
Conférence conjointe CCBE-FBE

L'autorégulation et la qualité dans la profession d'avocat

Centro Cultural de Belém, Lisbonne, le 25 octobre 2019

II^e panel - Les défis de l'autorégulation : l'autorégulation est-elle la garantie d'une qualité accrue ?

Comprendre le contexte des besoins juridiques : comment l'éthique soutient la qualité selon la perspective de l'avocat ou

Le manteau noir du vilain : la robe d'honneur d'une profession fière de ses valeurs

I. Introduction

L'avocat est un prestataire de services, mais¹ en même temps un agent de l'administration de la justice au même titre que les magistrats. Il remplit sa fonction d'agent de justice² par le truchement de son service³, pour emprunter une formule du prof. Hellwig.

Les valeurs fondamentales de notre profession⁴ sont indissociables de la qualité de nos prestations, à moins de nous réduire à de simples prestataires de services au risque de rompre le contrat social qui nous accorde le monopole légal, d'ailleurs, du moins en Allemagne, historiquement chargé. Éthique et qualité sont les deux faces de la même médaille. Mais la protection des valeurs fondamentales rend nécessaire de restreindre la libre prestation de nos services au moyen de la déontologie afin de répondre à notre vocation d'agents contribuant à l'administration de la justice.

L'histoire semble suggérer que l'autorégulation de la profession est une condition sine qua non pour le respect de la déontologie et l'indépendance de l'avocature⁵. En même temps, l'État de droit est étroitement lié à la liberté et l'indépendance de l'avocature.

Accompagnez-moi donc le temps d'une brève excursion dans l'histoire de la profession d'avocat afin d'appuyer ma thèse.

¹ Encore, faut-il dire « mais » ?

² « Organ der Rechtspflege » en allemand, je préfère le terme „agent » à celui d'auxiliaire (c.f. infra).

³ En allemand: „Er füllt die Organstellung durch seine Dienstleistung aus.“ (Hans-Jürgen Hellwig, *Berufsrecht und Berufsethik der Anwaltschaft in Europa*, Tübingen, 2015, p. 148).

⁴ Unabhängigkeit, Verschwiegenheit, Loyalität, Verpflichtung auf das Gemeinwohl (indépendance, discrétion, loyauté, engagement pour le bien commun); cf. § 1 BRAO, § 1 PartGG

⁵ « Advokatur » en allemand ; le mot français est réclaté par Maître Daniel Soulez-Larivière qui dit avoir « inventé » le terme « avocature » dans le titre d'un livre publié en 1982.

II. Une Brève Histoire des Avocats en Prusse et Allemagne – Entre Contrôle de l'État et Indépendance

La bonne administration de la justice, demande-t-elle une tutelle de l'État ou tout au contraire une indépendance des avocats? Nous allons voir que l'histoire prussienne et allemande en fut un vrai laboratoire et que l'histoire semble avoir tranché.

1. 1713-1721 - Une Justice débordée et coûteuse :

Au début du XVIII^e siècle, les procédures devant les tribunaux dans le jeune royaume de Prusse furent longues et coûteuses. Ce sont surtout les couches sociales les plus défavorisées de la société qui en souffrirent. Les avocats furent accusés de faire traîner les procès, de tromper la religion des juges et d'imposer des procédures inutiles à leurs clients.

Le roi⁶ souhaitait raccourcir les procédures et d'en réduire les coûts. Le moyen : Mettre les avocats sous contrôle de l'État.

En 1713, un code vestimentaire fut publié : « *Nous ordonnons en tout sérieux que les avocats portent des manteaux noirs, qui descendent jusqu'au genou, afin que l'on puisse reconnaître de loin les vilains⁷* ». Des 1200 avocats et procureurs, 720 furent démis de leurs fonctions. Ceux qui continuaient à pratiquer sans permission étaient menacés de punition, un premier pas vers le monopole des avocats, mais cadeau empoisonné.

Le procès écrit et le débat contradictoire furent abolis. L'avocat devait se limiter aux faits, l'analyse légale relevait de la seule responsabilité du juge. L'avocat n'était plus autorisé à prendre la parole devant le tribunal, mais devant deux conseillers dans une salle voisine, qui rapportèrent ses propos au juge.

Le nouveau règlement avait cependant l'effet contraire: les procédures devenaient très longues et la qualité de l'administration de la justice avait baissé dramatiquement, dépendant du seul juge.

2. 1742-1748 – Autocensure des avocats et sélection sociale

Tout comme son père, Frédéric II n'était pas un ami des avocats. Il voyait en eux des « *tourciveurs et rapaces sans raison et sens de la réalité* »⁸. Le mal venait donc forcément d'eux.

