

DÉONTOLOGIE ET DISCIPLINE DANS LES PROFESSIONS LIBÉRALES

par

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à l'Université Paris-Dauphine

Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social

1. Nous ne disposons guère de définition de la déontologie. Tout au plus, peut-on par provision dire qu'il s'agit d'une morale collective propre à un groupe professionnel. Mais qu'on se console, nous n'avons pas beaucoup plus de certitude, et sur les contours des activités économiques qui seraient par nature des professions libérales, et sur le champ d'application de la déontologie, dans ses critères de recoupement avec les professions libérales.

2. Ce qui complique encore un peu plus les choses tient au fait que la formulation d'impératifs déontologiques et la mise en place d'organes spécifiques de discipline n'est pas caractéristique des professions libérales. Ainsi, le secteur bancaire a développé tant bien que mal des règles déontologiques, l'économie financière visant à tenir l'équilibre entre la morale et l'argent. L'activité disciplinaire est son pendant : le conseil de discipline des OPCVM exprime par sa seule appellation le rôle qui est le sien.

3. Mais nous partageons une intuition d'une sorte de concentration plus forte de la déontologie dans les professions libérales, justifiant une homogénéité des professions libérales malgré les diversités culturelles des différents pays¹, une sorte de consubstantialité. Cela incite au raisonnement *a contrario* ; c'est ainsi que Christian Babusiaux, cherchant à déterminer ce qu'est « La déontologie dans les affaires »², affirme que « La déontologie, corps de

(1) V. l'ouvrage remarquable *Avocats et notaires en Europe. Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine*, dir. J.-L. HALPÉRIN, coll. « Droit et société », LGDJ, 1996, spéc. p. 215 s.

(2) Ch. BABUSIAUX, *La déontologie dans les affaires*, Rev. Concurrence, Janvier 1997, p. 35 s.

devoirs, s'entend dans une pluralité de registres. Ainsi, à côté du code des devoirs moraux ou des devoirs professionnels que s'imposent certaines disciplines libérales, il existe une déontologie élémentaire, composée de cette simple et unique obligation de conformer son comportement au droit ». Prenons-le pour acquis...

4. Si l'on en reste alors au cadre des professions libérales, l'étude mène à première vue à traiter dans un premier temps de la déontologie, de la discipline, dans un second temps, des modes de sanction de leur violation en s'appuyant sur l'articulation des règles et des organes. Mais cette distinction n'a guère de réalité : en la matière, il y a une confusion des deux temps puisque ce sont les organes de disciplines qui élaborent les règles déontologiques et qui les sanctionnent. Ce hiatus méthodologique devant l'impératif, avouons-le, mineur, de construire un propos, révèle une véritable difficulté : celle née d'un cumul de pouvoirs pour un même organe d'édicter des normes de comportement et de sanctionner les atteintes à ces normes. On s'est beaucoup ému de la confusion de ce pouvoir quasi-législatif avec ce pouvoir quasi-judiciaire lorsqu'ils furent conférés à la COB mais les professions libérales s'en étaient accoutumées bien avant. Il n'est pas d'ailleurs certain que les critères objectifs d'impartialité, visés par la Convention européenne des droits de l'Homme en soient satisfaits, même si l'on peut en trouver de solides justifications³.

5. Toujours est-il qu'il faut donc rechercher d'autres césures, ou, plutôt que des césures, se situer dans le thème de l'entre-deux. La profession libérale est en effet dans des entre-deux, entre-deux de la profession et de la liberté, entre-deux de l'entreprise – avec cet espace ouvert qu'est le marché – et de la morale – avec cet espace clos qu'est la conscience –, entre-deux du droit et du non-droit : la déontologie, parce qu'elle caractérise cet entre-deux, exprime donc la nature de la profession libérale.

I. – LA DIALECTIQUE DE LA LIBERTÉ ET DE LA CONTRAINTE, EXPRIMÉE PAR LA DÉONTOLOGIE ET LA DISCIPLINE DANS LES PROFESSIONS LIBÉRALES

6. Un livre récent de sociologie désigne comme tension majeure de notre modernité le rapport entre la liberté et la discipline⁴. L'auteur conclut en affirmant que nous vivons aujourd'hui dans

(3) V. *infra*, n° 38 s.

(4) P. WAGNER, *Liberté et discipline. Les deux crises de la modernité*, Métailié, 1996.

une « modernité organisée », par laquelle liberté et discipline s'opposent et s'alimentent. On le mesure très bien à propos des professions libérales dans la tension entre déontologie et discipline.

A. La déontologie et la discipline, alliance de la liberté et du talent de l'activité libérale

7. La déontologie se constitue par une tension, accrue aujourd'hui par l'emprise de l'économique, dans la mesure où elle se développe en perspective de ce que l'on pourrait appeler un libéralisme de talent, en opposition apparente avec le libéralisme ordinaire du marché, dont la profession libérale s'abstrait pour établir une morale assise sur la confiance caractérisant cette relation économique particulière.

