

LA SEMAINE JURIDIQUE

ÉDITION GÉNÉRALE

SUPPLÉMENT AU N° 41, 10 OCTOBRE 2011

ISSN 0242-5777



2

L'avocat, artisan du bonheur

Par Bénédicte Bury, avocat associé

1 Avocats - « Un acte rédigé par un professionnel du droit apporte des garanties de qualité et de sérieux », Entretien avec Thierry Wickers, président du CNB

3 Avocats - Le rôle de l'avocat dans les conflits collectifs, Étude par Henri Guyot, avocat

4 Fiducie - L'avocat face à la fiducie. Guide pratique de bonne conduite, Étude par Reinhard Dammann, avocat et André Albertini, L&D-R

5 Conseil constitutionnel - La procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, Étude par Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel

AVOCATS

2

L'avocat, artisan du bonheur

Utopie ou mode de pensée ?

POINTS-CLÉS → Un « pôle d'excellence », dont la *Silicon Valley* reste la référence, a été créé par une école d'avocats → Le développement des échanges entre chercheurs et la coopération avec des entités économiques et financières doivent permettre d'anticiper les évolutions, d'adapter la formation des avocats, de faire progresser le droit dans les secteurs concernés → L'EFACS a ainsi choisi de compléter le positionnement en Grande École et participer à la stratégie internationale de recherche sur le thème du « Bonheur » → Il permet à l'avocat de se situer au cœur de cette réflexion sociétale et de démontrer sa volonté de « faire-ensemble » un chemin.



Bénédicte Bury,

avocat associé, membre du Conseil national des barreaux, présidente de la Commission Formation de l'ACE

Le premier « pôle d'excellence » rattaché à une école d'avocats a été créé par l'École de formation des avocats Centre-Sud (EFACS) et m'est apparu important, notamment en ce qu'il était de nature à faire venir la Société au sein de notre profession (V. B. Bury, *Chronique Formation : Rev. ACE n° 116*, p. 35).

J'avais pu partager avec quelques écoles d'avocats l'intérêt de créer des pôles de recherches rattachés aux écoles qui puissent être des laboratoires d'échanges, interprofessionnels et interculturels pour croiser, construire dans les secteurs qui intéressent la société toute entière, favoriser ainsi l'innovation, les financements, pour permettre la recherche, afin que l'avocat puisse être associé immédiatement et que ces projets puissent se décliner en formation et que l'avocat soit prêt avec les autres parties prenantes à trouver sa place dans un intérêt général.

L'EFACS, après avoir choisi le thème du « Bonheur » a créé l'Observatoire international du Bonheur (OIB. – V. la présentation de l'OIB et notamment son rapport d'activité sur www.oib-france.com). Les premières « Assises du bonheur » qui se sont déroulées

à Sète les 9 et 10 septembre 2011 ont démontré notre capacité à surprendre par une intervention si anticipée et par la pertinence du thème porté par Mme Yamouna David et le président de l'Observatoire, M. le bâtonnier Tachon.

Les avocats ne seront donc pas absents de cette réflexion transversale et pourront, grâce aux activités et aux recherches conduites au sein de ce pôle, dessiner les champs d'activités possibles et nombreux et les décliner en formation pour les investir avec compétence. C'est dans ce contexte que s'est ouverte la première édition des « Assises du Bonheur. Réflexion et partage sur le progrès sociétal et le bonheur ».

L'espace de débat, de culture et de détente recherché par l'OIB autour du thème du Bonheur sera propice à la naissance de projets à développer ensemble.

Dans une acception large, l'innovation sociale est la capacité de trouver de nouvelles approches, de nouveaux services, de nouvelles formes d'organisation, techniques et processus d'innovation et des innovations (micro-crédit, apprentissage à distance, ...) pour répondre ensemble à un besoin social (V. H. Guillaud, *Voyage dans l'innovation sociale britannique : internetactu.net*).