⁶ Frédéric Guillaume I^{er} : Friedrich Wilhelm I. (1688 – 1740)

⁷ *Wir ordnen und befehlen hiermit allen Ernstes, daß die Advocati wollene schwarze Mäntel, welche bis unter das Knie gehen, unserer Verordnung gemäß zu tragen haben, damit man die Spitzbuben schon von weitem erkennt.*

⁸ „*Rechtsverdreher und Gebührenschinder ohne Sinn für Vernunft und Wirklichkeit.*“

En 1746, les avocats furent obligés à soumettre les dossiers à un examen préliminaire et, si la demande paraissait abusive, ils devaient refuser le dossier. Depuis 1748, seuls étaient admis à la profession d'avocat des candidats qui venaient d'un milieu aisé. On espérait ainsi améliorer la qualité et la réputation de la profession.

3. 1779 - L'abolition de l'avocature

En 1779, la "Loi Carmer" entra en vigueur. Dorénavant, le juge serait l'inquisiteur de la procédure qui adopte définitivement le principe de l'instruction.

Les avocats ne seraient que des auxiliaires des juges ce qui revenait à l'abolition du rôle de l'avocat. Le terme "avocat" fut d'ailleurs remplacé par le terme « *Conseiller auxiliaire* »⁹, nommé et rémunéré par le tribunal, assigné d'office aux parties.

Les avocats qui n'étaient plus autorisés à exercer leur profession furent nommés « *commissaires de justice* ». Leurs fonctions comprenaient l'exécution forcée ainsi que la défense dans les affaires pénales. Cependant, il leur était interdit de comparaître devant le tribunal. Mais au contraire des intentions du roi, la fonction du commissaire de justice développa ensuite sa propre dynamique.

Car tandis que les commissaires de justice s'acquittèrent de leurs tâches honorablement, les conseillers auxiliaires étaient l'objet de plaintes répétées. On leur reprocha de venir au procès mal préparé, de déformer les faits et de faire des déclarations peu pertinentes devant le tribunal.

En 1783, les justiciables furent autorisés à nommer un commissaire de justice au lieu d'un conseiller auxiliaire. De fait, cela revenait à rétablir un début de l'avocature.

4. 1793-1846 - Le retour de l'avocature

En 1793, une version révisée du Code judiciaire¹⁰ entra en vigueur. Les commissaires de justice pouvaient à nouveau agir en tant que représentants des parties ce qui revenait à leur accorder la fonction d'avocat. La fonction du conseiller auxiliaire, en revanche, fut abolie.

Bien que les commissaires de justice fussent de nouveau admis au procès, le principe de l'instruction continuait de s'appliquer. Le commissaire de justice avait toujours un rôle subordonné au juge. Il était considéré comme un fonctionnaire et percevait des honoraires fixés par l'État.

Le bon déroulement du procès dépendait ainsi du juge, étant en même temps l'avocat des parties. Mais sa neutralité fut de plus en plus questionnée par les justiciables. C'est ainsi qu'au début du XIXe siècle,

⁹ « *Assistenzrat* »,

¹⁰ Allgemeine Gerichtsordnung (AGO)

l'on commença à concevoir l'importance de la représentation juridique. La peur des citoyens de se perdre dans le maelström de la justice était grande et dans l'avocat, on voyait un protecteur efficace.

Les réformes de 1833 et 1846 étaient marquées par l'abandon successif du principe de l'instruction et le retour au débat contradictoire dans les affaires réservées aux commissaires de justice. L'émergence du libéralisme au sein de la société renforça l'idée de l'avocature comme un bouclier contre l'arbitraire judiciaire. Ce revirement s'explique aussi par les nombreuses tentatives infructueuses des décennies précédentes d'améliorer l'administration de la justice en rendant l'avocature obsolète. Une nouvelle prise de conscience de leur propre profession conduisit les avocats à s'organiser et à se constituer en associations pour s'imposer comme un acteur nécessaire dans le système juridique. Cela allait de pair avec l'apparition d'une société civile et libérale dans laquelle les avocats jouaient un rôle important.

5. 1847-1867 - Conseils honoraires et autorégulation, l'émergence d'un barreau autorégulé

En 1841, le roi¹¹ ordonna qu'il fût absolument nécessaire pour l'existence d'un bon système judiciaire et pour l'amélioration de la réputation des avocats de les réunir dans un collège.

Son projet qui entra en vigueur en 1847 prévoyait de créer des conseils honoraires dotés de pleins pouvoirs disciplinaires dans chaque arrondissement judiciaire d'une Cour d'appel pour sauvegarder les intérêts professionnels des avocats. Un conseil de six à dix membres devait être élu parmi les commissaires de justice et les notaires pour surveiller l'exercice de la fonction des avocats. Le pouvoir disciplinaire n'était plus aux mains des magistrats.

En 1867, une réglementation pour un barreau prussien fut promulguée, ce qui représentait un pas important vers une profession organisée et unie.