1) L'opposition entre libéralisme de talent et libéralisme de marché

8. Le praticien des professions libérales est libre, notamment dans les choix qu'il opère dans l'exercice de son métier.

Cela est dû au fait que la technique qu'il exerce confine à l'art, ce lieu de la liberté. Art classiquement appréhendé pour l'architecte, art classique encore pour l'avocat lorsqu'il plaide, art au sens plus technique pour le juriste et pour le médecin. La profession libérale pourrait se définir comme le monde des talents de l'individu, situé au sein des activités laborieuses et collectives. C'est pourquoi les professions libérales ont pris leur essor avec la Révolution française⁶, cet acte de naissance de l'individualisme.

9. Par nature, il y a ainsi une participation de la personne dans l'activité libérale : c'est pourquoi il y a des contrôles de moralité⁷. C'est cette double considération de l'art et de la personne, qui converge dans la notion, certes peu juridique, de talent, et permet la distinction entre les normes techniques et les normes déontologiques⁸. Cette distinction est fort délicate, plus difficile à faire que celle entre normes juridiques et normes déontologiques, notamment en ce qui concerne les médecins ou les experts-comptables, la technicité de l'acte de soigner et de l'acte de compter, sans doute plus grande que celle de l'acte de défendre, rendant la place de la déontologie incertaine. En effet, l'irrespect des obligations tech-

(5) Ph. JESTAZ, *L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature*, RTD civ. 1983, p. 233 s.

(6) *Les professions libérales*, J. VAGOgne, coll. « Que sais-je ? », 1984, p. 5.

(7) V. *infra*, n° 18 s.

(8) V. sur l'interférence avec la question des règles de l'art, A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, préf. G. VINEY, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 203, LGDJ, 1989.

riques, voire des obligations légales, peut être analysé, de surcroît, comme une atteinte à la déontologie, mais si et seulement si la morale est en cause. Dès lors, l'illégalité sera poursuivie, de surcroît, par l'organe disciplinaire. Illustre cette confluence possible la sanction disciplinaire d'un pharmacien ayant délivré sans ordonnance des substances vénéneuses.

10. C'est ainsi une sorte de libéralisme personnifié qui s'oppose au libéralisme économique en ce que celui-ci est un libéralisme abstrait, c'est-à-dire un marché des objets, des prestations et des services substituables entre eux. C'est pourquoi et notamment la notion de « marché du droit » a du mal à se développer car les avocats se sont toujours opposés à cette figure-là. Lucien Karpik a retracé l'histoire des avocats en s'appuyant sur cette culture⁹.

11. Il y a là un enjeu très concret de la fusion de la profession d'avocat et des juristes d'entreprise. Ainsi, pour reprendre les termes mêmes du débat, certains estiment que les juristes d'entreprise, partie prenante de l'entreprise, ne pourront faire admettre à leur employeur que cette logique marchande soit contrariée par la déontologie du barreau¹⁰. S'affiche alors le rapport entre déontologie et marché, c'est-à-dire entre les deux types de libéralismes. On mesure que le libéralisme du marché prend actuellement le pas si l'on veut bien tirer conséquence du fait que le délégué interministériel chargé des professions libérales est désormais rattaché au ministère des entreprises. Mais il convient de ne pas exagérer l'opposition de ces deux libéralismes car ils peuvent dans l'avenir s'articuler l'un sur l'autre¹¹.

2) Déontologie et relation *intuitu personae de confiance*

12. C'est donc la personne qui est impliquée dans une relation qui n'est pas que technique avec le client. Ainsi, ce n'est pas tant la technique qui appelle la déontologie que la relation de confiance qu'inspire la personne. On peut y voir le fondement de l'interdiction de recevoir du médecin, du pharmacien et du prêtre dans la dernière maladie. Cette question de la confiance est devenue cruciale, notamment dans les problématiques d'économie de marché¹², ce qui montre bien que déontologie et marché sont faits pour

(9) L. KARPIK, *Les avocats. Entre l'État, le public et le marché. XIII^e-XX^e siècle*, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Gallimard, 1995.

(10) P. CHARRETON, *Une fusion avec le barreau serait un phénomène artificiel*, Droit et patrimoine, déc. 1996, p. 6 s.

(11) V. *infra*, n° 32 s.

(12) À qui se fier ? *Confiance, interaction et théorie des jeux*, MAUSS, La découverte, 1994.

s'épauler l'un l'autre. Il apparaît en effet que l'une des solutions pour dépasser la méfiance générale qui nourrit le marché, mais l'entrave en même temps puisque la méfiance limite les anticipations¹³, est précisément d'y injecter cette part de générosité pour autrui et de don que contient en substance la profession libérale. Confiance, prospérité, qualité du service, paraissent un *continuum* qui fondent la profession libérale et constitue également le socle d'une organisation marchande évoluée.

