur.

En ne venant pas réglementer la publicité personnelle des notaires, huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires et avocats aux Conseils le décret du 29 mars 2019 a donc péché par omission alors qu'il lui aurait suffi, s'inspirant là-aussi de l'article 15 du décret du 12 juillet 2005, de prévoir que l'obligation de sincérité et l'exclusion de tout élément comparatif ou dénigrant s'y appliquerait.

2. L'offre de services en ligne

L'article 3 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, prenant acte de la dématérialisation des services, a permis aux notaires, huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires et avocats aux Conseils d'offrir leur ministère sous ce mode (B). Son décret d'application en profite pour venir, préalable nécessaire, réglementer, pour la première fois, les sites internet de ces OPM qui ne l'ont heureusement pas attendu pour les développer (A).

A. - La régulation des sites internet

Les instances représentatives des OPM, même celle du notariat qui, pourtant, prohibe la publicité personnelle, sont venues accompagner le développement de sites internet dont il faudrait être d'une grande naïveté pour penser qu'ils puissent se limiter au seul niveau d'une information équivalente à celle d'un annuaire professionnel. Instituant un contrôle *a priori*, l'article 4.4.2 du Règlement national du notariat prévoit que « tout office notarial peut disposer d'un site Internet sous réserve d'avoir obtenu l'agrément de la chambre, de publier ce numéro d'agrément sur le site, de respecter la charte graphique ». Instituant un contrôle *a posteriori*, d'une part, l'article 10 du Règlement déontologique national dispose que « l'huissier de justice qui ouvre ou modifie substantiellement un site Internet doit en informer la chambre

nationale dans un délai de deux jours et lui communiquer les noms de domaine qui permettent d'y accéder » et, d'autre part, l'article 99 du Règlement général de déontologie prévoit que « l'avocat aux Conseils qui ouvre ou modifie substantiellement un site internet ou un espace de communication, sur les réseaux sociaux, relatif à son activité professionnelle doit en informer le président de l'Ordre et lui permettre d'y accéder ».

Les articles 1 et 2 du décret du 29 mars 2019 sont venus transposer à ces OPM les dispositions de l'article 10.5 du Règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat s'agissant de la prohibition, d'une part, « des noms de domaine évoquant de façon générique le titre de la profession ou un titre pouvant prêter à confusion, un domaine du droit ou une activité relevant de celles de la profession » et, d'autre part, de tout « encart ou bannière publicitaire, autres que ceux de la ou des professions exercées, pour quelque produit ou service que ce soit » ; cette dernière pluralité reflétant la prise en compte de l'interprofessionnalité d'exercice.

Contrairement au RIN qui impose la mention « du nom de l'avocat ou la dénomination du cabinet en totalité ou en abrégé, qui peut être suivi ou précédé du mot "avocat" », le décret est taiseux sur ce que le nom de domaine de ces OPM doit inclure.

Introduite en même temps par le décret, la dérogation à la prohibition de certains noms de domaine, pour permettre aux instances nationales d'évoquer le titre de la profession et les activités lui étant réservées, s'explique difficilement. D'abord, instituant, en creux, l'interdiction d'évoquer de façon générique un domaine du droit, elle ne devrait pas se trouver dans des dispositions concernant les seuls professionnels mais dans celles régissant ces instances. Ensuite, elle est, pour partie, inutile puisque la prohibition n'étant relative qu'aux sites internet ouverts par des professionnels, on ne pouvait concevoir qu'elle soit interprétée comme visant les instances représentatives. Enfin, la seule mention des instances "nationales", laisse songeur sur l'intention du pouvoir réglementaire à l'égard des institutions locales dont l'intitulé de la profession figure de façon générique dans le nom de domaine.

B. - Les services en ligne

Les articles 1 et 2 du décret du 29 mars 2019 prévoient que l'offre de services en ligne doit respecter les mêmes principes déontologiques, la même sincérité de l'information sur la nature des prestations que la sollicitation personnalisée et, ce qui se conçoit moins, ne s'agissant pas d'un mode de publicité, exclure « tout élément comparatif ou dénigrant ».

Aussi, ils disposent que « l'instance professionnelle nationale peut prévoir, dans le règlement déontologique de la profession, que

« Aucune compétence n'est donnée aux instances nationales pour régler les nombreuses questions soulevées par la fourniture de services en ligne, de sorte que les OPM sont confrontés à un vide juridique. »

le professionnel qui ouvre ou modifie substantiellement un site internet en vue de proposer ses services ou une ou plusieurs pages web destinées aux mêmes fins sur un site internet tiers doit l'en informer, dans un délai déterminé à compter de son ouverture ou de sa modification substantielle » (D. n° 2019-257, art. 2).

Outre qu'il remet nécessairement en cause le contrôle *a priori* du notariat, ce transfert de compétence aux instances nationales, pour instituer un contrôle *a posteriori*, soulève deux interrogations. La première tient à ce que, s'agissant de règles professionnelles, elles étaient déjà compétentes, à telle enseigne qu'elles ne se sont pas privées de le faire s'agissant de la création d'un site internet ou de sa modification substantielle, le développement d'une offre de services en ligne entrant manifestement dans cette dernière catégorie. La seconde tient à ce que les instances locales des notaires, huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires sont en charge de leur discipline, de sorte qu'il apparaît curieux de les court-circuiter au profit de l'échelon national qui ne pourra donner aucune suite à un éventuel manquement sauf à les en informer.

En revanche, alors que le décret ne va

curieusement pas au-delà de l'offre de services, aucune compétence n'est là donnée aux instances nationales pour régler les nombreuses questions soulevées par la fourniture de services en ligne, de sorte que les OPM sont confrontés à un vide juridique. Partant, il appartiendra à ces instances, au titre de leur pouvoir général d'élaboration des règles professionnelles, de s'en saisir pour régir, sur le modèle de l'article 19 du RIN, l'identification du professionnel et du client, notamment lors du paiement en ligne, le respect des règles relatives à la prévention du blanchiment, le

recours à une plateforme en ligne de référencement... Mais ce sera là une occasion manquée pour le Gouvernement de venir, dans la perspective du développement de l'interprofessionnalité d'exercice, unifier les réponses à apporter.

Enfin, l'article 10 du décret n° 2019-257 introduit une seule disposition transitoire relative aux nouveaux modes de communication. Son II prévoit que « les professionnels disposant, à la date d'entrée en vigueur du présent décret, d'un site internet ou d'une page web destinés à proposer leurs services doivent se mettre en conformité avec les dispositions du présent décret dans un délai de six mois à compter de son entrée en vigueur ». Cette mesure est difficilement compréhensible en ce que, d'une part, antérieurement à cette entrée en vigueur, l'offre de services en ligne était prohibée faute de mesures d'application prises par le présent décret et, d'autre part, en ce qu'il donne lui-même compétence aux instances professionnelles pour, à leur convenance, instaurer un contrôle *a posteriori*, ce qui rend difficile la mise en conformité avec ce qui n'est pas encore éventuellement imposé... ■