6. 1871-1933 : Une déontologie nationale et l'indépendance de la profession

En 1871, le Deutscher Anwaltverein fut fondé. Un de ses objectifs majeurs était la création d'une déontologie nationale garantissant la liberté de l'avocature consacrée un peu plus tard par la Rechtsanwaltsordnung de 1878. Les avocats obtinrent le monopole de représenter les clients devant les tribunaux¹². L'admission d'un avocat au barreau n'était plus laissée à la discrétion du tribunal, mais octroyée d'office si le candidat avait réussi l'examen¹³. La position n'était plus attribuée par l'État dans le cadre d'un numerus clausus.

¹¹ Frédéric Guillaume IV

¹² § 78 ZPO (Zivilprozessordnung - Code judiciaire)

¹³ L'examen donnant accès à la capacité de juge : Befähigung zum Richteramt selon le § 4 Rechtsanwaltsordnung.

Avec la loi sur les avocats, l'importance de la fonction judiciaire de la profession d'avocat et de l'autorégulation des avocats par les barreaux fut reconnues par l'État.

Le débat contradictoire fut rétabli qui garantissait enfin la bonne administration de la justice et sa légitimité par le truchement de la procédure, pour parler avec Niklas Luhmann.

En 1932, la loi relative à l'établissement du barreau national fut introduite et promulguée en 1933.

7. 1933-1945: Voyage au bout de la nuit

Hélas, en 1935, le barreau national fut mis sous tutelle du ministre de la Justice. Ses organes et son président, tout comme ceux des barreaux régionaux, seraient dorénavant nommés par le parti national-socialiste. L'avocature devait se faire l'instrument de son idéologie.

En 1936, la Rechtsanwaltsordnung fut remplacée par la Reichsrechtsanwaltsordnung qui marqua la fin de l'avocature indépendante. En même temps, l'on accorda aux avocats le monopole du service juridique qui perdait sa qualité de métier ne requérant, depuis 1869, qu'un enregistrement selon le règlement des métiers et industries¹⁴. Cependant, cette loi n'était non pas un instrument pour garantir la qualité des services juridiques, mais pour empêcher les avocats juifs d'exercer leur profession en dehors des tribunaux.

8. 1949 – 2019 : L'avocat et la démocratie: Une liberté chèrement acquise

Avec la naissance de la RFA, les avocats retrouvèrent leur indépendance. L'autorégulation par les barreaux régionaux fut restaurée en 1949, le barreau fédéral vit le jour en 1959. Nos confrères en Allemagne de l'Est ne jouissaient malheureusement pas de ce privilège avant la réunification en 1990.

L'indépendance de la profession et le droit inconditionnel, en même temps le devoir de respecter les valeurs fondamentales de la profession d'avocat, furent reconnus par plusieurs décisions de la Cour Constitutionnelle allemande¹⁵ et par la Cour Européenne de Justice dans l'arrêt Wouters¹⁶. Le serment de l'avocat, presté devant le président du barreau, nous oblige à respecter la déontologie et à défendre les valeurs démocratiques de la constitution¹⁷. Le maintien du monopole des avocats après 1945¹⁸, eu égard à ses prémices, nous rappelle notre devoir de probité pour le mériter.

¹⁴ Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes de 1869

¹⁵ Datant de 1962, 1973, 2001, 2003 et 2004.

¹⁶ C.J.U.E., 19 février 2002, Wouters, C- 309/99

¹⁷ § 12 a Bundesrechtsanwaltsordnung

¹⁸ D'abord consacré par la jurisprudence (BVerwGE 19, 339), ensuite par le Rechtsberatungsgesetz de 1958 et le Rechtsdienstleistungsgesetz de 2008

III. Conclusion

L'histoire des réformes judiciaires en Prusse et Allemagne démontre l'importance de la libre avocature pour le bon fonctionnement de la justice. Au vu de cette expérience historique, un constat s'impose, à savoir que l'autorégulation de l'avocature est un instrument nécessaire pour préserver les valeurs fondamentales de notre profession. L'histoire de la profession pendant le 3^{ème} Reich et en Allemagne de l'Est du temps du régime communiste a fourni plus de preuves qu'il n'en faut de l'importance d'une avocature libre et indépendante dans un État de droit qui se doit d'administrer une justice légitime, équitable et de qualité. Le manteau noir du vilain devint à la fin la robe d'honneur d'une profession fière de ses valeurs.

Winston Churchill disait en 1947 : « *Many forms of Government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed, it has been said that democracy is the worst form of Government except all those other forms that have been tried from time to time*¹⁹ ». Il en est de même avec l'autorégulation de notre profession.

Guido Imfeld,

Vice-bâtonnier du barreau de Cologne, avocat associé chez Daniel Hagelskamp & Kollegen (Aix-la-Chapelle/Liège)

¹⁹ « *Beaucoup de formes de gouvernement furent essayées, et le seront, dans ce monde de péché et de malheur. Personne ne prétend que la démocratie est parfaite ou omnisciente. En effet, on put dire qu'elle était la pire forme de gouvernement à l'exception de toutes celles qui furent essayées au fil du temps.* »