Le champ d'investigation est très vaste, « il concerne tout le domaine social, c'est-à-dire l'intégration des groupes ciblés défavorisés sur le marché du travail, le développement de lien entre les différentes facettes du marché du travail (éducation, formation, migration, conciliation, vie professionnelle – vie pri-

vée) l'adaptation de secteurs économiques spécifiques (économie sociale, service aux personnes, très petites entreprises), l'amélioration de la qualité de l'environnement du travail, le développement de nouvelles synergies sociales au niveau local et régional, la mise en place de structures de transition vers l'emploi. Il inclut la réorganisation des conditions de travail et de production... l'innovation sociale ne se limite pas à la volonté de réduction de la pauvreté » (V. sur le site *Institut des deux rives, Innovation sociétale - Innovation durable, Bordeaux, 6 mai 2010, Introduction aux innovations sociétales p. 2*). Elle inclut la santé, la formation, le logement, la culture, le tourisme social, la consommation, l'environnement. L'innovation sociale est directement liée au Bonheur en ce qu'elle tend *a priori* à améliorer le bien-être dans nos sociétés.

Or, le projet est moteur de vie. L'avocat doit participer à l'élaboration du projet individuel ou collectif et accompagner sa réalisation en procurant la sécurité, facteur de Bonheur. Il a potentiellement toutes les compétences requises.

L'avocat rédacteur

M. David Annoussamy, juge honoraire en Inde a exprimé dans son message d'ouverture lors des « Assises du bonheur » l'importance de la qualité de la loi.

Nous avons d'ailleurs récemment, dans le cadre du forum de la formation, organisé

par le Conseil national des barreaux avec les écoles d'avocats au mois de juin 2010, sollicité une intervention spécifique sur l'importance de l'enseignement de la légistique (*Fr. Edel, Centre d'expertise et de recherche administrative de l'ENA*)

Une définition en a été donnée par le professeur Jacques Chevalier en 1995 pour lequel « la légistique est une science (science appliquée) qui cherche à déterminer les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application des normes (...) ».

C'est un enjeu de gouvernance publique. Le considérant liminaire de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens proclame « les représentants du peuple français, constitués en assemblée nationale (...) ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et secrets de l'homme, ... afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soit plus respecté ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la constitution, et au Bonheur de tous (...) ».

La légistique doit connaître un fort développement dans les années à venir. L'avocat doit y prendre sa place.

La fondatrice du Collectif pour un Québec sans pauvreté, Viviane Labrie, invitée par l'Observatoire international du bonheur à participer aux assises a entrepris en son temps des travaux sur la traduction du conte, la transmission du savoir populaire, la culture écrite et bureaucratique, qui l'ont convaincue de la créativité populaire et de l'implication nécessaire des citoyens. Elle a rassemblé des municipalités, des régions régionales, d'autres organismes pour entreprendre « ensemble » une très large consultation populaire afin que chacun s'approprie le projet de loi-cadre pour l'élimination de la pauvreté de manière non partisane.

À travers cette illustration d'innovation sociale et la recherche de nouvelles formes de démocratie, Viviane Labrie a exprimé avoir pu compter sur l'implication de juristes.

Les avocats doivent prendre leur place dans les assemblées informelles aux procédures parfois plus innovantes, dans les conseils de

Pour aller plus loin

- CR colloque des 9 et 10 septembre 2011 à Sète « Assises du bonheur » : JCP G 2011, La Vie des idées, p. 1729
- Sur l'ouvrage de Cl. Champaud, *Le manifeste pour la doctrine de l'entreprise* (Larcier, coll. Droit, management et stratégies, 2011) : JCP G 2011, La Vie des idées, p. 1345, J. Béguin

En matière de légistique, lire notamment :