13. C'est pourquoi il convient de relativiser la remise en cause de cette confiance spécifique par l'affirmation d'une désincarnation, d'une industrialisation de la profession libérale car la corrélation entre les deux est douteuse. En effet, cette désincarnation est relativement localisée et concerne avant toute chose le mouvement, décrit dès 1947 par Jean Savatier, vers la patrimonialisation des clientèles¹⁴. Mais, pour le reste de la relation, la confiance dans la personne – cette personne-là – ou dans la profession elle-même – cette personne-là ou un autre, dès l'instant qu'elle appartient à cette profession-là – persiste parfaitement.

Elle engendre le premier des devoirs professionnels : le secret. Il est le cœur de la profession libérale. La patrimonialisation de la profession le laisse intact. Certes, la patrimonialisation peut affecter concrètement la liberté de profession, car c'est parfois le professionnel qui est attaché à la clientèle et non l'inverse. Les difficultés déontologiques que rencontre la profession des commissaires aux comptes viennent en partie de cette inversion, créatrice de dépendance, négatrice de liberté. Elle est très difficile à renverser.

14. Cette liberté du professionnel libéral, pléonasme devenu problématique, interdit pourtant encore que le droit se saisisse sans autre façon de la régulation de la profession. La façon d'exercer un art ne pourrait être réglementée que très grossièrement par le droit, trop abstrait pour cela. En effet, le droit se définit comme l'instrument collectif et global d'organisation des comportements sociaux. Il est inadapté face aux talents des individus, caractéristiques des professions libérales¹⁵.

15. Pourtant, les artistes ne sont pas pour leur part soumises à une déontologie et il n'existe pas d'ordre professionnel des artistes peintres. Dès lors, il faut rechercher pourquoi les professions libérales ont toutes une déontologie, une déontologie que ne peut pro-

(13) V. not. A. CAILLÉ, in *À qui se fier ?*, préc., p. 3 s.

(14) J. SAVATIER, *La profession libérale. Étude juridique et pratique*, LGDJ, 1947, p. 137 s. ; Y. SERRA, *La clientèle*, Droit et Patrimoine, juillet/août 1996, p. 64 ; M. GORÉ, *La cession entre vifs des clientèles civiles* ; cet ouvrage.

(15) V. *infra*, n° 29 s.

duire la seule considération du libre talent, démarche déontologique qu'elles partagent d'ailleurs avec des professions non libérales.

16. Ce qui fait naître la déontologie semble être la constitution d'un triangle étrange : celui du pouvoir, du talent et du secret. Prend forme alors dans un premier temps le devoir moral (celui du prêtre, qui conjugue les trois, mais qu'on ne peut assimiler à une profession libérale). Mais l'intéressé ne peut rester seul maître d'un tel pouvoir, dès l'instant que l'impératif moral se cristallise par le biais d'une culture d'appartenance à une même profession¹⁶.

B. La déontologie et la discipline, signes du « collectif particulier » qu'est la profession libérale

17. Il ne peut s'agir ici d'étudier d'une façon exhaustive la déontologie et la discipline de chaque profession, mais d'essayer de mesurer ce qui fait la culture des professions. On peut notamment évoquer l'honneur et la probité, mais il convient d'analyser en contrepoint ce qui semblait une montée en puissance préoccupante de l'ordinaire économique.

1) L'honneur et la probité

18. La déontologie se constitue lors du passage à un « collectif particulier », un collectif professionnel qui n'existe que pour que s'épanouisse un individuel talentueux. Cela explique sans doute que les organisations collectives des professions libérales, telles celles des avocats¹⁷, aient à peine subi la coupure révolutionnaire¹⁸, alors que tous les autres corps intermédiaires tombaient dans le gouffre. Cela justifie en partie la paradoxale perdurance d'une conception d'Ancien Régime, ce que Jean Savatier a appelé une « aristocratie morale »¹⁹. Ainsi se justifie le maintien de la première morale de l'aristocratie, ce que Montesquieu désignait comme le moteur de cette société-là : l'honneur. L'honneur et la probité, cette dernière notion morale ayant une prise dans le monde juridique plus nette que la première, sont deux exigences déontologiques constamment réaffirmées dans l'organisation des professions libérales.

19. Cette vertu doit être portée en son entier par le professionnel. Il ne peut pas même y opposer la distinction si ordinaire de la

(16) V. *infra*, n° 38 s.

(17) B. SUR, *Histoire des avocats en France*, Dalloz, 1998.

(18) J. SAVATIER, *La profession libérale. Étude juridique et pratique*, préc., p. 22.

(19) J. SAVATIER, *La profession libérale*, Archives de philosophie du droit, 1954.

vie professionnelle et de la vie privée : il est ainsi typique qu'une atteinte à l'honneur et à la probité, même en dehors de l'activité professionnelle proprement dite, sera justiciable d'une sanction disciplinaire. Symétriquement, une sanction pénale n'entraîne pas nécessairement une sanction déontologique ou peut ne justifier qu'une sanction légère sur ce plan. Car il faut que le fait ayant justifié la condamnation soit précisément contraire à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs, pour que, par exemple, l'inscription à un barreau soit refusée par l'Ordre²⁰. La jurisprudence du Conseil d'État a le mieux mis en valeur le critère révélateur de la faute déontologique : distinctement de la faute professionnelle, elle qualifie le comportement par lequel le professionnel a failli à « son honneur d'homme »²¹.

