

**Régulations professionnelles et pluralisme juridique :
une analyse économique de la profession d’avocat**

- Franck BESSIS, maître de conférences en sciences économiques, Université Lumière Lyon II, TRIANGLE UMR 5206
- Camille CHASERANT, maître de conférences en sciences économiques, IUT du Havre et Université Paris Ouest Nanterre La Défense, EconomiX – CNRS UMR 7235
- Olivier FAVEREAU, professeur de sciences économiques, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, EconomiX – CNRS UMR 7235
- Sophie HARNAY, maître de conférences en sciences économiques, habilitée à diriger des recherches, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, EconomiX – CNRS UMR 7235
- Silvia PIETRINI, maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Université de Lille II, Centre René Demogue et C.R.D.P. Lille

Rapport pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice

Sous la direction de : Sophie HARNAY

Octobre 2013

Le présent document constitue le rapport final d'une recherche financée par le GIP Mission droit et justice pour le projet : « Régulations professionnelles et pluralisme juridique : une analyse économique de la profession d'avocat ».

Convention de recherche n° 210.11.17.35 en date du 17 novembre 2010

Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.

COMPOSITION DE L'EQUIPE DE RECHERCHE

- Franck BESSIS, maître de conférences en sciences économiques, Université Lumière Lyon II, TRIANGLE UMR 5206
- Camille CHASERANT, maître de conférences en sciences économiques, IUT du Havre et Université Paris Ouest Nanterre La Défense, EconomiX – CNRS UMR 7235
- Olivier FAVEREAU, professeur de sciences économiques, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, EconomiX – CNRS UMR 7235
- Sophie HARNAY, maître de conférences en sciences économiques, habilitée à diriger des recherches, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, EconomiX – CNRS UMR 7235
- Silvia PIETRINI, maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Université de Lille II, Centre René Demogue et C.R.D.P. Lille

SOMMAIRE

INTRODUCTION	11
L'ETAT DE L'ART	11
L'ANALYSE ECONOMIQUE DE LA REGLEMENTATION EN TERMES D'INTERET PUBLIC.....	13
<i>Asymétries informationnelles et interventions réglementaires sur le marché des services juridiques</i>	13
<i>Externalités et réglementation de la profession d'avocat</i>	18
<i>Bien collectif et réglementation</i>	19
L'ANALYSE ECONOMIQUE DE LA REGLEMENTATION EN TERMES D'INTERETS PRIVES.....	20
ELEMENTS D'ANALYSE CRITIQUE DES THEORIES ECONOMIQUES DE LA REGLEMENTATION TRADITIONNELLES.....	23
<i>Deux analyses très générales et sans originalité théorique</i>	23
La non-prise en compte de la nature servicielle des services juridiques.....	24
La non-prise en compte de la nature juridique et de la diversité des services juridiques.....	26
<i>Des analyses empiriquement non validées</i>	26
<i>Des recommandations politiques incompatibles</i>	27
<i>Un désintérêt commun pour les modes de production du droit professionnel et le pluralisme juridique</i> ...	29
OBJECTIFS ET PROBLEMATIQUE GENERALE	30
QUESTIONS DE RECHERCHE.....	33
<i>Trois questions centrales</i>	33
<i>La certification ISO 9001 : une pratique abandonnée par les cabinets d'avocats</i>	34
PLAN DU RAPPORT ET BREVE PRESENTATION DES ANALYSES.....	37
METHODOLOGIE	39
SYNTHESE DE L'ANALYSE 1	47
SYNTHESE DE L'ANALYSE 2	49
SYNTHESE DE L'ANALYSE 3	51
SYNTHESE DE L'ANALYSE 4	53
ANALYSE 1 – BIENS DE CONFIANCE ET REPUTATION COLLECTIVE : UNE JUSTIFICATION ECONOMIQUE DE L'AUTOREGULATION PROFESSIONNELLE DES AVOCATS	57
SECTION 1 – PRESENTATION CRITIQUE DES ANALYSES ECONOMIQUES DE L'AUTOREGULATION PROFESSIONNELLE.....	58
<i>I.1. Autorégulation professionnelle et capture de la réglementation par des intérêts professionnels privés : une vision pessimiste de l'autorégulation</i>	60
<i>I.2. Autorégulation et asymétries informationnelles entre autorités de réglementation et agents réglementés : une vision optimiste de l'autorégulation</i>	65
<i>I.3. Une tentative de réconciliation des différentes approches économiques de l'autorégulation</i>	66
SECTION II – LA NATURE DES SERVICES JURIDIQUES PRODUITS PAR LES AVOCATS : DES BIENS DE CONFIANCE	67
SECTION III – REPUTATION COLLECTIVE, QUALITE DU SERVICE JURIDIQUE ET AUTOREGULATION PAR LA PROFESSION	71
<i>III.1. La réputation comme substitut à l'évaluation de la qualité</i>	71
<i>III.2. Réputation collective de la profession d'avocat et autorégulation</i>	73
SECTION IV – RECAPITULATIF, RESULTATS ET CONCLUSIONS	74
REFERENCES	77

**ANALYSE 2 – HETEROGENEITE DES SERVICES DES AVOCATS ET GOUVERNANCE DE LA PROFESSION
D’AVOCAT : UNE JUSTIFICATION DU PLURALISME JURIDIQUE SUR LE MARCHE DES SERVICES JURIDIQUES ... 83**

SECTION I – HETEROGENEITE DES SERVICES JURIDIQUES ET MODES D’EVALUATION DE LA QUALITE	84
I.1. Hétérogénéité des services juridiques vs. hétérogénéité des consommateurs.....	84
I.2. Les services juridiques possédant des caractéristiques de bien de confiance.....	87
I.3. Les services juridiques possédant des caractéristiques de bien de recherche	90
I.4. Les services juridiques possédant des caractéristiques de bien d’expérience.....	92
SECTION II – LA DIFFICILE PRISE EN COMPTE DE L’HETEROGENEITE DES SERVICES JURIDIQUES DANS LE DEBAT SUR LA REGULATION DU MARCHE	95
SECTION III – LE PLURALISME DES MODES DE REGULATION SUR LE MARCHE DES SERVICES JURIDIQUES : UNE SOLUTION A L’HETEROGENEITE DES SERVICES PRODUITS PAR LES AVOCATS	98
III.1. Hétérogénéité des services juridiques et pluralisme des modes de régulation du marché : intervention réglementaire vs solution de marché	99
III.2. Réglementation externe ou autorégulation des services juridiques possédant des caractéristiques de bien de confiance – quelle gouvernance de la profession d’avocat ?.....	101
SECTION IV – RECAPITULATIF, RESULTATS ET CONCLUSIONS	106
REFERENCES	109

**ANALYSE 3 – LA JUSTICE DISCIPLINAIRE EN PRATIQUE : ENQUETE SUR L’ACTIVITE DE CONSEILS DE DISCIPLINE
..... 115**

SECTION I – L’ACTIVITE DES CONSEILS DE DISCIPLINE EN PRATIQUE : PRESENTATION DE L’ENQUETE	119
SECTION II – AUTOREGULATION PROFESSIONNELLE ET JUSTICE DISCIPLINAIRE	122
II.1. Une première mesure de l’effectivité de la discipline	122
II.2. Le pré-contentieux en matière disciplinaire.....	125
SECTION III – LES PRATIQUES DE LA JUSTICE DISCIPLINAIRE.....	126
III.1. De la saisine à l’audience du Conseil de discipline	126
III.2. Les sanctions disciplinaires	130
III.3. Les voies de recours	133
SECTION IV – LES RESPONSABILITES DE L’AVOCAT : CIVILE, PENALE ET DISCIPLINAIRE	136
IV.1. Responsabilité civile vs responsabilité disciplinaire	137
IV.2. Condamnations pénales puis disciplinaires	139
SECTION V – LA GESTION COLLEGIALE DES MANQUEMENTS DEONTOLOGIQUES	140
V.1. Une multiplicité de griefs.....	141
V.2. La collégialité professionnelle.....	143
SECTION VI – RECAPITULATIF, RESULTATS ET CONCLUSIONS	144
REFERENCES	146
ANNEXE 1 – TROIS SOURCES DE SENTIMENTS D’INJUSTICE RELATIFS AUX SANCTIONS (OU A L’ABSENCE DE SANCTIONS) DISCIPLINAIRES APPREHENDEES A PARTIR D’ENTRETIENS QUALITATIFS	149
ANNEXE 2 : CHRONOLOGIE DE L’AFFAIRE N°25	153

ANALYSE 4 – LA PROFESSION D’AVOCAT SOUS LE PRISME DU DROIT DE LA CONCURRENCE..... 157

SECTION I – LA PROFESSION D’AVOCAT SOUS LE PRISME DU DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES	158
I.1. Le principe : l’application du droit de la concurrence à la profession d’avocat	159
I.1.1. Les auteurs : avocats, cabinets d’avocats et barreaux.....	159
1. L’avocat et le cabinet d’avocat : des professions libérales exerçant une activité économique	159
2. Les barreaux : une entité soumise aux règles de concurrence.....	166
I.1.2. L’identification du marché.....	168
1. L’identification du marché pertinent.....	168
2. L’identification du marché géographique.....	169
I.1.3. Les pratiques mises en œuvre par les avocats.....	170

1. Des pratiques pouvant tomber sous l'interdiction des ententes illicites	171
2. Des pratiques ne relevant pas d'un abus de position dominante collective	180
<i>I.2. Les échappatoires à l'application du droit de la concurrence à la profession d'avocat.....</i>	<i>182</i>
I.2.1. Les échappatoires prévues en droit européen	182
1. Le recours aux articles 101 § 3 et 106 § 2 du TFUE.....	182
2. La contrainte étatique	183
I.2.2. Les échappatoires prévues en droit français	185
1. Première échappatoire à la sanction : l'exemption	185
2. Deuxième échappatoire : l'exercice d'un service d'intérêt économique général.....	186
3. La prise en compte du « contexte global » dans l'appréciation de la restriction de concurrence.....	187
SECTION II – PROSPECTIVE : LA PROFESSION D'AVOCAT SOUS LE PRISME DU DROIT DES CONCENTRATIONS ?.....	188
<i>II.1. Le phénomène de concentration des cabinets d'affaires.....</i>	<i>188</i>
<i>II.2. L'applicabilité du droit des concentrations à la profession d'avocat.....</i>	<i>189</i>
CONCLUSION	191
CONCLUSION GENERALE	195

INTRODUCTION

Introduction

L'état de l'art

La littérature économique appréhende la régulation des services juridico-judiciaires produits par les avocats¹ principalement à travers le débat où s'opposent les analyses prônant la réglementation et celles recommandant, au contraire, la déréglementation du marché. Les questions de la libéralisation des marchés de services et de la gouvernance des professions libérales font ainsi l'objet d'un débat public, nourri dans les années récentes par la parution d'un certain nombre de rapports et documents, globalement favorables à la mise en œuvre d'une nouvelle forme de régulation s'appuyant davantage sur les mécanismes concurrentiels de marché, et qui invitent donc à l'allègement des réglementations professionnelles existantes. Des retombées économiques positives, en termes de chiffre d'affaires pour les professionnels et de croissance pour l'ensemble de la société, sont attendues de cette évolution des modes de régulation. Ainsi, au niveau européen, la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne invite les pays membres de l'U.E. à engager la « modernisation indispensable de [leurs] services professionnels » (Commission, 2005, p. 12), comprenant les services juridiques produits par les avocats, au motif que « les pays qui connaissent un faible niveau de réglementation comptent un plus grand nombre de professions libérales, qui enregistrent un chiffre d'affaires global supérieur » (Commission, 2004, p. 8). De la même manière, l'O.C.D.E. (2007, p. 73) souligne combien « la qualité et le caractère concurrentiel des services professionnels ont d'importantes retombées, puisqu'ils ont une incidence sur le coût des moyens, tant pour l'économie que pour les entreprises ». En France, le rapport de la Commission pour la libération de la croissance française (2008) – dit rapport Attali – insiste également sur l'impact positif sur la croissance économique d'une concurrence accrue entre professionnels du droit, soulignant que « l'assouplissement des réglementations constitue un moyen efficace et rapide de stimuler la création d'emplois et d'entreprises » (p. 158) et qu'« une plus grande efficacité de notre système judiciaire, tout comme de meilleures conditions de performance des professionnels de droit, ont un impact structurant sur la croissance économique » (p. 165).

