

POUR UN RENOUVEAU DES USAGES DE LA PROFESSION D'AVOCAT

LES USAGES DE L'AVOCAT SEMBLENT OSTRACISÉS. LA VOIE RETENUE FAIT PRÉVALOIR UNE CERTAINE FORME DE DÉFIANCE ENVERS CETTE PROFESSION LIBÉRALE ET INTERROGE L'IDENTITÉ DE L'AVOCAT. UN RENOUVEAU NOTIONNEL ET FONCTIONNEL DES USAGES DOIT ÊTRE PROPOSÉ.



PAR KEVIN
MAGNIER-MERRAN,
MAÎTRE DE CONFÉRENCES
À L'UNIVERSITÉ
DE LORRAINE

« L'avocat est aujourd'hui un homme nouveau et un héritier » (1). L'homme de parole en même temps que de confiance, héritier de l'usage et s'en servant traditionnellement comme boussole comportementale, est devenu, aussi, un agent économique. Le constat est objectif, la massification de la profession, en même temps que son ouverture à la logique du marché (2), ont entraîné l'idée d'une « grande transformation des avocats » (3). Devant la vitrine de la modernité et des innovations des « start-uppers juridiques », certains plaident pour une adaptation urgente de la profession. L'avocat devrait, puisque sa disparition est d'ores et déjà annoncée (4), sortir du carcan de la nature libérale de sa profession pour commercer, de manière assumée et transparente. L'étude des règles de la profession, l'analyse de leur méthode de

confection, de plus en plus verticale, témoignent déjà d'un effacement de son caractère libéral. Pourtant, l'adjectif « libéral » peut s'entendre de manière positive, comme contenant une visée éthique (5) pouvant s'enrichir au besoin par le passage par la norme et reposant sur des comportements reflétant une sagesse pratique. Mais la voie retenue, unificatrice à l'excès, fait prévaloir une certaine défiance envers la profession libérale et préfère sacraliser la norme écrite au détriment de la confiance pouvant être faite dans le comportement du professionnel, rognant ainsi sa liberté. Ce mouvement dont

on garde le mince espoir qu'il ne devienne pas irréversible interrogera aussi l'indépendance de l'avocat et sa fonctionnarisation progressive; d'un mot, son identité.

Il nous est apparu que les usages de l'avocat, qui bénéficièrent longtemps du sceau de l'exclusivité en matière de déontologie et qui semblent à présent délaissés pour de mauvaises raisons, devaient constituer le prisme de cette réflexion. Ils constitueront, peut-être, demain, le vent de liberté qui ne souffle plus assez fort sur la profession d'avocat. Cela n'est possible qu'à deux conditions. Il faut en entendre le sens (I) et leur redonner leur fonction (II).

NOTES

(1) Y. Ozanam, Histoire des avocats, in B. Beigner et J. Villacèque (dir.), Droit et déontologie de la profession d'avocat, LGDJ-Gazette du Palais, 2^e éd., 2016, p. 13.

(2) O. Favereau (dir.), Les avocats entre ordre professionnel et ordre marchand, rapport CNB, 2008, Gazette du Palais-Lextenso, 2009; C. Bessy, L'organisation des activités des avocats entre monopole et marché, LGDJ, 2015.

(3) T. Wickers, La grande transformation des avocats, Dalloz, 2014.

(4) R. Susskind, The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services, Oxford University Press, 2008.

(5) Paul Ricœur définit la visée éthique à travers le triptyque suivant: souci de soi, souci de l'autre, souci de l'institution. Il doit être précisé que, dans cette logique, le soi ne revient pas au « moi » mais à l'estime, au « respect pour le niveau moral, déontologique de notre investigation ». V. en particulier, P. Ricœur, Soi-même comme un autre, Seuil, 1990.

I - POUR UN RENOUVEAU NOTIONNEL DES USAGES DE L'AVOCAT

Le lien entre usages et profession libérale est par nature fécond (A). S'il s'est marginalisé (B), il reste néanmoins vivant (C).