Si la vertu de la profession est portée par chaque professionnel, elle est aussi techniquement attachée à l'ensemble : c'est à travers l'Ordre qui l'incarne que la profession sera apte juridiquement à défendre son honneur.

20. Il faut donc appartenir à la profession pour en comprendre les règles, pour ainsi dire pour les sentir. Les règles déontologiques sont alors caractéristiques non seulement par leur contenu mais encore en ce qu'elles sont des règles partagées et intériorisées. Ce qui est vrai pour les règles est vrai pour ceux qui jugent leur violation : ceux-ci doivent être reconnus de l'intérieur de la profession. C'est alors tout le contraire de la justice rare et éloignée ; au-delà même de la justice de proximité : il faut ici parler de justice internalisée et mettre en valeur une figure de justice participative. Dès lors, le recours paraît naturel au procédé ordinaire de participation politique, qui se superpose au rapport processuel commun. Cela produit par mélange ce résultat culturellement extraordinaire en France : l'élection des juges, pour la plupart des professions libérales.

21. Ainsi, la déontologie caractérise le particularisme de la profession, qui permet de guider la liberté individuelle. Concrètement, elle est le corollaire de la liberté des honoraires, cette liberté fondée et limitée par la conscience du travail bien fait. Se noue alors le rapport très difficile entre déontologie professionnelle et argent, rapport dont la difficulté est accrue par l'existence d'un marché. Apparaît alors la notion ambiguë de « désintéressement », distinct de la notion d'honnêteté. On affirme couramment qu'il s'agit pour le professionnel de faire passer l'intérêt du client

(20) R. MARTIN, *Déontologie de l'avocat*, avec le concours de A. CAILLÉ, 2^e éd., Litec, 1997, n° 32 s, p. 205.

(21) Sur cette question, v. not. D.N. COMMARET, *À propos de la loi n° 95-884 du 3 août 1995 ou réflexions sur l'honneur du magistrat*, D. 1996, chron., p. 197 s.

avant le sien. Cela doit précisément rester dans les limites de la déontologie et il ne saurait s'agir de concourir à l'évasion du prisonnier défendu ou de proposer de corrompre le juge... Mais ne s'agit-il que de cela ? Au-delà des textes, la jurisprudence a affirmé que la profession d'avocat « repose » sur les vertus de probité et de désintéressement²². La notion de probité est une version déontologique de la qualité de professionnalisme, mais celle de désintéressement est plus surprenante et risque d'apparaître surannée en raison de la prégnance nouvelle du caractère par ailleurs économique de l'activité libérale. La culture du don pourra-t-elle y résister ?

22. Mais tout d'abord, si l'on se réfère aux théories de Mauss en la matière, le don est le moyen de maintenir, voire d'accroître sa réputation. La remarque paraît particulièrement appropriée aux professions libérales pour lesquelles la réputation semble être le premier atout du professionnel. C'est pourquoi, si l'on conçoit les rapports économiques à travers la théorie des jeux, le don peut encore trouver sa place à travers la nécessité de réputation. Mais il s'agit d'un don très factice puisqu'intéressé.

23. Si l'on se réfère plutôt à une notion non altérée de désintéressement, on peut encore soutenir son actualité. En effet, le désintéressement en matière d'honoraires signifie que l'honoraire vient de surcroît, c'est-à-dire que le professionnel admet par avance qu'il puisse n'être pas versé. Ainsi, la profession libérale, définie déontologiquement, c'est l'accès, éventuellement gratuit, à des besoins essentiels de l'individu : besoins de soins médicaux, besoins de défense en justice, besoin de droit. Ainsi, les professionnels assurent à tour de rôle des permanences, prodiguent des conseils gratuits, etc. Le professionnel libéral garantit cet accès à ce que le droit public appelle le service universel. Il y a un lien alors évident entre déontologie de la profession libérale et théorie moderne du service public. On remarquera que l'accès au service universel est une notion mise en place par le droit de la concurrence lui-même, montrant ici une nouvelle complémentarité entre déontologie libérale et marché.

24. La vertu de désintéressement implique encore qu'on ne quémande pas : voilà le fondement éthique de l'interdiction – semble-t-il générale aux professions libérales – de publicité. On ne quémande pas sur la voie publique et on ne sous-entend pas par là l'infériorité des confrères. Il y a d'ailleurs une ambiguïté quant à l'utilisation de l'activité doctrinale : la Cour d'appel de Paris a considéré qu'on ne peut reprocher à un notaire d'avoir fait état d'articles de doctrine rédigés par lui pour soutenir son point de vue, ce fait n'étant pas constitutif d'une publicité personnelle²³.

(22) Civ. 1^{re}, 15 octobre 1975, Gaz. Pal. 1976, 1, 66, note A. Damien.

(23) Paris, 1^{re} ch. A, 19 février 1992, PUF, Juris-data n° 021280.