Préconiser une nouvelle régulation des marchés des services juridiques s'appuyant davantage sur les mécanismes concurrentiels et l'allègement des réglementations professionnelles existantes, pour partie produites et mises en œuvre par autorégulation de la

¹ Les avocats produisent traditionnellement des services « juridiques », dans le cadre de leur activité de conseil, et des services « judiciaires », dans le cadre de leur activité contentieuse. Pour simplifier, dorénavant dans ce rapport, nous utiliserons le terme de service juridique pour désigner l'ensemble des services fournis par les avocats.

profession, n'est évidemment pas sans répercussion sur l'organisation de ces marchés et la gouvernance de la profession d'avocat.

En France, le rapport Darrois (2009) sur « une grande profession du droit », le rapport Prada (2011) – pour ne citer qu'eux – et, de façon générale, l'ensemble des réflexions professionnelles et/ou académiques sur la gouvernance de la profession d'avocat² témoignent, directement ou indirectement, de la vitalité du débat suscité par l'évolution des modes de régulation des services juridiques. Dans le champ législatif, la loi n° 2011-331 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, en date du 28 mars 2011, peut s'interpréter comme un premier mouvement, certes encore limité, d'une régulation de l'activité d'avocat par la profession vers une régulation marchande, introduisant l'autorisation de créer des sociétés de participations financières destinées à permettre le rapprochement capitalistique (et non pas encore une multidisciplinarité d'exercice) des professionnels du droit entre eux, ainsi que celui des avocats et des experts-comptables (Jamin, 2012).

A l'étranger, des évolutions similaires de la régulation des services juridiques sont à l'œuvre, à des degrés d'avancement plus ou moins marqués. La réforme de la gouvernance des services juridiques opérée au Royaume-Uni est à ce titre exemplaire³. Suite au *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, connu sous le nom de rapport Clementi, le *Legal Services Act* de 2007 a remis en cause le principe d'une autorégulation de la profession d'avocat, avec la création du *Legal Services Board* (L.S.B.), autorité indépendante majoritairement composée de non-juristes et obligatoirement dirigée par un non-juriste, officiellement investie de la fonction de réglementation des différentes professions productrices de services juridiques⁴. Le *Legal Services Act* modifie en outre l'organisation des structures d'exercice dans le sens d'une logique de marché accrue, en autorisant notamment l'ouverture du capital des « firmes juridiques » (*law firms*) à des investisseurs extérieurs et leur management par des non-juristes.

Cette évolution générale vers une logique de régulation marchande résulte de la conjonction de plusieurs facteurs. D'une part, le développement du modèle de la *law firm*, y compris en France, l'émergence de *law firms* opérant à l'échelle mondiale, et le mouvement de globalisation des services juridiques favorisent probablement le développement de la

² Voir par exemple la consultation sur la gouvernance de la profession d'avocat lancée par le Barreau de Paris (2011).

³ Pour un examen de la situation du Royaume-Uni avant les années 2000, on peut se reporter à Abel (2003a).

⁴ Le L.S.B. peut déléguer ses pouvoirs à des organismes de second niveau, les *Front Line Regulators* (F.L.R.), sur lesquels il exerce un contrôle *ex ante* et *ex post*. Il peut ainsi leur ordonner une intervention réglementaire, modifier les règles qu'ils adoptent et même s'y opposer. Les F.L.R. sont chargés d'une mission de représentation de leurs membres et de réglementation, ces deux fonctions devant être clairement séparées. Ils déterminent leurs propres règles de conduite et sont placés en situation de concurrence les uns avec les autres (Chaserant et Harnay, 2010).

logique concurrentielle de marché⁵. D'autre part, les travaux économiques des dernières décennies insistent fortement – encore que non exclusivement – sur les avantages théoriques attendus d'une déréglementation des marchés de biens et services. Deux analyses théoriques s'affrontent en matière de réglementation des marchés, fondées sur des hypothèses antithétiques et conduisant à des recommandations de politiques contradictoires. D'un côté, l'analyse économique en termes d'intérêt public recommande de réglementer les marchés pour pallier leurs défaillances. De l'autre, l'analyse en termes d'intérêts privés, d'où sont tirés les principaux arguments en faveur d'une dérégulation du marché, stigmatise toute forme de réglementation comme étant le fruit du corporatisme professionnel. Parce qu'elles constituent le prisme quasi-exclusif à travers lequel l'analyse économique aborde la question des professions juridiques et le point d'entrée théorique du présent rapport, nous commençons par présenter ces deux approches de manière détaillée dans cette introduction⁶. Ce retour sur les analyses économiques traditionnelles de la réglementation de la profession d'avocat nous permettra ensuite de souligner l'absence de prise en compte du pluralisme juridique à l'œuvre dans ce champ.

L'analyse économique de la réglementation en termes d'intérêt public

La théorie économique de la réglementation en termes d'intérêt public, inspirée de l'économie publique traditionnelle, justifie l'existence des réglementations professionnelles par la nécessité de lutter contre les défaillances qui affectent le marché des services juridiques et le souci de rétablir une situation efficace sur ce marché. Trois arguments en faveur de l'existence d'une réglementation de la profession d'avocat sont mis en avant : l'existence d'asymétries informationnelles, la présence d'externalités et les caractéristiques de bien public de certains services juridiques.

Asymétries informationnelles et interventions réglementaires sur le marché des services juridiques

Tout d'abord, l'avocat fournit une prestation intellectuelle (« knowledge-intensive ») caractérisée par un degré d'expertise élevé, résultant de l'acquisition d'un savoir spécialisé et formalisé. Depuis Arrow (1962), ce type de services relève du champ théorique de « l'économie de la connaissance ». Les consommateurs ne possédant pas l'expertise de l'avocat, la relation avocat-client correspond à une situation où la structure informationnelle de l'avocat est supérieure à celle de son client. En particulier, les services fournis par les avocats sont

⁵ Voir notamment Dezalay (1992).

⁶ Une partie importante de ce développement reprend la présentation critique détaillée de Chaserant et Harnay (2010a et b).

considérés comme des biens de confiance, dont la qualité ne peut être estimée ni avant, ni après l'achat par le client (Darby et Karni, 1973)⁷. En découlent alors, selon les termes de l'analyse économique, deux formes d'asymétrie d'information, s'analysant respectivement comme une situation de sélection adverse (ou antisélection) et de risque moral (ou hasard moral).

- Dans le premier cas, l'anti-sélection résulte de ce que le client ne peut pas juger *ex ante* de la qualité de l'avocat. Selon la logique d'Akerlof (1970), les « mauvais » avocats, capables de pratiquer des prix plus faibles, attirent les consommateurs peu disposés à prendre le risque de payer un service de mauvaise qualité au prix d'un service de bonne qualité. Si le prix reflète le niveau moyen de qualité sur le marché – c'est-à-dire la coexistence de « bons » et de « mauvais » avocats – les « bons » avocats ne trouvent pas de clients. Ils sortent par conséquent du marché, sur lequel ne demeurent en définitive que les « mauvais ».
- Dans le cas du risque moral, l'asymétrie informationnelle réside dans le fait que le client ne peut pas savoir si les actions mises en œuvre par l'avocat sont ou non appropriées à son cas. L'avocat peut donc adopter des comportements qualifiés d'opportunistes. Par exemple, il peut fournir au client des services dont ce dernier n'a pas besoin, lui vendre un service de qualité insuffisante ou, au contraire, trop élevée afin, dans ce dernier cas, d'obtenir de lui des honoraires plus élevés.

Dans les deux cas, les asymétries informationnelles sont à l'origine d'une défaillance de marché. En effet, l'anti-sélection peut conduire à la disparition du marché. De plus, en l'absence d'une contrainte alignant son intérêt sur celui de son client, l'avocat – considéré alors comme un *homo oeconomicus* à la recherche de son intérêt personnel – peut ne pas proposer le service juridique de rapport qualité / prix optimal du point de vue du client. Il peut ainsi fournir un service de qualité trop élevée par rapport aux besoins réels du client, afin d'obtenir des honoraires plus élevés, alors qu'un service de qualité et de prix moindres servirait mieux les intérêts du client. Il peut également proposer des services dont ce dernier n'a pas besoin, engendrant ainsi une situation dite de « demande induite », comparable à celle parfois mise en évidence dans le domaine de la santé dans le cadre de la relation d'information asymétrique entre patient et médecin.

Au final, l'antisélection se produit en raison d'une asymétrie informationnelle *ex ante* sur la qualité du service demandé, tandis que la situation de risque moral provient de ce que,

⁷ Nous revenons longuement sur la notion de bien de confiance dans les analyses 1 et 2, pour en tirer des conséquences importantes en matière de réglementation et de choix de mode optimal de régulation du marché des services juridiques. Comme nous aurons l'occasion de le souligner ultérieurement, l'analyse économique reconnaît la nature de bien de confiance des services juridiques, mais ne tire pas les conséquences logiques qu'implique cette caractérisation. Les analyses 1 et 2 développent ce point au plan théorique. L'analyse 3 en étudie les implications en matière de gestion interne (disciplinaire) de la profession.

ex post, le client n'a toujours pas les moyens d'évaluer si la qualité du service rendu correspond ou non au prix payé. Le marché, laissé à lui-même, conduit alors à des résultats inefficaces. Dans ce contexte d'inefficacité de la régulation purement marchande, fondée uniquement sur les mécanismes concurrentiels, l'économie publique traditionnelle enseigne qu'une réglementation est nécessaire, afin de garantir aux consommateurs le niveau de qualité optimal de leurs achats. Par exemple, des dispositifs incitant l'avocat à fournir le niveau d'effort adéquat permettent d'accroître le bien-être des consommateurs de services juridiques. L'approche en termes d'intérêt public justifie ainsi la mise en place de plusieurs des réglementations en vigueur sur le marché des services juridiques.