- H. Moysan, Politique normative de l'État : qui trop embrasse, mal étireint ? : JCP G 2011, doct. 801, Étude
- Ph. Billet, La (pseudo) simplification du droit de l'environnement et du droit de l'urbanisme et l'amélioration de leur qualité. - À propos de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : JCP A 2011, 2232, Étude
- Ph. Conte « Loppsi 2 » ou la sécurité à la petite semaine. - À propos de la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : JCP G 2011, doct. 626, Étude
- H. Moysan, Politique normative de l'État : qui trop embrasse, mal étireint ? . - À propos de la circulaire du 25 février 2011 : JCP G 2011, act. 208, Libres propos
- Entretien avec L. Anselmi, « L'ordre juridique monégasque laisse des espaces de liberté à la réflexion juridique et à la construction prétorienne » : JCP G 2010, 1229
- H. Moysan, La primauté donnée aux questions de légistique. - À propos du rapport annuel 2009 de la Commission supérieure de codification : JCP G 2010, 889, Aperçu rapide

En matière de lobbying, lire notamment :

- M. Mekki, Les conflits d'intérêts : prévenir et guérir : JCP G 2011, act. 669, Aperçu rapide
- M. Mekki, L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? Identification (1^{re} partie) - Encadrement (2^{de} partie) : JCP G 2009, doct. 370, 392, Études
- M.-L. Basilien-Gainche, Le Parlement européen face au lobbying : LPA 2009, n° 116, p. 85 ; JurisData n° 2009-010241

quartiers par exemple, permettant de nouvelles formes de participation citoyenne.

Viviane Labrie avait exprimé qu'« il faut arrêter de se contenter de soulager la misère, et plutôt changer la société en accomplissant un travail politique au nom du droit et de l'égalité ».

L'avocat a un rôle important à jouer dans l'élaboration des projets de lois, dans l'action politique, dans une action de *lobbying* qui suppose un travail de veille, d'analyse, d'imagination, d'anticipation.

L'avocat a un rôle à jouer pour « faire passer en force de loi ».

Le fait-on suffisamment ? L'activité d'avocat lobbyiste mérite d'être développée par la profession et au travers ses formations. L'action de l'Association des avocats lobbyistes (AAL) doit être encouragée pour permettre la promotion de l'activité.

L'avocat organisateur

Assurer le bonheur des français est la mission du Code civil telle que le définissait l'un de ses rédacteurs, Portalis. La qualité de ce texte explique son rayonnement majeur. Le Code civil ne traite pas particulièrement du Bonheur et l'on s'est d'ailleurs interrogé sur la vocation d'une loi objective, rigoureuse et précise à pouvoir s'intéresser au Bonheur, valeur on ne peut plus subjective.

L'implicite surgit « dans le fait », comme l'écrit Alain, dans son propos sur le Bonheur, « le bonheur est divisé en petits morceaux » « bout à bout, article par article, apparaît alors en filigrane, cet idéal de bonheur individuel, conçu par la société libérale de 1804 et qu'incarne l'épanouissement de la famille et de la propriété », bonheurs individuels, qui participent au bonheur collectif (*A. Masson : Rev. Lamy dr. civ. déc. 2004, n° 11, ep. 1*)

Surtout, « La volonté est au cœur de la recherche du Bonheur, comme elle est au cœur de notre système juridique. C'est la volonté qui nous fait contracter, c'est elle qui nous

rend responsable, mais c'est aussi à travers elle que nous recherchons notre Bonheur » (A. Masson, *op. cit.*).

Accompagner les projets qui résultent de la volonté qu'il peut entendre et transcrire est le rôle de l'avocat. L'exemple de l'entreprise au sens large et du développement de la doctrine de l'entreprise est intéressant à cet égard. Comme il a pu être souligné dans l'avant-propos du Manifeste de la doctrine de l'entreprise (Cl. Champaud, *Manifeste pour la Doctrine de l'entreprise, sortir de la crise du financialisme* : éd. Larcier, 2011) « l'entreprise est un phénomène sociétal par excellence, pluridisciplinaire par essence et multidimensionnelle par nature ». « L'invasion progressive et puissante du concept d'entreprise dans les sciences économiques, juridiques ou de gestion fût la conséquence d'une mutation sociétale majeure portée essentiellement par la conjugaison de trois facteurs : la primauté des technologies d'origine scientifique, l'industrialisation des activités et l'agglomération urbaine des populations ».