A - LES USAGES ET LA PROFESSION LIBÉRALE : UN RAPPORT VERTUEUX

Une profession libérale se compose normalement de membres pouvant s'estimer en capacité d'agir, en droit de préférer telle option à telle autre mais également en droit d'introduire des nouveautés dans le cours des événements, parce que leurs actions comprennent *a priori* une visée éthique. Précisément, les usages professionnels désignent des « *comportements, qui, en raison de certaines de leurs qualités objectives et subjectives, bénéficient d'une force normative* » (6). Le rapport établi entre usages et professions libérales est riche de sens. Intrinsèquement lié à la nature libérale de la profession, le comportement répété constitue la « *force d'où surgit* » l'usage. La logique est à préserver en ce qu'elle laisse intacte la sphère de liberté du professionnel qui, parce qu'il aura eu un comportement donné dans une certaine situation, continuera à l'observer spontanément (7). La prise en compte des comportements, comme indicateurs de la norme et révélateurs de l'usage, offre aussi la possibilité de maintenir des solutions concrètes et adaptées à la profession. Elle est, en outre, la garantie que la visée éthique d'un comportement peut passer par le crible de la norme et du pouvoir sanctionnateur attaché à la méconnaissance d'un usage.

B - LES USAGES ET LA PROFESSION D'AVOCAT : UN RAPPORT MARGINALISÉ

Ce rapport vertueux n'a pourtant plus cours. Il convient en effet de rapporter le constat d'une entreprise de reflux des usages. La profession d'avocat est entrée depuis longtemps dans une tradition du formalisme. Cette position implique la mise hors-jeu des usages en ce qu'ils

peuvent révéler des volontés plus diverses. Cela non car ils seraient de fait mauvais, mais parce qu'ils ne permettent pas d'atteindre l'idéal d'autonomie et d'autolégislation désiré par les instances représentatives du barreau. Les ouvrages les plus autorisés en donnent d'autres justifications. Ainsi peut-on lire que « *l'usage ancien ne suffit plus à régir la profession du seul fait de son antiquité, il lui faut être considéré comme nécessaire et salubre par la profession* » (8). La thèse se discute, en ce que, par définition, l'usage est considéré comme nécessaire et salubre par la profession, sans quoi il n'existerait pas au plan normatif. Nous préférons, comme d'autres (9), croire que les usages ont formé le premier liquide déontologique avant leur dilution dans une *lex privata* institutionnalisée.

C - LES USAGES ET LA PROFESSION D'AVOCAT : UN RAPPORT VIVANT

L'étouffement des usages n'est heureusement pas total. Le maintien d'un flux parcellaire des usages est perceptible à plusieurs niveaux. Leur présence témoigne de leur fonction essentielle : non pas remplacer le droit positif actuel mais le compléter. Cette fonction complétive n'est autorisée qu'à condition que l'usage puisse être prouvé. La presse généraliste a récemment rendu compte d'un différend qui oppose l'actuel bâtonnier élu de l'ordre des avocats de Paris à maître Jean-Louis Bessis, ancien candidat au bâtonnat. Dans un communiqué du 27 juillet 2017, le bâtonnier élu a notamment écrit :

« *Contrairement aux usages de la profession, qui excluent toute rémunération pour l'établissement d'un rapport destiné au conseil de l'ordre, et en dépit de l'absence de l'obtention de la condition suspensive de l'accord du conseil de l'ordre, M. Jean-Louis Bessis sollicite le versement de plusieurs centaines de milliers d'euros* ». À ce sujet, le professeur Pierre Mousseron s'interroge à la fois sur le champ d'application et le contenu de cet usage, dont la trace ne semble pas évidente (10). Il faut dire d'emblée que la recherche en la matière n'est pas aisée. Nombreux sont les manuels de déontologie de la profession d'avocat qui ne réservent aucune place aux usages au sein des index, les solutions jurisprudentielles ou les avis déontologiques rendus aux vises des usages se font également plus rares : une épuration juridique des usages professionnels semble bien entamée. Des îlots de résistance, au premier chef desquels on trouve l'Institut des usages, s'efforcent de poursuivre une recherche et une systématisation autour de cette notion. Sans en faire le complet référencement, on peut distinguer les usages processuels des usages substantiels.