De fait, une grande part de la réglementation actuelle de la profession d'avocat relève des mécanismes incitatifs et des dispositifs de garantie de la qualité traditionnellement reconnus pour pallier les échecs de marché. Par exemple, la réglementation de la profession, telle qu'unifiée par le Conseil national des barreaux dans son règlement intérieur national (R.I.N.), affiche un objectif de protection des clients. La littérature économique examine principalement quatre catégories de règles :

- les règles définissant les conditions d'accès à la profession et les services dont elle a le monopole – comme la représentation en justice et la plaidoirie ;
- les règles encadrant la fixation des honoraires ;
- les règles établies en matière de publicité personnelle des cabinets ;
- la réglementation des structures d'exercice des avocats.

Selon l'approche en termes d'intérêt public, ces réglementations servent à résoudre, ou pour le moins réduire, les problèmes d'information sur le marché. Ainsi :

- La réglementation des conditions d'accès à la profession d'avocat est justifiée par ce qu'elle contrecarre l'anti-sélection. L'éducation, les diplômes et les standards professionnels constituent en effet des instruments traditionnels de réglementation de la qualité qui permettent aux meilleurs candidats d'envoyer un signal de compétence aux consommateurs (Spence, 1974 ; Leland, 1979 ; Ribstein, 2004). En France, les conditions d'accès à la profession ont été modifiées par la loi du 11 février 2004, qui spécifie les voies d'accès et les obligations de formation et d'aptitude correspondantes, dans le souci affiché de promouvoir la qualité des services juridiques. De la même façon, l'obligation d'inscription au tableau d'un barreau pour pouvoir exercer, certes limite la mobilité géographique des avocats, mais favorise la proximité entre avocat et client et renforce l'établissement d'une relation de confiance, indispensable lorsque la qualité du service ne peut être estimée par le client, même après son achat. Selon l'analyse économique, les procédures de certification de la qualité remplissent une fonction analogue – elles s'avèrent pourtant relativement peu fréquemment utilisées par les avocats (*cf. infra*).

- Théoriquement, la réglementation des honoraires, sous la forme de barèmes de prix, améliore l'information sur le marché et réduit également l'anti-sélection, de deux façons. D'une part, elle assure aux « bons » avocats de recevoir un niveau de revenu compensant leur investissement en qualité (Van den Bergh et Montangie, 2006). D'autre part, elle contribue à informer les consommateurs du coût moyen du service : le prix constituant pour un bien de confiance une caractéristique observable par le consommateur, sa publication s'apparente à un signal de qualité (Rizzo et Zeckhauser, 1992 ; Stephen et Burns, 2007). Dès lors, les barèmes de prix, qu'ils soient indicatifs (recommandés) ou obligatoires, constituent une forme d'intervention sur le marché des services juridiques améliorant l'information des consommateurs. Ils ont cependant été sanctionnés par plusieurs décisions du Conseil de la concurrence et arrêts de la Cour de cassation, au motif qu'ils favorisent les ententes de producteurs (*cf. infra*). Au-delà des barèmes de prix, les formules de paiement font elles aussi l'objet de réglementations censées fournir aux agents les incitations nécessaires à contrecarrer l'aléa moral dans la relation entre le client et l'avocat (Danzon, 1983 ; Dewatripont et Tirole, 1999 ; Emons et Garoupa, 2006 ; Gravelle et Waterson, 1993 ; Hay, 1996 ; Jamin, 2008 ; Lynck, 1990 ; Rickman, 1994 ; Rubinfeld et Scotchmer, 1993 ; Stephen, 2006). L'objectif de la réglementation est alors d'aligner l'intérêt de l'avocat sur celui de son client. Il justifie alors l'interdiction des pactes de *quota litis* ou honoraires au résultat. Les travaux économiques sur ce système de paiement sont abondants et contrastés. Une partie insiste sur ses effets pro-incitatifs : il autorise en effet l'avocat à prendre à sa charge les frais de l'action en justice en échange d'une part de la somme touchée par le client à l'issue du procès ; cette part n'étant touchée qu'en cas de victoire, l'avocat est incité à mettre en œuvre l'effort optimal du point de vue du client et l'alignement des objectifs du client et de l'avocat est ainsi garanti. En outre, les pactes de *quota litis* élargissent l'accès à la justice d'individus ne disposant pas initialement des ressources financières suffisantes pour recourir à la justice en l'absence d'une « aide financière » apportée par l'avocat. Lorsque l'issue du recours est positive, un pacte de *quota litis* leur permet de couvrir *ex post* les frais d'avocat engagés, en même temps qu'il permet la satisfaction d'un besoin judiciaire (Miceli et Segerson, 1991 ; Rubinfeld et Scotchmer, 1993 ; Gravelle et Waterson, 1993 ; Miceli, 1994). Pour autant, un tel système de paiement est assimilable à une cession partielle de droits litigieux, et peut donc conduire à un conflit d'intérêts pour l'avocat. La réglementation interdit donc ce mécanisme, au motif de son incompatibilité avec le principe d'indépendance. L'interdiction réglementaire est en outre justifiée par le souci de dissuader les recours contentieux abusifs, favorisés par l'élargissement de la possibilité contentieuse à des individus dont la demande de services juridiques est initialement non solvable. En France et dans la plupart des pays européens, ce type d'honoraires est donc interdit – il est en revanche autorisé aux États-Unis en raison de ses effets incitatifs.

- La réglementation de la publicité, aujourd'hui allégée⁸, est, elle, destinée à éviter que les consommateurs, incapables d'en vérifier la véracité, ne soient dupés. En effet, alors que la publicité peut être bénéfique pour les consommateurs en ce qu'elle accroît leur information sur la variété des biens disponibles et diminue les asymétries informationnelles (Telser, 1964 ; Nelson, 1970), elle possède également une dimension *persuasive* susceptible de créer une différenciation fictive des services sur le marché, permettant ainsi aux producteurs de tirer parti des asymétries d'information par rapport aux consommateurs (Galbraith, 1967 ; Solow, 1967). Cette dimension persuasive est d'autant plus probable que la qualité des services juridiques est difficilement observable *ex post*. En outre, elle peut entraîner une réduction de la qualité. Tel est le cas lorsque le prix d'un service est une information plus facile à transmettre que sa qualité. Dans cette situation, qui caractérise la plupart des services juridiques, autoriser une profession à faire de la publicité sur les prix conduit à une concurrence excessive par les prix, qui deviennent pour les consommateurs la seule variable observable, au détriment de la qualité. Selon Rogerson (1988), les coûts en termes de dégradation de la qualité peuvent alors rapidement excéder l'avantage attendu d'une réduction des prix obtenue grâce à l'autorisation de la publicité.

- Enfin, les règles portant sur la détention du capital des cabinets organisent des incitations efficaces pour décourager les comportements opportunistes sur le marché des services juridiques en situation d'aléa moral (Carr, 1990 ; Matthews, 1991). La limitation de la propriété aux seuls professionnels juridiques et l'interdiction de la propriété externe sont justifiées par la théorie économique des incitations. L'intuition est que, en tant que propriétaires de leurs cabinets, les avocats sont les bénéficiaires résiduels de leur effort et sont donc incités à fournir des services de qualité élevée et à surveiller la qualité offerte par leurs confrères du cabinet. À l'inverse, l'analyse économique des incitations anticipe que l'ouverture de la propriété des cabinets d'avocats à des propriétaires externes – non avocats – réduit l'indépendance de l'avocat, sa loyauté vis-à-vis de son client, introduit une concurrence entre les intérêts financiers des propriétaires (non avocats) à la rentabilité du cabinet et l'intérêt du client. Réglementer la détention du capital garantit donc un niveau de qualité élevé des services juridiques. De la même façon, le partenariat professionnel à responsabilité illimitée – la forme de responsabilité la plus fréquente – constitue la forme organisationnelle la plus efficace en situation d'aléa moral (Fama et Jensen, 1983). En effet, seuls des experts – d'autres avocats – sont en mesure d'apprécier la qualité réelle du service juridique et de contrôler les comportements opportunistes de leurs confrères. Le risque de voir sa

⁸ En France, depuis 2005, les avocats sont de plus en plus libres de faire leur publicité personnelle, pourvu que celle-ci soit informative (article 10 du R.I.N.). Sont en revanche interdits les actes de démarchage – la sollicitation, définie comme une proposition personnalisée de services sans demande préalable étant, elle, autorisée – de même que la publicité sur les prix et la publicité comparative.

responsabilité personnelle engagée de manière illimitée incite alors l'avocat à fournir l'effort optimal et à contrôler les activités de ses éventuels associés et collaborateurs.

Au-delà des quatre types de règle sur lesquels se concentre l'analyse économique, le R.I.N. de la profession d'avocat spécifie les principes de la profession (comme le secret professionnel, la confidentialité, les conflits d'intérêts, etc.) et les procédures disciplinaires susceptibles d'être exercées à l'encontre des avocats. Remarquons, à cet égard, que la littérature économique demeure très silencieuse sur ces deux autres ensembles de règles, peu évoqués de manière générale. Comme nous le verrons, ils font cependant partie des mécanismes incitatifs nécessaires pour faire face aux asymétries d'information et méritent donc un examen approfondi, auquel nous procéderons dans ce rapport⁹.

L'argument des asymétries informationnelles se situe donc au cœur du débat sur la régulation des services juridiques et, plus généralement, de celui sur la réglementation des marchés. Pour autant, l'analyse en termes d'intérêt public souffre, selon nous, d'un certain nombre de limites dans le contexte des services juridiques. Pour cette raison, nous reprendrons dans ce rapport l'idée d'une asymétrie informationnelle entre avocat et client, mais nous chercherons à en dépasser le caractère souvent trop général et finalement très réducteur dans son application au marché des services produits par les avocats¹⁰.

Externalités et réglementation de la profession d'avocat

Parallèlement aux asymétries d'information affectant la relation entre avocat et client, l'existence d'externalités associées à la production des services des avocats est également mise en avant pour justifier leur réglementation. Ces services sont en effet porteurs d'effets externes sur des tiers et, plus largement, sur le système juridique dans son ensemble, la qualité de ce dernier étant en effet en large part dépendante de la qualité des services produits par les avocats (Grajzl et Murrel, 2005). Parce que les avocats contribuent aux évolutions du droit et de la jurisprudence, des services juridiques de qualité élevée bénéficient non pas exclusivement à leurs clients, mais également à l'ensemble de la collectivité. Depuis longtemps, l'économie publique a montré qu'en présence d'externalités, le libre jeu du marché conduit à un résultat inefficace socialement. Dans le cas d'externalités négatives, les agents privés n'intègrent pas dans leur décision économique les coûts sociaux de leur activité, liés au fait que celle-ci peut affecter négativement des tiers. Dans le cas d'externalités

⁹ Nous reviendrons sur cet aspect dans l'analyse 3, consacrée à l'étude, inédite en France, des procédures disciplinaires à l'œuvre dans la profession d'avocat.

¹⁰ Ce point est explicité *infra* dans la présentation des questions de recherche.

positives, les agents n'intègrent pas le bénéfice global de leur activité que retire l'ensemble de la société – c'est-à-dire le fait que leur activité peut produire des effets externes positifs dépassant le simple cadre de la relation bilatérale de marché dans laquelle ils sont engagés.