Mais les cabinets cherchent à contourner cette privation des armes du *marketing*. En cela, se signale la montée en puissance de l'ordinaire et se dessinent les conflits que cela peut engendrer.

2) Le conflit né de la montée en puissance de l'ordinaire

25. Cet ordinaire risque d'affecter sérieusement les honoraires. Pour les médecins, cela sera accéléré par la réforme de la Sécurité sociale. Pour les avocats, l'influence, moins radicale, peut venir du système mis en place à travers l'aide juridictionnelle, autre façon de satisfaire cet impératif de service public qu'est l'accès à la justice²⁴. L'ordinaire fera sans doute également lever la barrière de la publicité, le comportement d'*Andersen consulting* et l'absence, semble-t-il, de réaction juridique de l'Ordre des experts-comptables, en sont exemplaires. Les discussions actuelles autour de la mention du réseau auquel le cabinet d'avocat appartient l'illustrent encore.

26. Il y a alors dilution de la notion de profession dans la notion d'entreprise. Or, ce qui a fait naître la discipline professionnelle était l'absence du premier collectif qu'est l'entreprise. En effet, c'est normalement le chef d'entreprise qui, à travers une évolution très contrastée²⁵, exerce sur le travailleur un pouvoir disciplinaire, et non pas un Ordre extérieur. Dès lors, la déontologie s'appuie sur le thème traditionnel de la solitude talentueuse de la profession libérale rétive à la notion d'entreprise. Mais il faut prendre acte du changement en la matière : constitution de fait des entreprises ; absorption par le marché. La nouvelle structure de la société d'exercice libéral l'atteste.

27. Cette contrariété dresserait une sorte d'alternative vicieuse entre développement économique, supposant la substituabilité et l'entreprise, et maintien de la personnalité collective de la profession supposant l'unicité des actes et l'isolement des professionnels. Les ordres seraient ainsi pris en tenailles dans la défense des intérêts de leur profession. La tension est par exemple très nette chez les avocats. Il y a pourtant accroissement corrélatif de l'industrialisation de l'activité et de l'impératif déontologique. Cela signifie-t-il un conflit entre le droit et la culture ?

(24) V. *supra* n° 23.

(25) J. PÉLISSIER, « Les ambiguïtés du droit disciplinaire dans les relations de travail », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Écrits en l'honneur de Jean Savatier, PUF, 1992, p. 367 s.

II. – LA DIALECTIQUE DE LA CULTURE ET DU DROIT, EXPRIMÉE PAR LA DÉONTOLOGIE ET LA DISCIPLINE DANS LES PROFESSIONS LIBÉRALES

28. Toute dialectique commence à une opposition ; l'essentiel est qu'elle ne s'y arrête pas. Ainsi, l'on pourra échapper à la tentation d'un affrontement de la culture et du droit, pour reconnaître leur rapprochement, à travers et grâce à la déontologie et la discipline.

A. La tentation de l'affrontement de la culture et du droit à travers la déontologie et la discipline dans les professions libérales

29. La déontologie est propice à la querelle, en ce qu'elle semble s'opposer au droit, en ce qu'elle semble une échappée à l'égard du juge ; ainsi la déontologie et la discipline signeraient la défaillance du droit. Il convient plutôt de poser qu'elles constituent des signes profonds d'appartenance, ce qui certes écarte le droit dont la vocation est la généralité.

1) La déontologie et la discipline comme signes de défaillance du droit

30. Le droit et la déontologie engendrent un conflit des pouvoirs de régulation collectifs : le droit n'entend pas supporter une appropriation rampante du droit, la constitution d'un droit d'exception, un droit *ad hoc*, un espace de droit privilégié, tel que la déontologie y conduit, voire le recherche. Cette impression d'appropriation de la régulation par la profession est accentuée par l'ambigu secret qui caractérise les condamnations déontologiques, étonnant au regard du principe général de la publicité de la justice.

31. La déontologie et la discipline se construisent alors en opposition avec le droit et le juge, par l'affirmation, maintes fois relayée, de « l'autonomie disciplinaire ». À une époque où les autonomies sont remises en cause au nom d'une globalisation des interactions, notamment juridiques, cette autonomie là peut surprendre. La jurisprudence a d'ailleurs tendance à retourner l'autonomie contre elle-même, lorsqu'elle refuse de donner effet à des normes professionnelles sur le terrain de la responsabilité civile, dès qu'elles ne sont pas l'expression d'impératifs juridiques généraux²⁶. La Cour de cassation a notamment exercé cette séparation en ce qui concerne les normes auxquelles doivent d'astreindre les experts-comptables.

(26) V. Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité des membres des professions libérales*, cet ouvrage.

32. Ainsi, la déontologie peut se justifier négativement : elle existe en ce qu'elle signe la défaillance du droit et du juge. Il peut s'agir d'une transition historique comme le montrent le rôle de la déontologie médicale avant le relais des lois du 29 juillet 1994 sur la bioéthique ou celui du rapport Barbier de La Serre sur la déontologie financière. La déontologie est la réponse régulatrice à la mondialisation des phénomènes. Loin de l'individualisme, elles animent des multinationales d'experts-comptables.