Au titre des usages processuels, le bâtonnier Taisne rapporte que si deux confrères se croisent à la porte du Palais, celui qui est en robe a priorité de passage sur celui qui est en civil. Aussi ne convient-il pas de plaider avant le bâtonnier en exercice. L'auteur poursuit en énonçant que ces usages présentent un caractère obligatoire pour l'avocat qui doit s'y conformer. Il conclut en les distin-

NOTES

(6) V. en particulier, P. Mousseron, Les usages : l'autre droit de l'entreprise, LexisNexis, 2014, p. 3.

(7) V. en particulier, P. Deumier, Le droit spontané, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2002, spécialement n° 430 :

« *Il s'agit d'un droit qui, sans avoir été imposé et sans volonté délibérée, se dégage de la répétition constante et générale d'un comportement juridique par les membres d'un groupe* ».

(8) H. Ader et A. Damien, Règles de la profession d'avocat, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 15^e éd., 2016, p. 47.

(9) V. sur cette question, R. Encinas de Munagorri, Les sources positives de la déontologie à propos des avocats, RTD civ. 2007, p. 67.

(10) P. Mousseron, Du rifici à l'ordre des avocats de Paris, Alerte août 2017, n° 2, <http://bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com/alerte-aout-2017-n-2-du-rifici-l-ordre-des-avocats-de-paris>.

quant des règles de bienséance (11), car ne pas s'y conformer « *c'est enfreindre une obligation du Palais* » (12). Au plan processuel encore, il a été précisé par le Conseil national des barreaux (CNB) que « *l'usage et les traditions du barreau français font que tous les courriers échangés entre le bâtonnier et un membre de son barreau sont couverts par la confiance* » (13). On notera sur ce point que la tradition se distingue difficilement de l'usage en ce qu'elle peut comporter aussi un effet contraignant indirect. Par exemple, la tradition parisienne est de ne pas autoriser le successeur à agir en responsabilité civile professionnelle à l'encontre du prédécesseur, la richesse du barreau permettant au justiciable de choisir sans difficulté le conseil qui l'assistera pour ces procédures spécifiques et au nouveau conseil désigné de respecter le principe essentiel de la délicatesse (14). Toujours au titre des usages processuels, deux avis rendus par la commission de déontologie du barreau de Paris nous renseignent sur les « *mentions d'usage* » à faire figurer dans les courriers adressés par l'avocat directement à la partie adverse, sans l'intermédiaire de son conseil. Ainsi, toute lettre faite directement à la partie adverse, en l'absence de constitution de conseil connue, doit comporter la mention d'usage invitant son destinataire à prendre attache avec un conseil de son choix (15). De la même manière, l'avocat qui, dans le cadre d'un litige portant sur un téléchargement illégal d'œuvres par le biais de réseau « *peer to peer* », intervient directement auprès de la partie adverse, en évoquant les sanctions de l'article 335-4 du Code de la propriété intellectuelle, doit procéder au rappel de l'existence de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) et à la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée (16). C'est ensuite au sujet des communications et interventions publiques de l'avocat qu'une disposition spécifique au barreau de Paris prévoit que « *l'avocat est tenu d'observer les devoirs que lui imposent les règles, traditions et usages professionnels, notamment envers les magistrats, les membres du barreau et les clients* » (17).