La réglementation du marché des services juridiques est dans ce cadre motivée par un objectif d'internalisation des externalités associées aux prestations produites par les avocats. Il s'agit alors d'amener les agents, par l'application des réglementations, à prendre en compte les coûts et/ou bénéfices sociaux associés à leur activité. Par exemple, un service de bonne qualité produit par un avocat réduit la probabilité d'un litige ultérieur et donc les coûts *ex post* pour la collectivité (Arruñada, 1996). En ce qu'elle accroît la qualité des services juridiques, la réglementation de l'entrée dans la profession induit alors une externalité positive pour la collectivité et est donc justifiée par son effet global positif sur cette dernière. De la même manière, le monopole conféré à la profession d'avocat pour certaines « tâches réservées » ou compétences exclusives pour offrir des services de conseil juridique et de rédaction d'actes, son monopole pour l'assistance, la représentation, la postulation et la plaidoirie devant certaines juridictions, garanti par l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971, peut s'interpréter également comme poursuivant un objectif d'internalisation des externalités. En effet, un tel monopole induit une spécialisation accrue des tâches et, par suite, une qualité des services supérieure. Les avocats développant une argumentation de meilleure qualité que des individus non qualifiés permettent ainsi des décisions judiciaires et juridiques de meilleure qualité, bénéficiant à l'ensemble de la communauté, et non pas simplement aux clients qui en font l'acquisition (Bishop, 1989). Au final, l'existence d'externalités positives de qualité justifie économiquement la réglementation.

Bien collectif et réglementation

Enfin, le dernier argument traditionnellement avancé par l'analyse économique de la réglementation en termes d'intérêt public met en avant la nature de bien collectif des services juridiques offerts par les avocats. Ces derniers participent en effet à la production de biens collectifs. Or les propriétés économiques des biens collectifs – non-rivalité et non-excluabilité¹¹ – sont à l'origine d'une production sous-optimale de bien collectif par le biais du mécanisme de marché concurrentiel.

Ainsi, la bonne administration de la justice et le bon fonctionnement de l'Etat de droit constituent des biens collectifs. En particulier, il importe que chacun puisse avoir librement accès à la justice et que la possibilité pour chaque agent d'obtenir les services d'un avocat ne réduise pas celle d'un autre agent. En outre, les avocats participent également à la production de jurisprudences et de décisions judiciaires, qui constituent également des biens collectifs, susceptibles d'être utilisés gratuitement dans le cadre de litiges ultérieurs.

¹¹ La non-rivalité signifie que, au contraire d'un bien privé, un bien public peut-être utilisé simultanément par plusieurs agents. La non-exclusivité signifie que cet usage ne peut être empêché.

Dans ces différents cas, le mode de régulation marchand est impropre à assurer la production socialement efficace des biens collectifs considérés. En effet, la bonne administration de la justice et le bon fonctionnement de l'Etat de droit profitent à tous, sans qu'il ne soit possible d'exclure de leur consommation des agents ne contribuant pas à leur financement. De la même façon, les jurisprudences peuvent être utilisées par tout individu, sans qu'il ne soit possible – ou souhaitable – d'exclure de leur consommation des individus ayant choisi de ne pas supporter le coût de production du bien collectif (Landes et Posner, 1976). En conséquence, parce qu'un bien collectif ouvre une possibilité d'utilisation par l'ensemble des individus sans que ces derniers n'en supportent directement le coût ou ne versent une contrepartie monétaire en échange de l'usage du bien, il existe un risque de production sous-optimale du bien : aucun individu n'est incité à contribuer à un bien s'il anticipe être le seul contributeur.

La volonté de pallier la défaillance de marché correspondant à cette situation explique l'existence de réglementations de la profession d'avocat. Par exemple, l'obligation de recourir à un avocat pour certaines prestations juridiques revient à contraindre les individus à participer à la production du bien collectif. Il en est de même pour l'intervention de l'avocat garantissant *de facto* un service juridique de qualité, ou de l'obligation faite aux clients de consommer le service juridique. Au final, la réglementation du marché des services juridiques apparaît nécessaire, à nouveau, pour permettre la production de services de bonne qualité et contribuer à la production et au maintien de biens collectifs bénéficiant à l'ensemble de la collectivité.

L'analyse économique de la réglementation en termes d'intérêts privés

L'analyse économique de la réglementation en termes d'intérêt public et ses recommandations favorables à une intervention réglementaire sur le marché des services juridiques sont cependant directement contestées sur le plan théorique, dès la fin des années 1960 et des années 1970. En effet, à l'inverse de la conception précédente d'une réglementation vue comme solution aux défaillances du marché, un large pan de l'analyse économique développe une approche de la réglementation comme résultat de l'action entreprise par un groupe professionnel – les avocats – pour obtenir des conditions d'activité favorables. Dans cette perspective, il est aujourd'hui considéré que « les professions juridiques remplissent tous les critères pour être qualifiées de groupes d'intérêt puissants : il s'agit d'un petit milieu, bien organisé et capable de faire face au problème du passager clandestin en rendant obligatoire l'adhésion aux organisations professionnelles » (O.C.D.E., 2007, p. 83).

Dans la lignée de la théorie de la *capture* de Stigler et Friedland (1962) et Stigler (1971), les réglementations sont donc considérées refléter uniquement les intérêts privés des avocats, et non pas poursuivre un objectif de qualité au bénéfice des clients. Les instances

professionnelles constituent ainsi une entente entre des producteurs mettant en œuvre des comportements de collusion destinés à l'appropriation ou la protection d'une rente. Par analogie avec les situations de cartel analysées sur les marchés de biens par l'économie industrielle¹², l'entente entre avocats se traduit par une réduction de l'intensité concurrentielle, un rationnement de l'offre et une augmentation des prix au-dessus du prix de concurrence pure et parfaite (Shaked et Sutton, 1981 ; Ogus, 1995).

Dans cette analyse en termes d'intérêts privés, les avocats font pression sur les autorités de réglementation dans le but d'obtenir et préserver une situation qui leur est favorable sur le marché, par le biais de règles protectrices organisant, en particulier, le maintien de prix élevés sur le marché. En d'autres termes, les autorités de réglementation sont ainsi « capturées » par les intérêts privés des avocats, dans la ligne des travaux de l'école des choix publics (Posner, 1974 ; Peltzman, 1976). La majorité de la littérature économique sur les avocats adopte cette grille d'analyse en interprétant l'ordre des avocats et les barreaux, autorités de réglementation principales du marché des services juridiques, comme des ententes entre producteurs destinées à défendre les intérêts de la profession. De plus, parce que ces autorités produisent elles-mêmes, par autorégulation, les règles s'appliquant à leurs propres membres, elles sont analysées comme les formes les plus extrêmes de capture réglementaire.

Dans ce contexte, le démantèlement des réglementations encadrant l'activité d'avocat sur le marché des services juridiques doit donc permettre d'accroître l'offre, donc la concurrence, de baisser ainsi les prix et d'atteindre une situation socialement efficace¹³. En effet, chacun des quatre types de règles que nous avons examinés plus haut, dans le cadre de l'analyse économique de la réglementation en termes d'intérêt public, est désormais interprété de façon négative, comme facteur de cartellisation et d'inefficacité sur le marché des services juridiques. Ainsi :

- Les réglementations instaurant des exigences de qualification et de compétences à l'entrée dans la profession sont autant de barrières à l'entrée sur le marché, dont l'objectif est de réduire le nombre d'avocats présents, de façon à leur permettre d'accroître leurs prix, l'offre étant artificiellement maintenue à un niveau inférieur à la demande. Par exemple, le monopole de la représentation et de la plaidoirie devant les juridictions est considéré comme limitatif de l'entrée sur le marché. La postulation est également analysée comme une forme de répartition des marchés sur une base géographique permettant la constitution de monopoles locaux. Enfin, parce qu'elle réduit la mobilité des avocats, l'obligation de l'inscription à un barreau géographiquement déterminé est analysé comme restrictive de concurrence.

¹² Les cartels, ou ententes horizontales restrictives de concurrence, apparaissent lorsque deux ou plusieurs producteurs en concurrence s'entendent pour coordonner leurs activités, en termes de prix ou en quantité.

¹³ L'analyse 1 expose plus longuement cette conception dans une perspective critique.

- De la même façon, la réglementation des honoraires est analysée comme une forme spécifique d'entente en prix entre avocats (Arnould et Friedland, 1977). Dans cette optique, la centralisation d'informations sur les barèmes d'honoraires et leur diffusion à l'ensemble des membres de la profession et au public constituent des pratiques devenues répréhensibles de fixation concertée des prix empêchant les avocats les plus performants – dont les coûts de production sont plus faibles – de s'engager dans une concurrence par les prix. Ces pratiques sont alors considérées réduire l'effort d'innovation des avocats et des cabinets.
- La réglementation des pratiques publicitaires des avocats constitue un moyen supplémentaire de dégager une rente de situation pour les avocats déjà installés sur le marché. Les limites posées tant sur les formes que les supports de publicité personnelle autorisés pour les cabinets s'apparentent à un dispositif collusif visant à limiter l'information disponible pour les consommateurs sur le marché. La publicité est donc essentiellement envisagée dans sa dimension informative, à l'exclusion de sa dimension persuasive (*cf. supra*).
- La réglementation des structures d'exercice est également porteuse d'inefficacité économique. Les conditions limitant l'ouverture du capital des cabinets engendrent des coûts supérieurs à ceux du niveau de concurrence parfaite, ce qui, par suite limite l'innovation – notamment organisationnelle – au sein des cabinets. Précisément, la réalisation d'économies d'échelle, d'envergure et de spécialisation est censée engendrer des gains suite à l'ouverture du capital, conformément aux observations réalisées dans d'autres secteurs d'activité. Ainsi, l'accroissement de la taille des cabinets et la concentration du secteur doivent permettre la mutualisation d'infrastructures et de services et la réduction du coût de production moyen du service. Si les avocats répercutent les gains réalisés grâce à ces économies d'échelle sur le niveau de leurs honoraires, alors l'accroissement de la quantité produite et la réduction des prix correspondante vont bénéficier aux consommateurs.

L'analyse en termes d'intérêts privés prend donc l'exact contrepied des justifications des réglementations du marché des services juridiques développées par l'analyse en termes d'intérêt public, en préconisant la déréglementation. Ainsi, le coût social des réglementations à l'entrée sur le marché est mis en avant pour justifier la réduction du niveau des exigences posées pour accéder à la profession. L'effet attendu est un accroissement de l'offre de services, et notamment du nombre d'avocats, favorisant ainsi la réduction des prix. De la même manière, le démantèlement des réglementations portant sur les honoraires vise à accroître la concurrence par les prix et, de ce fait, à augmenter l'efficacité en termes de coûts et d'innovation (Arnould et Friedland, 1977 ; Stephen et Love, 1999). Considérant que la pratique des barèmes constitue une entente illicite sur les prix, les autorités de la concurrence sanctionnent par exemple, en France, les barèmes indicatifs d'honoraires établis par certains

barreaux pour les consultations et prestations judiciaires et juridiques. Parallèlement, en matière de publicité, l'effet attendu d'une suppression des réglementations limitant les pratiques publicitaires est de réduire la dispersion des prix et, ainsi, d'augmenter l'intensité de la concurrence et l'efficacité économique en favorisant la bonne information des consommateurs (Benham et Benham, 1975 ; Love et Stephen, 1996 ; Stephen et Love, 1999). Enfin, concernant la réglementation des structures d'exercice des cabinets d'avocats, la déréglementation doit assurer, sous certaines conditions, des gains concurrentiels pour les consommateurs de services juridiques.