33. Le statut de l'obligation de courtoisie est exemplaire de ce mouvement paradoxal d'un accroissement de la déontologie dans le même temps que la profession se mondialise. Il y est fait expressément référence concernant l'avocat. Or, on se souvient du fondement que la notion avait constitué pour expliquer la réception des règles étrangères sans atteinte à la souveraineté des États. Lorsque la souveraineté des États est dépassée, la courtoisie professionnelle peut être de nouveau la norme qui est assortie de la plus grande contrainte possible et effective. Certes, on s'éloigne alors de la culture legaliste pour adopter une culture que l'on pourrait dire « de club », telle que les Anglo-saxons la pratiquent assidûment.

34. Il y a alors l'idée qu'il faut bien se tenir, idée empruntée à la politesse, qui n'emprunte sa normativité qu'à elle-même. On décele du stoïcien dans la déontologie de la profession libérale : tenir, se tenir, soutenir. La profession entière tient dans cela et cette culture partagée, cette colonne vertébrale, permet son internationalisation. Mais ce qui paraît une règle assez naturelle, à savoir le caractère secret des procédures disciplinaires, pose alors problème dans cette nouvelle perspective. En effet, au dehors du fait classique de la contrariété avec le principe général de la publicité de la justice, le secret entrave le phénomène d'auto-observation qui justifie alors l'ensemble. Il faudrait au contraire organiser la publicité la plus large possible au sein de la profession même si l'opacité à l'égard de l'extérieur peut perdurer.

35. Toujours est-il que la définition de la déontologie comme le fait de bien se tenir nous rapproche normativement de la politesse. Ainsi, pour emprunter aux exemples répertoriés par Raymond Martin²⁷, c'est mal se tenir que d'injurier son bâtonnier²⁸ ou de mentir en se prétendant agrégé des Facultés de droit²⁹. Assurément ! Mais c'est la supériorité de normativité d'une telle règle dans des professions très internationalisées et intégrées qu'il convient surtout de relever.

(27) R. MARTIN, préc. n° 496, p. 333.

(28) Civ. 1^{re}, 16 mai 1995, doc. Juris-data n° 001121.

(29) Civ. 1^{re}, 3 janvier 1996, doc. Juris-data n° 052575.

36. La performance normative de la déontologie s'exprime encore dans un autre constat paradoxal : alors que le processus de codification, ou de recodification, du droit, subit de multiples entraves, si l'on ne veut pas parler d'échec, la déontologie, qu'on aurait volontiers cru évanescence, s'est fort bien codifiée. Les codes de bonnes conduites ne se comptent plus et de véritables codes, publiés au Journal officiel, concernent les médecins ou les architectes.

37. Mais la déontologie n'est pas que l'avatar d'un droit épuisé, ou le bricolage d'un droit à venir, ni l'organe de discipline d'un juge au rabais : déontologie et discipline sont la conséquence d'un sentiment d'appartenance. En cela, elle peut être une réponse à la globalisation de l'économie.

2) *La déontologie et la discipline comme signes d'une appartenance particulière*

38. Elle peut exister positivement, à travers le sentiment d'appartenance à une culture. Il s'agit alors d'un équivalent sociologique du « sens du service public », sentiment d'appartenance à la fonction publique, celle-ci qu'on a pu associer à une idée de « noblesse d'État ». Ce sont des sortes de sentiments partagés qui vont être proposés. C'est pourquoi l'organe de discipline va être le reflet des personnes qui sont jugées, car ce partage de culture est essentiel. Cette confusion, peu conforme aux distinctions politiques des pouvoirs, est revendiquée explicitement. Ainsi, l'Ordre des médecins trouverait sa justification par la volonté de la profession d'exiger « un organisme de réflexion, susceptible de définir une éthique, d'en contrôler l'évolution et l'adaptation nécessaire, organisme apte à définir la déontologie et à surveiller son application, mieux préparés que les magistrats à apprécier et à sanctionner éventuellement certains errements professionnels »³⁰.

39. Cette culture, voire cette sorte de « contre-culture », peut se définir comme une culture de l'honneur, dont le sens commun nous rappelle qu'il est ce « bien moral dont on jouit quand on a le sentiment de mériter la considération ». Elle a sa place reconnue par le droit. C'est ainsi que la règle déontologique de la « délicatesse » entre avocats n'a pas été sanctionnée en droit de la concurrence alors qu'elle entrave la perspective économique, économiste, de la libre concurrence. Ainsi, le fait pour un avocat de plaider contre son ancien employeur, comportement ordinaire de la concurrence, a été déclaré indélicat³¹.

(30) *L'Ordre des médecins*, 1981, préf., cité par J. VAGOGNE, préc., p. 74.

(31) Paris, 10 février 1993, Gaz. Pal. 21 août 1994.

