

N^{os} 403101, 405090, 405561
CONFERENCE DES BATONNIERS
et autres

6^{ème} et 1^{ère} chambres réunies
Séance du 12 janvier 2017
Lecture du 29 janvier 2018

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

L'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dispose que la profession d'avocat est exercée de façon libérale et indépendante. Le droit français a donné beaucoup d'importance à ce principe d'exercice indépendant, y compris vis-à-vis de la personne que l'avocat représente, qui est pourtant son mandant. L'indépendance de ce mandataire particulier vous a conduit à juger que l'avocat ne pouvait se représenter lui-même, il doit être une personne distincte « *dont les intérêts personnels ne sont pas en cause dans l'affaire* » (CE, 22 mai 2009, M. M..., n° 301186, Rec.). A plus forte raison, le statut des avocats interdit donc qu'ils soient salariés de leurs clients.

Le bien-fondé de ces règles peut être discuté : on débat en France depuis quelque temps de la possibilité pour une entreprise de disposer d'avocats salariés, qu'elle emploierait pour la représenter devant les juridictions, plutôt que de recourir à des cabinets extérieurs. Les juristes travaillant en entreprise, qui procèdent à des analyses juridiques pour leurs employeurs et peuvent préparer des actes qui ne requièrent pas la représentation par un avocat, ont été dotés d'un statut fixé à l'article 58 de la loi du 31 décembre 1971. Mais ils ne peuvent exercer les fonctions d'avocat. Le projet d'un rapprochement entre ces professions et de la création d'un statut d'avocat en entreprise est régulièrement évoqué. Il a été débattu plusieurs fois au Parlement, notamment en 2014, 2015 et 2016. Un certain nombre d'objections ont été soulevées, notamment le souci de respecter l'indépendance de l'avocat vis-à-vis du client, dans les procédures pénales mais aussi civiles, afin de garantir une représentation dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Le secret professionnel serait difficile à combiner avec le salariat. Ces projets n'ont pas abouti.

Le Conseil national des barreaux s'est alors saisi de la question et a débattu de l'institution d'une formule intermédiaire, dont les pièces du dossier montrent qu'elle a été conçue comme une alternative à l'institution d'un statut d'avocat en entreprise. Cette formule consiste à permettre à l'avocat de domicilier son cabinet dans l'entreprise : il serait ainsi placé physiquement au cœur de l'activité d'une entreprise, ce qui lui permettrait de bénéficier d'une coordination en temps réel avec son client, d'accéder facilement à l'information, d'être plus efficace et réactif. On peut imaginer que cette entreprise est alors un client important, peut-être le client principal voire l'unique client de l'avocat ; mais juridiquement celui-ci continue d'exercer à titre libéral et peut avoir d'autres clients.

Lors de son assemblée générale des 1^{er} et 2 juillet 2016, le Conseil national des barreaux a adopté une modification du « règlement intérieur national » de la profession d'avocat permettant la domiciliation d'un cabinet secondaire d'avocat au sein d'une entreprise, à condition que la domiciliation garantisse les règles d'exercice de la profession, notamment le secret professionnel. L'adoption de cette modification, qui a une nature réglementaire, s'est faite de justesse, le président ayant départagé en sa faveur les quatre-vingt votants qui s'étaient partagés à parts égales. En revanche a été écartée la possibilité de domicilier le cabinet principal de l'avocat dans une entreprise. Cette délibération est attaquée pour excès de pouvoir par la Conférence des bâtonniers, l'ordre des avocats au barreau de Rouen, le Manifeste des avocats collaborateurs et un avocat. De nombreux barreaux locaux sont intervenus au soutien de cette demande d'annulation. En application de l'article 38-1 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, la décision a fait l'objet d'une publication au Journal officiel, le 1^{er} octobre. Elle a alors été publiée comme une « décision du 20 juillet », qui est probablement la date de sa mise en forme par le président. Mais la décision elle-même a bien été prise par la délibération des 1^{er} et 2 juillet.

Il est soutenu que le Conseil national des barreaux n'était pas compétent pour procéder à une modification aussi importante des règles d'exercice de la profession.