Au final, selon que l'on adopte la grille de lecture de la réglementation en termes d'intérêt public ou celle en termes d'intérêts privés, les analyses des différentes réglementations et de leurs effets diffèrent donc de façon radicale. Ces analyses souffrent également de plusieurs limites que nous nous attachons à mettre en évidence dans ce qui suit.

Eléments d'analyse critique des théories économiques de la réglementation traditionnelles

Les analyses économiques de la réglementation de la profession d'avocat, bien qu'opposées, souffrent de limites théoriques et empiriques partagées. Ainsi, elles se situent l'une et l'autre à un niveau de généralité trop élevé, les conduisant à négliger la spécificité de la profession d'avocat et à traiter les services juridiques comme un ensemble indifférencié, au mépris de leur variété observable. En outre, elles procèdent à des recommandations politiques et réglementaires inconciliables qu'il s'avère délicat de départager empiriquement. Enfin, elles méconnaissent l'une et l'autre l'originalité des modes de production juridique du droit professionnel des avocats¹⁴.

Deux analyses très générales et sans originalité théorique

Les deux analyses économiques de la réglementation présentées ci-dessus s'inscrivent l'une et l'autre à un niveau de généralité tel qu'elles traitent finalement des services juridiques de manière standard, globale et indifférenciée, sans proposer d'analyse tenant compte :

- i) de la nature servicielle de l'actif échangé sur le marché des *services* juridiques, omettant ainsi une éventuelle spécificité des marchés de services par rapport aux marchés de biens ;

¹⁴ Chaserant et Harnay (2010b) mentionnent certaines de ces critiques. Nous les développons de manière plus approfondie dans cette introduction.

ii) de la nature *juridique* et de la diversité des services *juridiques*, évacuant ainsi tout questionnement sur une éventuelle spécificité des services juridiques par rapport aux autres services.

La non-prise en compte de la nature servicielle des services juridiques

Les analyses présentées se contentent d'importer directement, dans le champ de l'étude des services juridiques, des travaux, concepts et instruments traditionnels de l'économie publique pour l'une et de l'économie industrielle pour l'autre. Il s'agit alors davantage d'analyses économiques de la réglementation *appliquées* au marché des services juridiques que d'une véritable analyse de la réglementation *du* marché des services juridiques. D'éventuelles spécificités liées à la nature de service de l'actif échangé sur le marché sont ainsi ignorées et les services juridiques sont alors traités comme n'importe quel bien, à l'encontre des enseignements de l'économie des services qui a souligné, depuis longtemps, l'importance d'un traitement analytique original et adapté de l'objet « services » par rapport aux échanges de biens standards (Gadrey, 1994).

Ainsi, aucun des arguments théoriques avancés par l'approche en termes d'intérêt public n'apparaît original ou spécifique au marché des services de nature juridique et fournis par les avocats. Ils demeurent au contraire très généraux et s'appuient sur des éléments théoriques standards s'appliquant potentiellement à *tous* les marchés caractérisés par certaines défaillances. En d'autres termes, bien qu'apparaissant incontestables, les défaillances de marché, fondées sur l'existence d'asymétries informationnelles entre avocat et client, la contribution des avocats à la production de biens collectifs et les externalités positives qui en découlent ne caractérisent en aucun cas de façon singulière le marché des services juridiques¹⁵.

Il est dès lors inévitable que les recommandations de politique régulatoire tirées de l'utilisation des arguments théoriques traditionnels et généraux de l'économie publique soient elles-mêmes traditionnelles et générales – et favorables à la réglementation, conformément aux enseignements classiques de l'économie publique. L'analyse en termes d'intérêt public conclut certes que le marché des services juridiques doit être réglementé. Mais elle ne précise pas la ou les forme(s) que doivent prendre ces réglementations, ni la nature de l'autorité (étatique ? professionnelle ? privée ?) devant assurer la production des règles censées remédier aux défaillances du marché. Ainsi, traditionnellement, les travaux d'économie publique opposent mécanismes de marché et intervention publique¹⁶. Appliquée au marché

¹⁵ On peut remarquer, en outre, que, si les trois sources de défaillances de marché (externalités, biens collectifs, asymétries informationnelles) sont bien mentionnées dans la plupart des travaux économiques sur la réglementation du marché des services juridiques, seul l'argument des asymétries informationnelles entre avocat et client est en fait approfondi.

¹⁶ Les travaux de l'école des choix publics distinguent différentes sources d'intervention publique, en analysant la production de droit législatif sur le « marché politique » et en développant la théorie économique de la bureaucratie. Si l'analyse économique en termes d'intérêts privés s'inspire de ces travaux, en utilisant

des services juridiques, l'approche de la réglementation en termes d'intérêt public reprend cette distinction, sans détailler plus avant les mécanismes de l'intervention publique. Ce faisant, elle évacue de l'analyse l'aspect autorégulateur important dans la profession d'avocat.

En outre, elle fait l'hypothèse d'une réglementation toujours efficace, reposant sur la conception idéalisée d'une autorité de réglementation désintéressée, infaillible, omnisciente et dotée de capacités informationnelles et computationnelles illimitées. Selon l'économie publique traditionnelle, en effet, l'autorité de réglementation est supposée, d'une part, posséder toute l'information nécessaire à l'élaboration et la mise en œuvre d'une réglementation efficace et, d'autre part, être bienveillante et maximiser le bien-être collectif. Cette conception paraît alors évidemment peu réaliste et battue en brèche dans les travaux récents de la nouvelle économie publique et la théorie économique des incitations. Selon ces derniers, l'étude des asymétries d'information ne saurait se limiter à la relation entre client et avocat, mais doit être étendue aux relations entre autorité de réglementation et agents réglementés. Se concentrer quasi-exclusivement sur l'étude des asymétries informationnelles entre les avocats et leurs clients, comme le font la plupart des travaux dans l'approche de la réglementation en termes d'intérêt public, revient dès lors à faire l'impasse sur les comportements stratégiques des agents réglementés face à l'information et aux décisions réglementaires. En d'autres termes, le problème dit de la *compliance* est évacué. Cela revient également à négliger l'étude des mécanismes que l'autorité de réglementation peut mettre en œuvre afin d'inciter l'agent réglementé à choisir le comportement optimal du point de vue des clients (Laffont et Tirole, 1993). En outre, cela implique, avec quelques exceptions¹⁷, de méconnaître les avantages informationnels d'une gestion autorégulée de la profession d'avocat¹⁸.

De la même façon, l'analyse économique de la réglementation en termes d'intérêts privés se limite à l'application des concepts et instruments de l'économie politique de la réglementation élaborés pour les marchés de biens et services traditionnels. Elle en déduit alors les recommandations très générales de déréglementation du marché des services juridiques qui s'imposent logiquement – et inévitablement – dans ce cadre analytique emprunté à l'économie industrielle et aux analyses de la concurrence imparfaite.

Ainsi, en se concentrant sur la capture du droit professionnel par les avocats, elle méconnaît d'éventuels bénéfices informationnels liés à cette capture et l'autorégulation. A l'exception de quelques auteurs (Ogus, 1995 ; Núñez, 2001, 2007), le rôle de l'autorégulation du marché par les instances professionnelles n'est alors pas considéré sous l'angle de la réduction de l'asymétrie d'information entre autorité de réglementation et réglementés.

massivement l'idée d'une capture des autorités professionnelles autorégulatrices par les agents régulés, l'analyse économique en termes d'intérêt public ne distingue pas entre différentes sources de droit et formes de production juridique.

¹⁷ Les travaux de Núñez (2001, 2007) sont notables à cet égard.

¹⁸ Nous revenons évidemment sur cette question essentielle dans les développements ultérieurs.

L'autorégulation est pourtant la solution la plus évidente à ce problème compte tenu de la structure d'information supérieure d'un régulateur issu de la profession par rapport à un régulateur « externe »¹⁹.

La non-prise en compte de la nature juridique et de la diversité des services juridiques

Les deux analyses de la réglementation présentées n'interrogent jamais la nature *juridique* des services *juridiques*. Elles font alors l'impasse sur les questionnements concernant une éventuelle spécificité des services juridiques par rapport aux autres services. Elles ignorent de ce fait l'hétérogénéité ontologique de ces services, qu'elles considèrent au contraire comme foncièrement homogènes. Ainsi, si la nature de bien de confiance des services juridiques est généralement soulignée (Darby et Karni, 1973) comme source d'asymétrie d'information fondamentale entre client et avocat, les enseignements de cette caractérisation ne sont le plus souvent pas tirés, et la possibilité que tous les services juridiques ne constituent pas des biens de confiance n'est pas examinée.

Il nous importera donc, dans ce rapport, de dépasser les analyses existantes pour prendre en compte la diversité et l'hétérogénéité des services juridiques, en lien avec les asymétries informationnelles caractérisant, plus ou moins fortement, la relation entre client et avocat. Cela nous conduira à analyser les différents modes de production du droit professionnel des avocats en lien avec la spécificité intrinsèque des services juridiques et à prendre en compte la variété de ces services.

Des analyses empiriquement non validées

La controverse entre les deux approches économiques de la réglementation se situant principalement au plan théorique, on pourrait envisager de les départager en recourant à des travaux empiriques. Or les études menées à ce jour n'offrent que des résultats ambigus ne permettant pas de départager les deux thèses en présence²⁰. Par exemple, bien que les études consacrées à la réglementation des conditions d'entrée dans la profession valident majoritairement l'hypothèse d'une réduction des prix consécutive à une libéralisation du marché des services juridiques (Pashigian, 1979 ; Kleiner, Gay et Green, 1982 ; Kleiner, 2000 ; Abel, 2003b ; Pagliero, 2010), plusieurs viennent cependant nuancer ce résultat attendu (Lueck, Olsen et Ransom, 1995). De la même façon, les études portant sur la réglementation des honoraires n'offrent pas de résultats clairs. Ainsi, une relation positive entre honoraire minimum recommandé et revenu des avocats pour une transaction simple (c'est-à-dire en présence d'une demande inélastique) est mise en évidence dans les travaux réalisés par Arnould et Friedland (1977) sur données américaines. Mais la réplique de ces travaux sur

¹⁹ Le rapport développe tout particulièrement cette question dans l'analyse 1.

²⁰ Nous renvoyons à Chaserant et Harnay (2010b) pour une présentation plus complète de ces études.

données écossaises et irlandaises par Shinnick et Stephen (2000) fait apparaître que, pour autant, l'existence d'un barème recommandé n'exclut pas une concurrence sur les prix de la part des firmes en présence. Les résultats empiriques obtenus en matière de réglementation des pratiques publicitaires des avocats s'avèrent également peu concluants. De nombreux travaux ont été réalisés suite à l'autorisation de la publicité aux États-Unis par la Cour Suprême en 1977 (*Bates v. State Bar of Arizona*) et suite à la libéralisation du marché des services juridiques en Grande-Bretagne dans la décennie 1980. A l'appui de la thèse du rôle informatif de la publicité²¹, ils soulignent l'existence d'une corrélation négative entre publicité et niveau des prix pour les services « de routine »²² (Cox, De Serpa et Canby, 1982 ; Schroeter, Smith et Cox, 1987 ; Stephen, 1994). Mais ce résultat est nuancé selon le type de service juridique concerné et le support publicitaire utilisé (Love, Stephen, Gillanders, Derek et Patterson, 1992) et les conclusions des études divergent également concernant le lien entre publicité et qualité des services juridiques (McChesney et Muris, 1979a et b ; Murdoch et White, 1985 ; Cox, Schroeter et Smith, 1986). Enfin, le faible nombre de travaux consacrés aux effets de la déréglementation des structures d'exercice des cabinets d'avocats empêche toute conclusion définitive en la matière.