Ce sont ces innovations sociétales qui ont conduit le développement de la doctrine de l'entreprise. Un point important est que la réalité économique même et non sa représentation dans un discours savant est au départ de la réflexion.

Le manifeste montre combien l'analyse n'exclut pas l'attention portée à la vie des affaires ou à la vie de la famille la plus concrète. Cette approche permet de prendre en compte la diversité des entreprises : entreprises familiales, entreprises multinationales, etc....

Ces projets sont par ailleurs le résultat de volontés exprimées et traduites où l'avocat prend sa place. La doctrine de l'entreprise a joué un rôle important dans la conception et la diffusion de techniques juridiques imaginées, conçues pour assurer le développement des entreprises aux côtés du législateur et aux côtés des entrepreneurs et des individus. La prise en compte de la réalité dans sa complexité implique par ailleurs une approche pluridisciplinaire et interprofessionnelle.

C'est une manière innovante d'envisager les relations humaines selon le modèle du « faire-ensemble » et non une « logique de l'avoir ». Sont ainsi dénoncées par des formules un peu fortes « ces pseudo-entrepre-

neurs qui ne sont pas des éleveurs d'entreprises mais des charcutiers d'actifs ».

L'avocat doit également prendre sa place dans l'établissement des contrats qui accompagnent les innovations sociétales rendues nécessaires par les changements comme il y a lieu d'innover pour répondre à des problématiques spécifiques nouvelles, notamment et à titre d'exemple celle de l'allongement de la durée de la vie.

La dépendance est un facteur de fragilité, d'exclusion, de solitude.

Ces solutions peuvent être recherchées « ensemble » et l'avocat a, là encore, un rôle à jouer dans la réflexion pour trouver des solutions nécessaires et pour accompagner les projets notamment de financement par le recours à des alternatives privées, la réalisation de partenariats public privé, destinés à mettre au point une assurance dépendance par exemple. L'Observatoire du Conseil national des barreaux a d'ailleurs entrepris une étude sur les partenariats publics privés.

L'avocat pacificateur

Comment oublier que le dernier mot du Code civil, « cette note finale » est « paisiblement ». C'est bien là sa vocation comme celle de tout contrat de prévenir les conflits par l'élaboration de règles claires et bien conçues (A. Masson, *op. cit.*).

M. le bâtonnier Michel Bénichou a souligné (M. Bénichou, *Droit anglo-saxon, droit continental et contrats : cabinetavocats-mbptd.com, Actualités*) que « plus le contrat est volumineux, plus les hypothèses conflictuelles sont prévues et répétées, plus les clauses sont multiples, renouvelées et redites, plus le client semble trouver son contentement. Dès lors, les juristes continentaux ont souvent adopté ce modèle (américain) de contrat alors même qu'ils savent que le simple renvoi à la loi permettrait de résoudre la plupart des difficultés ». Il y a donc lieu comme il y invite à poursuivre la recherche des moyens de diffuser une méthode continentale pour bien concevoir les équilibres.

Le *new lawyer* de Julie Macfarlane (*The New Lawyer. How Settlement Is Transforming the Practice of Law : UTP Distribution*) invite à réfléchir par ailleurs à une nouvelle pratique du droit en soulignant notamment que « de

nos jours, face à un différend, c'est comment l'avocat négocie qui intéresse les clients », l'avocat doit cesser de voir les faits comme armes pour une bataille à livrer, il doit perdre son image de *warrior*. Elle nous incite également à réfléchir à une nouvelle relation avocat-client.

Le nouvel avocat doit favoriser l'engagement, l'implication du client dans le différend et lui offrir les outils pour l'analyser et comprendre comment celui-ci se développe et évolue dans le temps. Travailler « de pair » avec le client conduit à des issues auxquelles il pourra adhérer, répondre à ce besoin entendu et mis en perspective.