Les usages substantiels s'avèrent tout aussi vivaces. Deux exemples viendront l'illustrer. D'abord, le règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) dispose en son article 15 que l'avocat inscrit au tableau de l'ordre doit exercer effectivement sa profession dans le ressort du barreau et, en conséquence, disposer d'un cabinet conforme aux usages et permettant l'exercice de la profession dans le respect des principes essentiels. Au sujet de la domiciliation, un avis de la commission de déontologie du barreau de Paris s'avère tout à fait original au plan de la distinction entre un manquement à la règle déontologique et aux usages. La commission décide qu'en s'abstenant de disposer d'un domicile professionnel dans Paris intra-muros, comme le lui impose le règlement intérieur, et en n'ayant conservé qu'une domiciliation pour recevoir son courrier, l'avocat commet un manquement déontologique. Mais de plus, en s'abstenant d'informer le conseil de ce qu'il n'exerçait plus à la seule adresse parisienne connue de la direction de l'exercice professionnel, il commet un manquement distinct aux usages. Une confirmation que les usages existent bel et bien en dehors de la seule sphère réglementaire et qu'ils s'en distinguent !

Ensuite et surtout, c'est la matière des honoraires de l'avocat qui continue à entretenir un lien tout particulier avec les usages. On pourrait d'abord croire à leur recul

en ce domaine. En effet, la loi « *Macron* » du 6 août 2015 (18) est venu modifier l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 (19) afin de rendre obligatoire l'établissement d'une convention d'honoraires écrite entre l'avocat et son client. C'est dans ce contexte que le CNB a décidé de mettre en conformité l'article 11 du RIN relatif aux honoraires. Il s'agissait, notamment, de supprimer les termes de l'article 10, à savoir : « *À défaut de convention entre l'avocat et son client, les honoraires sont fixés selon les usages (...)* ». Dès lors, l'option n'est plus permise par la loi. Il est vrai que l'on pourrait s'attendre sur ce point au reflux d'un contentieux abondant sur la détermination des honoraires par les usages en l'absence d'une convention d'honoraires (20). Toutefois, ce serait aller un peu vite en besogne. D'abord, il existe des exceptions à l'obligation préalable de convention d'honoraires écrite. Il en va, pour ce qui nous intéresse, de l'urgence et de la force majeure (21) qui justifient l'absence de conclusion préalable d'une telle convention. Mais il faudra bien dans ce cas fixer les honoraires de l'avocat, ce à quoi répond encore l'article 11.2 du RIN qui convoque toujours les usages au titre de cette détermination. Ensuite, on ne sait rien des conséquences de l'absence de convention d'honoraires, y compris lorsqu'elle est obligatoire. Une interprétation par analogie est sans doute permise. La cour d'appel de

NOTES

(11) On peut citer au titre des règles de bienséance l'article 1^{er} bis du RIN : « *En application du principe de courtoisie, l'avocat doit, lorsqu'il plaide devant une juridiction extérieure au ressort de son barreau, se présenter au président et au magistrat du ministère public tenant l'audience, au bâtonnier et au confrère plaçant pour la partie adverse* ».
 (12) J.-J. Taisne, *La déontologie de l'avocat*, Dalloz, 9^e éd., 2015, p. 41.
 (13) CNB, avis de la commission des règles et des usages, 18 nov. 2004.
 (14) Bull. Barreau de Paris, 2002, n° 10, p. 40.

(15) Comm. déont. barreau Paris, avis n° 183/23.7124, 20 juin 2012.
 (16) Comm. déont. barreau Paris, avis n° 183/22.7756, 27 mars 2012.
 (17) Règl. int. barreau de Paris, P.10.0.1.
 (18) L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JO 7 août.
 (19) L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, JO janv. 1972.
 (20) Pour un aperçu du contentieux relatif à la matière, v. le site Internet de l'Institut des usages, rubrique « *Professions libérales* » : <http://www.bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com/avocats>.
 (21) Art 11.2 du RIN.