Il faut rappeler que le Conseil national des barreaux est bien compétent pour fixer lui-même certaines règles de la profession d'avocat. L'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971, dans sa rédaction que lui a donnée la loi du 11 février 2004, dispose que « *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.* » Votre décision *Landwell* a reconnu là un véritable pouvoir réglementaire (CE, 17 novembre 2004, *SEL Landwelle et associés e.a.*, n^{os} 268075, 268501, Rec.). Ce pouvoir est assez spécifique car il permet à un organe professionnel de réglementer lui-même la profession, sans aucune homologation, approbation ou pouvoir de veto ministériel, ce qui nous semble relativement rare. En contrepartie, ce pouvoir est encadré par deux contraintes, précisées par votre jurisprudence *Landwell* :

- d'une part, le législateur n'a pas confié au Conseil national des barreaux un pouvoir réglementaire d'application de la loi, comme il peut le faire sur des points déterminés ; les actes réglementaires du CNB doivent respecter tant la loi du 31 décembre 1971 que ses décrets d'application ;

- d'autre part, à l'intérieur de cette hiérarchie, la compétence matérielle du CNB se trouve limitée, d'après le texte à la seule « *unification des règles et usages de la profession* ». Le CNB a ainsi édicté un « règlement intérieur national » qui s'impose aux règlements intérieurs des barreaux locaux et procède donc à cette unification. Cette frontière matérielle est assez difficile à faire passer. Vous avez jugé que « *si le Conseil national des barreaux peut, 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, il ne peut légalement fixer des prescriptions nouvelles 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* ». Autrement dit, d'un côté, vous avez interprété largement la notion d'unification : il peut y avoir unification lorsqu'on édicte une règle nouvelle, pas seulement lorsqu'on étend à tous la règle ou l'usage

déjà pratiqué par une partie des barreaux. En revanche, de l'autre côté, ces règles doivent être de portée limitée, subsidiaire, ce que vous avez exprimé par deux conditions cumulatives : d'une part, ces règles doivent « avoir leur fondement » dans les lois, règlements ou usages régissant la profession, être des sortes de modalités d'application soit des textes, soit des usages ; d'autre part, elles ne doivent pas porter sur les « règles essentielles » d'exercice de la profession ou mettre en cause les conditions de son libre exercice. On voit que la règle de compétence se confond en partie avec les questions de légalité interne.

A titre d'illustration, vous avez jugé :

- dans l'affaire *Landwell*, que le CNB ne peut pas édicter des conditions de participation des avocats à des réseaux pluridisciplinaires, car cela limite la liberté d'exercice de l'avocat, sans qu'il y ait à cela un « fondement » dans la loi ou les décrets ;
- que le CNB peut en revanche organiser une procédure d'avis tendant à assurer une interprétation uniforme des règles déontologiques (CE, 29 janvier 2014, Mme. V..., 366083, C), fixer certaines conditions pour le choix des noms de domaine des sites Internet des avocats (CE, 9 novembre 2015, M. N..., 384728, C) ou les dénominations des cabinets d'avocats et des sociétés d'exercice CE, 28 avril 2017, Acacia, 400832, B) ;
- plus proche de notre affaire, vous avez admis que le CNB prévoit qu'à titre temporaire, le principe de domiciliation professionnelle de l'avocat peut être assoupli en autorisant que l'avocat se domicilie chez un confrère ou dans un local affecté par l'ordre (CE, 19 octobre 2012, SELARL Delmas & Associés, n° 354613, T.).

Le Conseil national des barreaux état-il compétent pour autoriser la domiciliation de bureaux secondaires au sein des entreprises ? La réponse, en première approche, semble négative puisqu'il s'agit là d'apporter une réponse à un débat qui agite la profession depuis des années, donc de changer sur un point important la pratique professionnelle existante.