Julie Macfarlane, une référence au Canada sur les études relatives à la justice participative et le droit collaboratif avait pu souligner dans l'une de ses études commandée par le Ministère de la Justice du Canada : « À ce jour, il y a lieu de croire que le processus de collaboration encourage un esprit d'ouverture et de coopération, ainsi que la volonté de trouver une solution qualitativement différente, du moins dans bien des cas, de ce qui ressortirait d'une négociation traditionnelle entre avocats, même si celle-ci était menée dans un esprit de coopération ». Ceci implique une compréhension globale des enjeux et la compréhension de l'environnement du client.

Mme le bâtonnier Andréanne Sacaze a présenté à l'occasion d'un forum de la formation réunissant les différentes écoles d'avocats et le Conseil national des barreaux un module orienté vers les différents modes de résolution de différends comportant un volet déterminant sur la négociation pour appréhender la pluralité des modes de résolution possibles et accompagner le choix.

Le changement est d'autant mieux appréhendé que nous acceptons la confrontation et ce sont ces regards croisés et une inter-professionnalité possible dans le cadre d'un travail d'équipe tourné vers l'accompagnement d'un projet qui peut permettre de trouver « ensemble » la solution la plus adaptée.

L'avocat déontologue

L'avocat a la déontologie dans le sang, elle coule dans ses veines. Il naît avec la déontologie, il l'a conçue et l'a adaptée. De ce fait,

en matière de légistique et de *lobbying* « la déontologie de l'avocat apporte aux pouvoirs publics une garantie supplémentaire de sérieux qui s'ajoute au gage de compétence des juristes, à tel point que l'avocat dispose d'un avantage concurrentiel évident » (D. Heintz, *Le lobbying et l'avocat* : *Gaz. Pal.* 2008, n° 325, p. 8). Dès lors, il est également garant de la dimension humaniste. À titre d'exemple, la dimension humaniste de la doctrine de l'entreprise est particulièrement importante. L'entreprise est vivante parce qu'elle correspond à un projet que l'avocat est capable d'entendre et de traduire avec cette dimension : « la pensée humaniste privilégie la production sur l'échange parce que c'est davantage dans l'œuvre commune que les hommes se réalisent que dans la transaction désincarnée » (H. Bouthino-Dumas [préface] et A. Masson, *Le manifeste pour la doctrine de l'entreprise*, Centre européen de droit et d'économie de l'ESSEC).

Claude Champaud écrit sur cette doctrine de l'entreprise qu'« on ne peut en traiter sur le plan juridique en faisant abstraction des analyses économiques qui sous-tendent le concept, on risque de divaguer sur le plan économique si on oublie ses dimensions sociales. Enfin, on risque de passer à côté de tous ces sujets, si on évacue leurs dimensions éthiques et culturelles... ». Dès lors l'avocat a sa place naturelle pour être associé à toutes les réflexions qui impliquent l'éthique, dans les entreprises, dans les conseils d'administration, dans les structures de réflexion en matière de biotechnologies pour ne citer que cet exemple.

Les avocats y sont-ils présents suffisamment ?

Comme Michel Bénichou nous y invite, si nous voulons passer le cap des intérêts immédiats et introduire une morale avec indépendance, « y compris dans le marché, alors nous ne devons jamais oublier que la mondialisation devrait être d'abord celle des droits de l'homme. Il convient donc, au-delà d'une lutte d'influence, de plaider pour ce concept, dans une forme de réalisme, une interdépendance entre économie et droits de l'homme, refusant de se résigner au primat de l'économie sur l'individu ».