Au final, les études empiriques portant sur le marché des services juridiques sont le plus souvent partielles, portant sur certaines propositions théoriques et certaines réglementations au détriment d'autres, sans justification autre, en réalité, que la disponibilité des données pour le chercheur. Elles se concentrent en outre principalement sur les situations nord-américaine et britannique, au détriment de la France pour laquelle il n'existe aucune étude empirique consacrée à la profession d'avocat. Ces études, de plus, extrapolent parfois à la profession d'avocat des résultats obtenus pour d'autres professions réglementées (médecins, architectes, pharmaciens, opticiens, etc.). Enfin, elles tendent à se focaliser sur des dimensions aisément mesurables de l'activité d'avocat ou de la performance du marché, au détriment d'autres aspects qui pourraient toutefois être importants – par exemple, les travaux consacrés à la déréglementation de l'accès à la profession d'avocat se concentrent majoritairement sur ses effets sur les prix, au détriment de l'étude des effets potentiels sur la qualité des services juridiques. Ainsi, la portée des études empiriques consacrées au marché des services juridiques reste limitée. Elles ne permettent donc pas, en l'état, de départager les approches théoriques en présence ni, de ce fait, de trancher entre des préconisations réglementaires divergentes, favorables respectivement à une réglementation et à une libéralisation du marché des services juridiques.

Des recommandations politiques incompatibles

Les deux approches de la réglementation en termes d'intérêt public et d'intérêts privés s'avèrent incompatibles en ce qu'elles reposent sur deux conceptions opposées de la

²¹ Voir *supra* pour la distinction entre publicité informative et persuasive.

²² Le concept de service juridique de routine est réintroduit et exploité dans l'analyse 2 du rapport.

réglementation et conduisent à des recommandations incompatibles. D'un côté, l'approche fondée sur la notion d'intérêt public justifie la mise en place de réglementations professionnelles permettant de remédier aux défaillances de marché mises en évidence par l'économie publique. De l'autre, l'approche privilégiant une vision en termes d'intérêts privés souligne, on l'a vu, les défauts et inefficacités de telles réglementations et considère que leurs coûts excèdent systématiquement les bénéfices qui pourraient en être attendus.

Ainsi, l'analyse en termes d'intérêt public appréhende uniquement les aspects positifs des réglementations professionnelles et les gains associés en termes de lutte contre les défaillances de marché, sans envisager de possibles coûts en termes d'efficacité. A l'inverse, l'approche en termes d'intérêts privés ne prend en considération que les coûts de la réglementation en termes de réduction de la concurrence, sans envisager ses avantages attendus sur la qualité des services. Le problème est alors évident : si la réglementation dont on attend qu'elle remédie aux défaillances de marché est à l'origine d'une inefficacité économique, la déréglementation ne garantit pas pour autant la disparition des défaillances de marché qui justifiaient initialement la mise en place d'une réglementation. En d'autres termes, la déréglementation du marché des services juridiques permet certes de faire disparaître, par définition, les inefficacités des réglementations, mais elle n'apporte aucune solution à l'inefficacité marchande fondamentale liée aux défaillances du marché. Dès lors, même libéralisé, le marché des services juridiques demeure affecté de défaillances et l'élimination de toute réglementation ne permettra pas d'atteindre l'efficacité. Par exemple, la déréglementation peut certes conduire à une baisse des prix, mais cette dernière risque de se traduire par une réduction de la qualité, en favorisant l'émergence d'une situation d'anti-sélection néfaste pour le bon fonctionnement du marché et l'information et le bien-être des consommateurs.

On semble alors arriver dans une voie sans issue, encourageant le risque d'un débat, idéologique et non plus scientifique, sur le bien-fondé d'une réglementation du marché. Face au constat de l'incompatibilité des différentes approches théoriques de la réglementation du marché des services juridiques et en l'absence, on l'a vu, d'études empiriques permettant de départager ces approches, il apparaît nécessaire de s'interroger sur les *formes réglementaires* susceptibles de concilier, autant que possible, les points de vue contradictoires des deux approches. En effet, si l'on accepte à la fois l'idée qu'une réglementation est nécessaire pour corriger les défaillances du marché, mais aussi que celle-ci est potentiellement porteuse d'inefficacités parce que susceptible d'être capturée par des intérêts privés, on est conduit à s'interroger sur de possibles voies de conciliation – ou de dépassement – des arguments des deux approches.

Ce questionnement est justifié par le fait que la plupart des grands mouvements de libéralisation des marchés de biens, aux Etats-Unis et en Europe, se sont accompagnés d'une réflexion sur les processus de « re-réglementation » de ces marchés. Une fois actée la nécessité d'une déréglementation de ces marchés, il s'agissait alors de réfléchir à des modes de régulation nouveaux, alternatifs, évitant les écueils des réglementations précédentes – lesquels avaient précisément, dans cette perspective, justifié le mouvement de

déréglementation. La suppression des règles existantes a, dans ce contexte, précédé un processus de re-réglementation. Tel a été le cas, par exemple, pour la libéralisation des « opérateurs historiques » sur les marchés de monopoles naturels dans des secteurs-clés comme l'énergie ou les transports. Dans ces secteurs, l'émergence de régulateurs sectoriels en charge de la mise en œuvre de nouvelles formes de régulation et la multiplication des autorités administratives indépendantes dans les domaines économique et financier, agissant de façon conjointe avec les autorités de la concurrence, sont le résultat de la réflexion importante menée en matière de régulation.

Or, sur le marché des services juridiques produits par les avocats, une telle réflexion sur la « re-régulation » du marché, conduisant à s'interroger sur les modalités de régulation de marché une fois que celui-ci a été déréglementé, et qui prendrait en compte à la fois la nécessité d'une réglementation pour pallier les défaillances de marché et le caractère incontestablement inefficace de certaines réglementations, est largement inexistante. L'essentiel du débat, on l'a vu, porte sur l'allègement des réglementations en vigueur, en l'absence de tout questionnement sur la nature et les modalités de régulation nouvelle de la profession lorsque celle-ci fait l'objet d'une déréglementation. Les rares travaux économiques abordant la question, le plus souvent de façon détournée, se limitent à un périmètre géographique limité (le plus souvent, la Grande-Bretagne ou les Etats-Unis) et ne développent en outre aucune approche théorique rigoureuse. Elles portent en outre le plus souvent sur des réglementations considérées isolément, sans prise en compte de possibles synergies, complémentarités et effets d'ensemble des différentes réglementations opérant sur le marché des services juridiques.

Dans ce rapport, nous développons donc une analyse prenant en considération les modes de production du droit professionnel dans le cadre du débat réglementation *v.* déréglementation de la profession d'avocat. Il s'agit ainsi de dépasser un débat opposant des vues théoriquement inconciliables sur le contenu et les effets de réglementations particulières pour étudier les modes de production du droit professionnel des avocats.

Un désintérêt commun pour les modes de production du droit professionnel et le pluralisme juridique

En dépit de leurs divergences, les deux analyses précédentes se rejoignent dans un désintérêt commun pour l'aspect institutionnel de la régulation du marché des services juridiques et pour l'étude des arrangements institutionnels les mieux à même de soutenir leurs recommandations, que ces dernières soient pro- ou anti-réglementaires. La question institutionnelle se pose pourtant avec d'autant plus d'acuité qu'elle comporte des implications majeures pour l'organisation du marché des services juridiques et la gouvernance de la profession d'avocat. En particulier, les analyses existantes ignorent en large part la question des modes de production et de mise en œuvre du droit professionnel des avocats. D'un côté, l'approche en termes d'intérêt public étudie les réglementations, de manière générale, sans que la question de leur source n'ait d'importance. Conformément à la vision de l'économie

publique traditionnelle, elle considère donc que les réglementations émanent d'une autorité maximisant le seul intérêt public, assimilée aux autorités publiques ou à l'Etat, sans que cela ne soit d'ailleurs toujours explicite. L'autorité productrice de règles est en outre implicitement supposée en situation de monopole juridique. Il est donc inévitable, dans ce cadre analytique, que les modes de production alternatifs de droit professionnel soient moins efficaces que ces autorités publiques. En effet, si par hypothèse, les autorités publiques produisent des réglementations sur la base d'une information parfaite et poursuivent l'intérêt public, elles ne peuvent qu'être plus efficaces que le marché – porteur, par hypothèse, de défaillances. En outre, toute réglementation produite par des producteurs de droit alternatifs est également vouée à être moins efficace que l'autorité publique.

Symétriquement, l'approche en termes d'intérêts privés considère toute réglementation comme capturée par des intérêts particuliers, et produisant des effets anticoncurrentiels, quels que soient son mode de production et l'autorité l'ayant émise. Elle ne peut que conclure à l'inefficacité des réglementations, dès lors qu'elle les compare à la situation de *first best* associée au marché concurrentiel présumé idéalement efficace. La déréglementation est alors nécessairement plus efficace que toute réglementation et l'intervention de toute autorité réglementaire est vouée à l'inefficacité – qu'elle soit de nature publique ou privée (en particulier, l'autorégulation par la profession ou la certification privée).

En définitive, les deux thèses en présence ne procèdent à aucune analyse raisonnée des coûts et avantages alternatifs des différents modes de production juridique. Elles reposent sur un raisonnement binaire (marché/réglementation publique pour l'approche en termes d'intérêt public ; réglementation/déréglementation pour l'approche en termes d'intérêts privés), sans voir que ces différentes modalités de régulation pourraient co-exister simultanément sur le marché des services juridiques produits par les avocats²³. De la même façon, en caricaturant les régulations privées, et notamment l'autorégulation de la profession d'avocat, comme un droit exclusivement d'intérêts privés, elles se privent d'en étudier de possibles effets efficaces et souhaitables. Ainsi, les analyses économiques dominantes de la réglementation de la profession d'avocat échouent à prendre en compte le pluralisme juridique à l'œuvre, en pratique, sur le marché des services juridiques. Elles échouent de ce fait à poser les termes d'un possible choix entre différents modes de production juridique, qui s'opérerait en fonction de leur efficacité relative : pour chacune, le choix de la grille d'analyse implique, en quelque sorte, la recommandation réglementaire.

Objectifs et problématique générale

Face à ces limites et partis pris réducteurs des analyses économiques de la réglementation, l'objectif de ce rapport de recherche est d'étudier le pluralisme juridique

²³ Ce point est notamment développé dans l'analyse 2.

caractérisant la régulation professionnelle sur le marché des services produits par les avocats. Précisément, ce marché implique différentes structures de gouvernance de l'activité et de la profession d'avocat, fondées soit sur une structure de marché – reposant directement sur des mécanismes concurrentiels – soit sur un mode alternatif d'organisation – privé ou public. Il nous appartient donc de prendre en compte la diversité des modes réglementaires sur le marché des services juridiques, que nous décrivons maintenant.