40. Dès lors, la déontologie exprime un contrôle de l'appartenance. Au-delà de l'organisation de l'accès à la profession, et des perturbations causées par la perspective communautaire, porteuse d'une logique de marché ordinaire³², on soulignera le rôle des organes professionnels en matière pédagogique, notamment dans l'apprentissage de la déontologie. La violation de l'appartenance, en esprit et en acte, a pour corollaire l'importance de la sanction de l'exclusion, qui laisse d'ailleurs place à l'idée d'un retour dans la profession, à travers la notion d'« amendement ». Ainsi, le juge apprécie souverainement si le fautif a entamé des démarches pour réparer le dommage pour lever la sanction projetée³³. Cette prise en considération du repentir actif, que le droit pénal ne prend pas en compte, montre bien qu'il s'agit de prendre acte ou non d'un sentiment d'appartenance retrouvé, au-delà de la sanction des fautes avérées.

41. Plus encore, la déontologie implique un contrôle du sentiment d'appartenance. Cela explique notamment l'importance déontologique de l'obligation de délicatesse. On en trouve la trace par exemple à travers la sanction du notaire qui avait dénigré son confrère auprès de l'établissement de crédit dont il était lui-même notaire³⁴. Plus topique encore : le fait de se disputer entre confrères sans trouver d'issue, ce qui entraîne classiquement la dissolution de la société pour *mutuus dissensus*, peut constituer une faute déontologique³⁵. Ce sentiment d'appartenance qui fait que le confrère ne peut être réduit au statut de concurrent explique que le droit de la concurrence, qui ne s'occupe que de celui-ci, ait laissé perduré un système qui lui est, en quelque sorte, étranger³⁶.

42. Ce sentiment de communauté fait que la défaillance de l'un compromet l'ensemble de la profession. Il y a exemplarité du collectif dans l'individuel. Dès lors, l'action disciplinaire a pour fin la protection de la profession elle-même³⁷, notamment dans le crédit juridique et déontologique qu'elle peut avoir à l'extérieur. La déontologie est ce qui unit l'ensemble de la profession ; elle est donc un système de régulation à part entière. Les pouvoirs de l'organe de discipline sont dès lors directement liés à la notion d'intérêt collectif. On connaît l'importance procédurale de cette notion lorsqu'il s'agit de déterminer la recevabilité des actions civiles devant le juge

(32) J. RIDEAU, S. PEREZ, *Les incidences du droit communautaire sur l'accès aux professions libérales*, cet ouvrage.

(33) À propos des conseils juridiques, v. Civ. 1^{re}, 4 avril 1995, non publié au Bulletin, JCP 1995, éd. N, n° 41, II, p. 1436.

(34) Paris, 19 février 1992, préc.

(35) Aix-en-Provence, 24 février 1995, JCP 1996, éd. N, n° 6, II, p. 239.

(36) V. *supra*, n° 39.

(37) V. par ex. J. POTDEVIN, *Le commissaire aux comptes*, Delmas, 1^{re} éd., p. 65.

pénal. Cette identité entre intérêt collectif et organe de discipline a ainsi permis à la jurisprudence de poser que, par exemple, le Conseil régional des notaires peut se porter partie civile dans une procédure contre un notaire poursuivi pour complicité et recel d'abus de confiance car ces délits sont susceptibles de constituer des manquements à l'honneur et à la probité professionnelle portant atteinte à la considération de l'ensemble de la profession³⁸.

43. Mais cette appartenance doit être médiata, dans le sens où le sentiment d'appartenance à une profession particulière s'appuie sur le sentiment d'appartenance de la profession elle-même à la société globale, ce qui renvoie à la place des avocats ou des médecins dans la société. La déontologie va alors faire naître des obligations à la charge de l'individu, parce qu'il appartient à une profession particulière qui a dans sa globalité des devoirs envers la société entière, en ce qu'elle participe au bien commun. Il y a ainsi un devoir d'humanité dans nombre des professions libérales. Ce devoir est ainsi expressément inscrit dans le serment des avocats³⁹. Dans la mesure où le droit est lui-même en charge de la société globale, déontologie et droit vont pouvoir se rencontrer.

44. Ainsi, en est-il du serment d'Hypocrate et des obligations juridiques des médecins, notamment celles de porter secours au malade et de soigner. Si l'individu défaille, plus encore s'il a le droit de défaillir au nom de sa liberté qui exclut une position de sollicitation, alors l'organe de régulation va relayer l'obligation. Ainsi s'explique la corrélation efficace entre le droit pour l'avocat de refuser la défense de quelqu'un et l'obligation pour le bâtonnier de désigner d'office un autre avocat pour le faire.

45. Plus encore, la société globale est directement intéressée au bon fonctionnement d'une profession, sous-groupe social. Ce va-et-vient se traduit en droit positif par une certaine complexité procédurale. Prenons l'exemple de la procédure disciplinaire concernant les commissaires aux comptes : la plainte peut être déposée par quiconque, y compris la COB, transmise au procureur général auprès la Cour d'appel, transmise au commissaire du gouvernement de la chambre régionale de discipline, qui désignera celui qui procédera à l'instruction du dossier.