Lorsqu'on reprend les critères de votre jurisprudence *Landwell*, cette impression se confirme : il ressort des délibérations du CNB qu'instituer la possibilité d'exercer à l'intérieur d'une entreprise tend à créer une forme intermédiaire entre le juriste d'entreprise, salarié, et l'avocat libéral dont le cabinet n'a aucun lien, sinon de clientèle, avec l'entreprise en question. Les avocats sont aujourd'hui soumis non seulement à l'interdiction faite de se salarier à une entreprise, mais aussi à l'obligation de conserver une forme d'indépendance vis-à-vis des clients. Même si on peut penser que le domicile serait louée à l'entreprise, il nous semble que la liberté, et donc l'indépendance, de l'avocat qui exerce physiquement au sein d'une entreprise, qui est un client important, ne sont pas les mêmes qu'en l'absence de ce lien de domiciliation, même si le lien résulterait davantage des conditions concrètes d'exercice que de sujétions juridiques. C'est d'ailleurs bien l'objectif du CNB que de transformer la relation entre l'avocat et ce client particulier. L'indépendance d'exercice au bénéfice des autres clients de l'avocat pourrait également s'en trouver affectée.

La requête souligne que cette domiciliation va poser des questions de confidentialité, vis-à-vis des documents et informations relatifs à l'entreprise défendue, mais aussi relatifs aux autres clients de l'avocat, et cela même s'il ne s'agit que d'un bureau secondaire.

Nous ne disons pas que cette réforme est impossible, radicalement incompatible avec les principes qui régissent la profession : vous n'avez pas à statuer sur ce point ; mais il nous

semble donc que la délibération « *met en cause la liberté d'exercice de la profession d'avocat ou les règles essentielles qui la régissent* ». Ce point suffit, selon la lettre de votre jurisprudence *Landwell*, à établir l'incompétence du CNB, sans avoir à regarder si la règle a un « fondement » dans la loi, les règlements ou les usages. On peut constater qu'il n'y a trace d'une telle faculté de domiciliation dans une entreprise dans la loi et les décrets.

Mais il n'y a pas non plus trace d'une interdiction, et c'est ce sur quoi s'appuie la défense du CNB, qui soutient qu'il n'a fait que codifier ce que les textes permettaient depuis toujours, même si ce n'est pas l'usage. Si c'était exact, cela remettrait en question l'idée que le CNB est intervenu dans les « règles essentielles » de la profession. Il nous semble effectivement que le CNB est compétent pour détailler, expliciter les facultés générales qui résultent de la loi ou des décrets. Mais les textes, notamment les articles 165 et suivants du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 relatif au domicile professionnel, ont depuis toujours été interprétés, au regard de l'exigence d'indépendance, comme interdisant une telle pratique. Il nous semble que c'était d'ailleurs jusqu'ici la position des instances ordinales : la délibération attaquée n'a pas été présentée au CNB par le rapporteur comme une codification de l'existant, mais comme une réponse à la demande de création d'un avocat en entreprise.

En outre, s'il s'agissait d'expliquer ce que la loi permet déjà, la délibération attaquée n'aurait aucun sens : les membres du CNB ont refusé de modifier leur règlement intérieur national pour prévoir qu'une domiciliation en entreprise du cabinet principal soit autorisée, et n'ont autorisé que le cabinet secondaire. Or, si le silence de la loi autorisait la domiciliation en entreprise, cela vaudrait également pour le cabinet principal, nous semble-t-il, et la délibération attaquée serait donc paradoxalement illégale en tant qu'elle entend interdire la domiciliation en entreprise de ces cabinets. Il nous semble au contraire que la délibération n'explique pas ce que la loi permet, mais vient ajouter une faculté qui nécessite une disposition expresse : elle n'est peut-être pas illégale mais elle ne trouve de fondement explicite ni dans la loi, ni dans les décrets, ni dans les usages de la profession, et elle touche aux règles essentielles de son exercice.

Nous pensons donc que le CNB n'est pas compétent pour procéder lui-même à une telle réforme et **nous concluons** :

- à l'admission des interventions ;
- à l'annulation de la délibération des 1^{er} et 2 juillet 2016 du Conseil national des barreaux, en tant qu'elle modifie les dispositions de l'article 15.2.2 du règlement intérieur national de la profession d'avocat ;
- à ce que le Conseil national des barreaux verse 3000 euros aux requérants de la requête n° 405561 au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, à partager en parts égales.