Toulouse, dans un arrêt rendu, relativement à l'ancienne obligation spécifique de signer une convention d'honoraires en matière de divorce, a pu considérer que l'obligation de conclure cette convention n'était sanctionnée par aucune disposition (22). Elle en a déduit qu'en l'absence de convention d'honoraires, il y avait lieu de fixer ceux-ci conformément aux critères mentionnés à l'article 10 dont on sait qu'il fait référence explicite aux usages. Or, la nouvelle rédaction de l'article 11 du Règlement intérieur national prévoit simplement, après avoir rappelé le principe de l'obligation de convention d'honoraires, que : « les honoraires sont fixés » en fonction de ces mêmes critères et notamment des usages, et ce sans préciser l'incidence d'une absence de toute convention. Il reviendra à la jurisprudence de déterminer l'impact de cette obligation (23), en considérant que la convention est exigée *ad validatem* ou *ad probationem*. Nous sommes d'avis qu'une exigence *ad validatem* s'avérerait excessive, l'avocat pouvant d'ores et déjà être sanctionné à l'issue d'un contrôle de la DGCCRF quant à l'inexécution de cette obligation de convention d'honoraires. Aussi, cela aurait pour signification discutable que la rémunération de l'avocat est davantage la contrepartie à la rédaction d'une convention d'honoraires écrite que la contrepartie d'un travail et d'un service rendu. La science du formalisme doit pouvoir trouver ses limites. Les usages garderaient ainsi une incidence particulière, substituant ainsi l'absence de convention d'honoraires.

Mais cette incidence n'est possible qu'à une seconde condition. Il faut redonner leur fonction première aux usages, en décentralisant leur appréhension (II).

II. POUR UN RENOUVEAU FONCTIONNEL DES USAGES DE L'AVOCAT

La fonction des usages est en l'état actuel niée (1^o) alors que des relais pourraient permettre de leur redonner leur rôle initial (2^o).

A - UNE DÉRIVE FONCTIONNELLE

Le législateur a confié le soin au Conseil national des barreaux d'unifier par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat (24). On appréciera qu'en apparence, la distinction opérée entre règles et usages semblent laisser intacts ces derniers. On regrettera, en réalité, que la mission même du Conseil consiste en une entreprise rendant difficile à long terme, la survie effective des usages. Réunir ce qui est épars n'est pas en soi blâmable, sauf à ce que cette réunion mène à l'effacement des diversités. L'œuvre unificatrice pourrait buter, fort heureusement, sur les traditions de la profession, réserve émise par le Conseil d'État (25). Cette même juridiction a néanmoins estimé que les dispositions confiant un certain nombre de compétences aux différents ordres locaux (dont on espère qu'ils ne deviendront pas à terme, des chambres d'enregistrement) n'ont ni pour effet ni pour objet de faire obstacle à ce que le Conseil national des barreaux puisse imposer à l'ensemble des barreaux (26) une règle qui n'est appliquée que par certains d'entre eux, voire, élaborer une règle différente (27). En vertu de la hiérarchie des normes, ces décisions normatives s'imposeront à l'ensemble des avocats sur le territoire national sans qu'il soit nécessaire qu'elles soient transposées dans le règlement intérieur des barreaux locaux. Le Conseil national des barreaux est bel et bien un ordre national qui ne dit pas son nom (28).

La portée de cette codification des usages des professions juridiques est d'autant plus préoccupante

qu'elle peut être exagérée par la Cour de cassation, lorsqu'elle en est saisie. Par exemple, aux termes de l'article 4 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat, « la chambre des notaires a pour attributions : - d'établir, en ce qui concerne les usages de la profession et les rapports des notaires tant entre eux qu'avec la clientèle, un règlement qui sera soumis à l'approbation du garde des Sceaux, ministre de la Justice (...) ». La conséquence de cette codification n'est pas mesurée par la Cour. Dans une espèce où un notaire avait omis d'exiger un chèque de banque pour un versement supérieur à 15 000 euros, en violation d'une circulaire édictée par le conseil régional des notaires, ce dernier fit l'objet d'une sanction disciplinaire prononcée par la chambre régionale de discipline des notaires au visa de ladite circulaire. Le notaire contestait la faculté pour la chambre de prononcer une telle sanction. La Cour de cassation a entendu l'argument et invalidé la sanction en affirmant que « seuls les usages mentionnés au règlement approuvé par le ministère de la Justice ont force obligatoire » (29). Comme le souligne le Professeur Mousseron à propos de cette décision, « exiger des usages qu'ils soient mentionnés revient en effet à les ignorer. L'usage se définit comme une règle découlant de la généralisation d'un comportement. La solennisation des usages à laquelle procède la cour s'oppose à leur inhérente spontanéité » (30). La crainte d'un raisonnement par analogie à propos du rôle du Conseil national des barreaux est dès lors permise. Demain, que fera-t-on de tous les usages non mentionnés par

NOTES

(22) Toulouse, 20 juill. 2015, RG n°15/01433.