- Une première forme de régulation professionnelle découle des règles de droit produites par les autorités publiques, et notamment des textes législatifs. Le droit de la concurrence ou le droit de la responsabilité s'imposent ainsi aux avocats dans le cadre de leur activité professionnelle²⁴. De la même façon, s'il est largement le fruit d'une action des avocats eux-mêmes et de leurs instances professionnelles, le R.I.N. qui régleme nte l'activité de l'avocat dans ses aspects les plus variés, est repris sous forme législative (loi du 31 décembre 1971 modifiée) et s'impose à cet égard aux avocats. Son titre 1 est ainsi consacré aux principes de la profession d'avocat, tandis que les cinq titres suivants sont respectivement consacrés à la réglementation des activités, de l'exercice et de ses structures, au statut de l'avocat et à ses rapports avec les avocats de barreaux extérieurs. Le code de déontologie des avocats européens est en outre intégré au R.I.N.
- Une deuxième forme de régulation professionnelle s'effectue par autorégulation, par laquelle les avocats produisent le droit s'appliquant aux membres de la profession et participent à sa mise en œuvre. Repris sous forme législative, le R.I.N., comme on vient de le signaler, est ainsi largement constitué de règles produites par la profession pour son usage propre. Ainsi, le site du Conseil National des Barreaux (C.N.B.) indique que « Le législateur a confié le soin au Conseil National des Barreaux d'unifier par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat (L. 31 décembre 1971, art. 21-1 modifié par L. 11 février 2004). Dans la continuité des précédentes versions du Règlement Intérieur Harmonisé (R.I.H.), puis du Règlement Intérieur Unifié (R.I.U.), le C.N.B. a adopté par décision à caractère normatif n° 2005-003 le nouveau R.I.N. de la profession qui constitue le socle de la déontologie commune des avocats ».
- La régulation marchande constitue la troisième forme de régulation que nous analysons. Bien que fondamentale, elle est souvent occultée dans les travaux juridiques sur la profession d'avocat. Opérant par le biais des mécanismes concurrentiels, elle peut suivre une logique similaire à celle observable sur d'autres marchés de biens et services, mais aussi posséder des spécificités propres au

²⁴ L'analyse 3 s'attachera ainsi à montrer comment le droit législatif de la responsabilité est pris en compte par les avocats eux-mêmes dans le contrôle qu'ils exercent sur les membres de leur profession et articulé à des formes juridiques alternatives.

fonctionnement du marché des services juridiques qu'il s'agira, le cas échéant, de mettre en évidence dans ce rapport. Nous considérons qu'il est tout particulièrement important de s'intéresser à cette forme de régulation marchande à l'heure actuelle, dans la mesure où sa montée en puissance vient créer des tensions et remettre en question les régulations professionnelles existantes qui régissaient jusqu'alors l'activité d'avocat en France.

- Enfin, notre projet de recherche initial proposait d'étendre l'analyse de la régulation professionnelle des services juridiques à la production d'un droit professionnel « informel », créé par le biais de l'adhésion volontaire des agents (les avocats et les cabinets d'avocat) à des standards privés de qualité. L'idée était notamment d'étudier les mécanismes de certification professionnelle dans le monde des avocats et de les analyser comme un mode de production de règles à part entière. Nous nous attendions en effet à ce que la certification privée fonctionne comme une forme originale – et négligée par les analyses économiques – du pluralisme juridique sur le marché des services produits par les avocats. Dans le rapport final, nous avons abandonné cette hypothèse de travail, pour des raisons que nous explicitons ci-dessous dans la partie consacrée aux questions de recherche.

La coexistence et l'articulation de cette pluralité des modes de régulation ne vont pas sans tensions. L'émoi et les controverses suscités par les recommandations de libéralisation du marché des services juridiques dans les années 2000 (Commission européenne, 2004, 2005 ; OCDE, 2007 ; rapport Attali, 2008) témoignent ainsi des tensions engendrées par la remise en cause des régulations existantes et la mise en avant d'un mode de régulation spécifique – par le marché – au détriment des modes régulatoires alternatifs. L'objectif du rapport est d'étudier la conjugaison de logiques régulatoires plurielles sur le marché des services juridiques, leur caractère substituable ou complémentaire, ainsi que d'en étudier les modalités de mise en œuvre et les effets. Il s'agit de dépasser les approches de la réglementation du marché des services juridiques présentées ci-dessus, et critiquées pour leur caractère réducteur, parce qu'elles occultent les modalités de *production* du droit professionnel et ne questionnent ni les causes et les effets des sources juridiques, ni leur articulation et interaction. *Notre hypothèse est que le pluralisme juridique est essentiel à la qualité des services juridiques produits par les avocats, compte tenu de la nature spécifique et de l'hétérogénéité des services juridiques produits par les avocats.* En d'autres termes, nous souhaitons montrer dans ce rapport que l'articulation d'une pluralité de régulations permet, et même garantit, la production de services juridiques de qualité, adaptés à la demande et aux besoins des clients des avocats, et contribue ainsi à la qualité de l'Etat de droit. Par conséquent, recourir à un mode de régulation à l'exclusion des autres emporte des effets négatifs sur la qualité des services. En particulier, rabattre la régulation des services juridiques sur un mode de régulation exclusivement marchand, par une déréglementation complète et

l'ouverture à la concurrence du marché des services juridiques, ne saurait se faire sans coût en termes de qualité de la production des avocats et sans conséquence sur l'efficacité économique du système de régulation professionnelle.

Questions de recherche

Trois questions centrales

Intégrer le pluralisme juridique dans une analyse économique de la régulation professionnelle du marché des services juridiques soulève plusieurs questions essentielles, qui seront au centre des analyses présentées dans ce rapport.

- (1) Premièrement, la prise en compte du pluralisme régulateur conduit à s'interroger sur son origine et sa justification. Les règles régissant la profession d'avocat – et, de façon plus générale, la plupart des professions réglementées – sont en large part produites par autorégulation. Afin d'en comprendre l'importance, il est donc crucial d'appréhender les fins sociales, juridiques et professionnelles servies par un tel mode de production du droit. Comment expliquer que certaines activités économiques fassent l'objet d'une réglementation directe par les pouvoirs publics, tandis que la régulation d'autres activités est, au moins partiellement, déléguée aux opérateurs et agents économiques eux-mêmes ? Pourquoi l'autorégulation apparaît-elle tout particulièrement développée sur les marchés de services professionnels, et notamment celui des services juridiques ? Quels sont, sur ce marché, les avantages de l'autorégulation ? Se réduit-elle à une forme particulière de cartellisation, organisant la promotion et la défense des intérêts particuliers des offreurs de services juridiques, comme l'analyse économique de la réglementation en termes d'intérêts privés la conçoit ? Est-il possible, enfin, d'identifier certaines caractéristiques des services produits par avocats qui justifient le recours à l'autorégulation de leur activité ? Ou quels sont, en définitive, les effets attendus de l'autorégulation en termes de qualité des services produits par les avocats ?
- (2) Deuxièmement, il importe également d'étudier l'articulation et la compatibilité des différentes formes de régulations sur le marché des services juridiques, dès lors qu'elles participent de la régulation globale de la qualité des services produits par les avocats. Il s'agit, en d'autres termes, de comprendre en quoi le pluralisme juridique constitue une condition à la production de services juridiques de qualité élevée. Ainsi, en quoi les règles disciplinaires sont-elles complémentaires des règles de responsabilité civile et pénale des avocats ? La déontologie offre-t-elle une garantie de qualité effective aux clients ? Comment, le cas échéant, les différentes règles de responsabilité sont-elles appliquées en pratique ? Dans quelle

mesure et sous quelles conditions les réglementations professionnelles sont-elles compatibles avec le droit de la concurrence à l'échelon national et européen ? Enfin, toutes ces différentes formes de régulation sont-elles adaptées à l'ensemble des services juridiques ? Ne peut-on au contraire associer certains types de régulation à certaines catégories de services juridiques, qu'il nous appartiendra alors de déterminer ?

- (3) Troisièmement, et compte tenu des questions précédentes, on peut s'interroger sur la régulation professionnelle conjointe sur le marché des services juridiques, telle qu'elle s'effectue en pratique, dans les règles de droit s'appliquant aux avocats. Il s'agit alors, précisément, d'étudier les relations et interactions entre différentes sources juridiques, auto- et hétéro-régulées, à l'échelon national et à l'échelon européen. Plusieurs questions se posent alors : comment le droit de la concurrence encadre-t-il et contraint-il la régulation nationale de la profession d'avocat ? Quels sont les termes juridiques du débat actuel sur la libéralisation et l'ouverture à la concurrence du marché des services juridiques en Europe ? A quelle remise en cause du droit national le droit de la concurrence européen procède-t-il ?

Les questions (1) et (2) correspondent directement aux axes 1 et 3 du projet de recherche proposé à la mission Droit & Justice, et la question (3) à l'axe 4. L'axe 2, qui proposait d'analyser la certification privée des cabinets d'avocat en lien avec la notion de pluralisme juridique, n'est en revanche pas abordé. En effet, nous avons fait le choix de ne pas traiter dans le rapport certaines questions que nous posions dans le projet initial, en raison d'éléments d'information supplémentaires recueillis durant la recherche qui nous ont amenés à adapter le projet initial. En particulier, alors que nous anticipions que la certification privée pouvait constituer une source influente de droit professionnel pour les avocats, importante dans un contexte de pluralisme juridique, il est apparu au cours de la recherche et dans le cadre de l'enquête empirique que nous avons réalisée sur le sujet que ce n'était pas le cas. En conséquence, l'hypothèse de travail initialement formulée sur la certification privée des cabinets d'avocat comme forme du pluralisme juridique n'a finalement pas été retenue. Elle ne fait donc pas l'objet d'une analyse en propre. Nous en expliquons précisément les raisons ci-après.

La certification ISO 9001 : une pratique abandonnée par les cabinets d'avocats

Notre hypothèse initiale concernant l'importance de la certification privée comme mode régulateur de la profession d'avocat était motivée par l'engouement apparent de la profession d'avocat pour les processus de certification au cours des années 2000. Selon le rapport Bénichou (2007), en effet, on compte en 2003 pas moins de 200 cabinets engagés dans une démarche de certification. La même année, le C.N.B. faisait en outre certifier son

service de financement de la formation, tandis que les activités de prestations de séquestre et la Caisse de règlements pécuniaires des avocats (C.A.R.P.A.) du barreau de Nantes obtiennent la certification ISO. Par ailleurs, certains réseaux internationaux d'avocats, comme Gesica, ont une administration certifiée ; d'autres, comme Altajuris, imposent la certification aux cabinets membres. Cet engouement pour le management de la qualité conduit la profession à choisir la norme ISO 9001, à intégrer ce choix dans son R.I.H. et à spécifier les démarches à suivre pour l'obtenir (article 10.9). Certains Conseils de l'ordre, comme ceux de Lyon ou d'Angers, promeuvent également la certification au sein de leurs barreaux et proposent de mutualiser une partie des frais de consultant.

Afin d'étayer notre hypothèse de travail sur la certification, nous avons réalisé une enquête empirique dont le premier objectif était d'estimer la proportion actuelle de cabinets engagés dans une démarche qualité et d'identifier leurs caractéristiques. Nos questions étaient les suivantes : peut-on identifier les cabinets qui recourent à la certification ? La taille du cabinet, sa situation géographique ou ses spécialités sont-elles des critères pertinents ? Il s'agissait également d'étudier les motivations d'une démarche de certification privée, les gains attendus (en nombre d'affaires, en amélioration de la qualité des services) et les coûts de la certification (directs et indirects) afin de les relier à la question du pluralisme juridique.