B. Le rapprochement entre culture et droit à travers la déontologie et la discipline dans les professions libérales

46. L'activité disciplinaire, qui sanctionne les déviances plus qu'elle ne garantit l'effectivité d'une déontologie dont la nature

(38) Crim., 4 novembre 1991, JCP 1992, IV, p. 62.

(39) J.-Cl. WOOG, *Pratique professionnelle de l'avocat*, Litec-Gazette du Palais, 1991, p. 50.

implique la spontanéité de son observance, met en valeur une première proximité, celle de la répression disciplinaire et du droit pénal.

1) *La proximité de la répression disciplinaire et du droit pénal*

47. Au-delà des oppositions, il existe une parenté profonde entre activité disciplinaire et activité pénale, l'une et l'autre se prêtant à l'image courante du gendarme. La déontologie professionnelle a pu être qualifiée par un auteur de « droit pénal en réduction »⁴⁰, la communauté professionnelle remplaçant la société globale. C'est un dont-acte dans ce sens que rend la Cour européenne des droits de l'Homme, voire les juridictions nationales, lorsqu'elles posent que l'article 6 s'applique à la procédure disciplinaire⁴¹. La terminologie répressive, notamment relative à la peine, y est d'ailleurs très implantée.

48. Mais on observera que l'importation des garanties procédurales n'est pas totale. En dehors même du problème de la publicité des sanctions disciplinaires⁴², on peut s'étonner du fait que l'ampleur de la sanction par rapport à l'ampleur de la faute n'a pas à être justifiée par l'organe de répression disciplinaire, contrairement à la règle élémentaire de la nécessité de la sanction, qui doit être proportionnée. Certes, la voie de recours permet, par une sorte de rattrapage judiciaire, de trouver dans leur plein épanouissement, les garanties procédurales, ce qui laisse donc substituer des modes d'organisation des organes de discipline à première vue contraires à la Convention mais qui puisent leur légitimité propre dans « une longue tradition juridique »⁴³. Le fait que la Cour européenne estime que le droit d'exercer sa profession est un droit de nature civile, se refusant d'apprécier le versant répressif de sa sup-

(40) J.-F. PILLEBOUT, *Notariat-discipline*, juris-clas. *Formulaire notarial*, fasc. A.-10., n° 12.

(41) Concernant un notaire, v. Civ. 1^{re}, 10 décembre 1985, JCP 1987, éd. N, II, 16, obs. J.-F. PILLEBOUT ; concernant un médecin, v. CE, 11 juill. 1984, D. 1985, p. 150, concl. B. GENEVOIS. Cette progression de l'ordre répressif, et de ces règles protectrices, appliquée à la manière disciplinaire a été approuvée en doctrine : v. not. J. PRADUS-DUPUY, *L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et les contentieux de la répression disciplinaire*, Rev. sc. crim. 1995, p. 723 s.

(42) V. *supra* n° 30.

(43) Ce raisonnement est remarquablement illustré par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 décembre 1995 (Rev. trim. dr. homme, 1996, p. 481 s., note S. RUDLOFF).

(44) P. LAMBERT, *La Convention européenne des droits de l'Homme et la procédure disciplinaire au sein des professions libérales*, Rev. trim. dr. homme, 1990, p. 35 s.

pression ou d'un refus d'accès⁴⁴, sauf si la sanction est d'une ampleur et la faute d'une gravité significatives, pousse vers une déclaration plus aisée d'une compatibilité. On pourrait souhaiter une application entière d'exigences procédurales, au sein de professions dont l'humanisme revendiqué doit permettre l'acclimatation naturelle d'une culture de respect des droits de l'Homme. Ainsi, le mélange pourrait se faire plus harmonieusement entre déontologie et droit, l'un respectant l'autre, l'autre intégrant l'un.

2) L'intégration du souci déontologique dans le droit

49. En effet, le droit est en train de se charger de déontologie, par le biais de la responsabilité civile⁴⁵ et à la faveur notamment de la proximité des normes techniques, des normes déontologiques, des normes juridiques. Infiltrée dans le détail, le droit l'est également dans ses principes élémentaires : la montée en puissance du principe de loyauté en est le meilleur exemple. Cela est favorisé par une proximité institutionnelle entre déontologie et droit et l'on soulignera notamment la part que prend le Tribunal de grande instance dans le système de discipline concernant les notaires. Plus encore, les voies de recours, désormais généralisées, contre les décisions des organes professionnels incitent à une sorte de contagion verticale du souci déontologique par le droit.

50. Ainsi favorisées procéduralement, les retrouvailles du droit et de la déontologie, cette renaissance des rapports classiques entre le droit et la morale, tracent une nouvelle figure du bon professionnel libéral, encore soucieux de l'autre, encore instrument de lien social. Ce besoin d'y croire, qui fonde le pouvoir des organes qui contraignent la réalité dans ce sens, correspond à la définition culturelle du droit, cette espèce de « sentiment juridique » de la nation à un moment donné.

(45) Ph. LE TOURNEAU, préc.