(23) On sait que l'absence de convention d'honoraires en matière d'honoraires de résultat est sanctionnée traditionnellement par l'absence de toute droit à honoraire de résultat (Civ. 1^{re}, 26 mai 1994, D. 95.169, obs. A. Brunois).

(24) L. 31 dec. 1971, art. 21-1 modifié par L. 11 févr. 2004.

(25) CE, 29 janvier 2014, n° 366083.

(26) Nous soulignons.

(27) CE, 15 mai 2013, n° 342500.

(28) H.Ader, A.Damien, *Règles de la profession d'avocat*, ouvrage précité, p. 63.

(29) 1^{re} civ. 20 septembre 2012, n° 11-16.402.

(30) V. *Les usages : l'autre droit de l'entreprise*, sous la dir. de P. Mousseron, ouvrage précité, p. 76.

le Conseil? Aussi, c'est méconnaître le sens profond d'une codification et du rôle de complément joué par les usages. C'est estimer arbitrairement que la seule règle de droit qui vaille est la règle écrite, là où des comportements, a fortiori dans une profession libérale, sont au fondement de la règle, l'écrit ne venant que parachever et sécuriser l'expression d'une norme préexistante en prouvant son existence. C'est enfin faire le pari d'une codification autosuffisante et d'un droit étroit, basé uni-

quement sur un type de normes prédéfinies.

B - DES RELAIS OPÉRATIONNELS

Surtout, cette méthode de confection de la norme professionnelle témoigne d'une forme d'impuissance. La tentative de nationalisation des usages n'enlèvera rien aux particularismes ancrés et actifs puisque précisément, l'usage est une norme particulière, dont la disparition suit un processus qui lui est propre. Tou-

tefois, deux processus sont à craindre et doivent nous alerter sur les formes de régulation existantes à propos des usages. Le premier est un processus de suppression. Fort de ses pouvoirs, le Conseil national des barreaux peut tout à fait assumer le rôle d'une autorité qui, de manière unilatérale, décide de la suppression d'un usage. Il faudra alors compter sur des recours armés du poids de la tradition pour y faire échec ou sur la permanence des comportements, en dépit d'une mesure prise par cette institution qui resterait alors lettre morte. Le second est un processus de conversion massif des usages par voie réglementaire, doublé d'une non-reconnaissance de toute autre norme comme pourraient l'être les usages survivants. L'argument avancé pour justifier cette entreprise est connu : les usages, souvent oraux, seraient un facteur d'insécurité juridique. Mais vaut-il mieux la dictature d'une règle écrite à la recherche et à la révélation, certes plus ambitieuse, d'usages fonctionnels, propres à suggérer des solutions basées sur des comportements et non sur des fictions? Cette ambition est affichée par l'Institut des usages (31) mais également par le tout récent Centre de Conciliation et d'Arbitrage des Professions Libérales. De telles institutions participent et participeront à la recherche et à la révélation des usages, pour leur donner la place qu'ils méritent. Car, de l'aveu des spécialistes, « *s'il saute aux yeux que les décrets relatifs à la profession sont de plus en plus longs, il reste que les cas de conscience de l'avocat demeurent aussi difficiles que par le passé à résoudre faute de toujours trouver une solution évidente* » (32). Le recours aux usages n'est donc pas à condamner.



NOTES

(31) V. notamment l'avis n° 2016-10-1 rendu par l'Institut, sur l'existence d'usages relatifs à l'exigibilité des honoraires de résultat en matière d'arbitrage international: <http://www.bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com/liste-des-avis>.

(32) J-J. Taisne, *La déontologie de l'avocat*, ouvrage précité, p. 44.