L'avocat a toutes les compétences et qualités pour contribuer à l'innovation sociétale. Les réflexions développées au sein de ce pôle permettent aussi de « stimuler l'engagement responsable des juristes et leur capacité à accompagner le progrès social, le développement durable et le bien vivre en commun » (V. not. *les réflexions de A. Cissé in les Assises du bonheur, droit et bonheur : quelle responsabilité sociétale pour le juriste ?*). Le besoin est présent à l'heure de l'« Union de l'innovation », initiative de la nouvelle stratégie Europe 2020 avec pour objectif de « stimuler le secteur privé et de permettre aux idées d'accéder au marché »

Il faut développer les formations à l'écoute, aux métiers des secteurs pour les comprendre et pouvoir agir efficacement. Développer les formations dans ces domaines en travaillant en équipe, entre avocats de différentes spécialités, travail en équipe interprofessionnelle et interdisciplinaire par des ateliers vivants et concrets pour donner l'envie aux avocats de ces modes d'exercice et de créer des structures interprofessionnelles à forte valeur ajoutée.

Développer les programmes destinés à recevoir des étudiants et avocats, juristes étrangers, développer l'exportation d'ingénierie pédagogique (not. *Convention nationale des avocats à Nantes, 20-22 oct. 2011, Atelier « Avocats d'ici et d'ailleurs, la formation au service de l'installation des avocats »*), favoriser le développement des stages et l'exercice « ailleurs ». Développer les formations à notre droit et à notre déontologie en anglais pour pouvoir les diffuser.

Développer les formations à l'innovation et à la psychologie positive. L'étude scientifique du bien-être voire du bonheur des individus, des équipes, des organisations est relativement récente et est souvent considérée comme remontant à 1999, date à laquelle Martin Seligman, initiateur du mouvement de psychologie positive est élu à la tête de l'*American Psychology Association*. Jean-Christophe Barralis (*Institut français d'appréciative inquiry* ; www.ifai-appreciativeinquiry.com) souligne que « La psychologie positive ne relève pas d'une conception égocentrique, caractérisée par la quête quasi

exclusive de l'épanouissement et du développement personnel. Elle concerne également les relations interpersonnelles et les questions sociales, voire politiques » (J. Lecomte, *Introduction à la psychologie positive* : Dunod, coll. *Psycho Sup*). « Nous trouvons normal d'aller à la gym, ou bien de pratiquer notre activité préférée toutes les semaines. Pour le « bien-être », la discipline est la même. Comme le dit si bien l'ESF (École du ski Français) « le plaisir cela s'apprend », j'ajoute que le bonheur aussi » (not. *Convention nationale des avocats à Nantes, 20-22 oct. 2011, Atelier « Avocat et heureux : l'avocat et le bonheur en partenariat avec les écoles d'avocats »*).

« Recette par jour pour un plat bonheur », poursuit-il, « 250 grammes d'appréciation. Croire que l'on s'améliore à partir de nos faiblesses est une croyance à l'occidentale », Jean-Christophe Barralis ne le nie pas mais travaille à renforcer les forces (in *Le manager appréciatif* : <http://managerappréciatif.com/>), « 125 grammes de gratitude, 125 grammes d'émotions positives, 125 grammes d'optimisme, 125 grammes de sens ». Cet apprentissage pour soi et son entreprise peuvent naturellement optimiser la qualité de la mission de l'avocat d'accompagnement des projets.

Jacques Samarut (*Regards croisés sur le bonheur : utopie collective, progrès social ?* : CESR Rhône-Alpes, 1^{ère} rencontre 2010 de la prospective, les actes, p. 14) exprimait que l'état de Bonheur est d'être dans une forme harmonieuse en équilibre avec l'environnement et tous ses éléments. « Comme le définirait le biologiste qui s'intéresse à des systèmes très complexes, c'est ce que l'on appellera un équilibre dynamique, dans lequel chacun des éléments de cet environnement varie dans son intensité d'harmonie ».

Ainsi en effet, ces éléments évoluant, le bonheur se construit et repose sur trois composantes que sont la liberté, notamment celle de faire des choix, l'accomplissement, lequel passe par la réalisation de projets et la connaissance pour pouvoir appréhender les différents éléments de l'environnement (J. Samarut, *op. cit.*)