Nous avons choisi de recueillir les données par questionnaire. Nous avons alors procédé en trois temps :

- (1) Dans un premier temps, nous avons défini le plan de sondage en partenariat avec le C.N.B. Les cabinets individuels n'étant pas susceptibles de recourir à la certification, nous avons choisi de n'interroger que des cabinets non individuels, *i.e.* des groupements. La D.A.C.S. (Direction des Affaires Civiles et du Sceau) du Ministère de la Justice en comptabilise un peu moins de 6500. Afin d'obtenir un échantillon représentatif de la profession, les groupements ont été distingués par type de barreau, à partir d'une classification élaborée par l'Observatoire du C.N.B. (établie selon le nombre d'avocats, les modes d'exercice, le revenu médian etc.) Pour chaque barreau, l'échantillon a été tiré aléatoirement. Nous avons sondé en tout 271 groupements, avec l'idée, ensuite, de redresser l'échantillon obtenu – ce qui se fait en général par l'inverse du taux de réponse dans chaque strate distinguée, ici les types de barreaux.
- (2) Dans un second temps, nous avons élaboré le questionnaire, tout en menant parallèlement des entretiens auprès d'un petit nombre de cabinets. Ces derniers laissent apparaître des positions très variées sur le rôle de la certification. Du point de vue du client, la plupart des avocats rencontrés sont convaincus que les clients n'accordent pas d'importance à la certification. Du point de vue de l'organisation de leur cabinet, certains pensent que ce n'est pas adapté à leur manière de travailler, d'autres y sont moins opposés sur le principe, mais n'ont pas le temps de se lancer dans un processus *a priori* long et coûteux. De plus, la certification sanctionne le respect de procédures formelles (comme celles de rappeler le client sous 3

jours, de ne pas laisser le téléphone sonner plus de trois fois sans répondre, etc.), mais elle n'est pas une mesure de la qualité de l'expertise en elle-même. Il ressort de ce fait de nos entretiens que l'importance accordée par l'avocat à la certification semble être une fonction décroissante de sa prétention à se différencier de ses confrères ou d'autres concurrents sur le marché du droit. Plus l'avocat se perçoit comme offrant un service singulier – parce qu'il occupe une niche par exemple – moins il accorde de crédit à la certification. A l'inverse, plus il considère qu'il est sur un segment du droit fortement concurrentiel, plus il accorde d'importance aux critères formels de la qualité du service sur lesquels se concentre la certification.

- (3) Malheureusement, notre enquête empirique n'a pu vérifier ni infirmer une telle hypothèse, ni nous permettre de construire une cartographie des cabinets d'avocats recourant à la certification. Dans un troisième temps, nous avons en effet lancé notre questionnaire. Administré en ligne durant le second semestre 2011, il a fait l'objet de 3 relances successives auprès des cabinets d'avocats sélectionnés.

La taille de l'échantillon final obtenu et le nombre de répondants certifiés ne permettent pas le calcul de statistiques significatives. Tout d'abord, 80 cabinets ont répondu à la question filtre de savoir s'ils sont ou non certifiés. Leurs réponses nous enseignent que plus des deux tiers des cabinets ne sont pas certifiés et ne souhaitent pas entreprendre une quelconque démarche qualité, même purement interne. Dans leur grande majorité, les avocats (en groupements) ne sont pas favorables à la certification. Seuls 7,5% des répondants, certifiés, ont ensuite répondu à l'ensemble de nos questions concernant les motivations, les avantages et les coûts observés de la certification.

Statistiquement, ce faible nombre de répondants conduit à des résultats d'une précision de $\pm 11\%$ dans un intervalle de confiance de 95%. Ceci signifie qu'à partir des 7,5% de cabinets certifiés ayant répondu à notre questionnaire, on peut simplement affirmer (avec 5 chances sur 100 de se tromper) que la proportion des groupements français qui sont certifiés est comprise entre 0 et 18,5%. Les valeurs que nous obtenons sont donc très approximées. Ainsi, par exemple, lorsque nous observons sur notre échantillon que 33% des cabinets certifiés estiment que la certification a fortement amélioré leur gestion de la documentation alors que 16,7% pensent qu'elle n'a eu aucune influence, il est impossible de se prononcer sur l'impact « réel » (*i.e.* sur l'ensemble des groupements français) de la certification sur la gestion de la documentation. Compte tenu du degré de précision correspondant à notre échantillon, la différence entre les deux proportions n'est pas statistiquement significative.

Tous les cabinets certifiés de notre échantillon se situent en région, sauf un unique cabinet parisien. Celui-ci se distingue nettement des précédents par sa taille, beaucoup plus modeste, et sa clientèle – de particuliers et de très petites entreprises – pour laquelle il traite majoritairement des affaires en contentieux. Clairement, ce cabinet parisien a obtenu une certification avant tout pour faire face aux cabinets concurrents qui, eux, étaient certifiés.

Les autres cabinets certifiés, tous situés en région, sont beaucoup plus spécialisés dans des domaines autour du droit des affaires, avec une clientèle de PME/PMI ou d'administrations, auprès desquelles ils mènent surtout une activité de conseil. Leur engagement dans une démarche qualité provient de la volonté d'améliorer la gestion interne du cabinet et, à terme, la qualité du service au client, et de se démarquer des autres. Les avis quant aux effets de la démarche qualité sont très partagés et nous ne pouvons donc en tirer de conclusion. Si pour certains, la certification ne procure pas d'amélioration générale, elle a pour d'autres tendance à améliorer la gestion de la documentation au sein du cabinet, le suivi des dossiers et l'accompagnement des clients dans les différentes étapes du conseil et/ou de la procédure. Si elle semble plutôt permettre un gain de temps, ses effets sur les coûts dépendent des cabinets. Enfin, la moitié des cabinets affirme que, selon eux, les procédures liées à la certification et les règles déontologiques se complètent pour une meilleure organisation du cabinet.

Plan du rapport et brève présentation des analyses

Les questions de recherche exposées précédemment justifient la structuration d'un rapport en quatre chapitres ou analyses. L'argument des différentes analyses est présenté ici brièvement et leur lien étroit explicité.

L'analyse 1 développe une justification économique de l'autorégulation de la profession d'avocat. Lorsque les clients sont incapables d'estimer la qualité des services juridiques qu'ils achètent, avant comme après achat – ce que supposent les analyses économiques de la réglementation – nous montrons que la profession a intérêt à exercer une régulation effective de la qualité produite par les avocats individuellement, de façon à préserver la confiance des acheteurs dans leurs services et des opportunités de transaction sur les périodes futures. Ce résultat s'oppose à la vision d'un droit autorégulé favorable aux intérêts corporatistes de la profession d'avocat avancée par l'analyse économique de la réglementation en termes d'intérêts privés. En ce qu'il autorise une autorégulation au moins partielle de la profession d'avocat, le pluralisme juridique, constitue donc bien dans ce cadre une condition de qualité des services juridiques.

L'analyse 2, s'écartant des analyses traditionnelles, introduit l'hypothèse d'hétérogénéité des services juridiques. Sur ce fondement, nous montrons que l'autorégulation de la profession juridique ne constitue pas le mode optimal de régulation pour l'ensemble des services juridiques, mais que l'articulation de différents modes de régulation combinant réglementations et dispositifs marchands garantit la production efficace de services juridiques adaptés à la demande des clients. Dans cette optique, le pluralisme juridique est analysé comme une solution pragmatique à l'hétérogénéité et la diversité des services juridiques.

L'analyse 3 présente le premier recensement et la première approche statistique et qualitative des pratiques de la justice disciplinaire au sein de la profession d'avocat réalisée de façon exhaustive au niveau du Conseil régional de discipline (C.R.D.) d'une Cour d'appel en France. L'objectif est d'étudier l'effectivité de la justice disciplinaire, en tant que modalité de régulation propre à la profession et la distinguant du monde marchand. L'étude rend manifeste la réalité d'une justice disciplinaire, qui sanctionne les manquements déontologiques commis par les avocats, à côté et en complément de la justice civile et pénale, qui sanctionnent leurs comportements comme ceux de tout citoyen.

L'analyse 4 est consacrée à une analyse rétrospective du droit européen et du droit français. Faisant apparaître les logiques plurielles à l'œuvre dans la profession d'avocat, elle montre que les contours de l'application du droit de la concurrence à la profession d'avocat ne sont pas complètement définis. Cette dernière est en effet aujourd'hui sous le prisme du droit des pratiques anticoncurrentielles. L'avocat est ainsi considéré non seulement comme un prestataire de services intellectuels, mais aussi comme une véritable entreprise, soumise au respect du droit de la concurrence. De même, les ordres professionnels, considérés des associations d'entreprises, doivent respecter le droit de la concurrence. Dans une dimension prospective, la profession d'avocat pourrait donc être soumise également au contrôle des concertations.

La lecture indépendante de ces quatre analyses est évidemment possible et leur rédaction a été réalisée avec ce souci – nous reprenons systématiquement et à cette fin les éléments de définition des principaux concepts et éléments de base utilisés à l'intérieur chaque analyse. Mais ces analyses entretiennent un lien étroit, en ce sens qu'elles sont conçues de manière interdépendante comme un ensemble de contributions à l'appui de notre hypothèse selon laquelle le pluralisme juridique est une condition de la qualité des services juridiques. Ainsi, la mise en évidence dans l'analyse 1 des effets bénéfiques de l'autorégulation de la profession d'avocat justifie-t-elle de l'intégrer, *conjointement* à d'autres modes de production du droit professionnel, dans l'analyse 2 pour en étudier les effets comparés en fonction des différentes catégories de services juridiques. En d'autres termes, parce que l'autorégulation peut produire des effets bénéfiques sur la qualité des services juridiques, par les incitations qu'elle met en œuvre à destination des avocats individuels et de la profession d'avocat dans son ensemble (analyse 1), elle ne doit pas être critiquée et rejetée en tant que droit d'intérêts particuliers – conformément à la vision de l'approche de la réglementation en termes d'intérêts privés – mais elle doit au contraire être analysée par comparaison avec d'autres modes de régulation et en lien avec les caractéristiques de services juridiques hétérogènes (analyse 2). De la même manière, les effets bénéfiques de l'autorégulation professionnelle des avocats (analyse 1) justifient également d'en étudier les modalités de mise en œuvre *pratique*, par le biais des instances professionnelles disciplinaires, dans l'analyse 3. Cette dernière développe alors une analyse originale et inédite des affaires disciplinaires soumises à la profession, telle que représentée par les membres d'un C.R.D. et en étudie la complémentarité et la substituabilité avec des sanctions alternatives prévues par

des modes réglementaires de l'activité d'avocat différents. Enfin, l'importance de l'autorégulation professionnelle des avocats justifie, dans l'analyse 4, d'en étudier une autre mise en forme pratique, sous la forme cette fois des règles de droit s'appliquant en droit français et européen. En d'autres termes, il s'agit de mettre en évidence la régulation conjointe s'opérant en pratique sous la forme de différentes règles de droit – autorégulées et hétérorégulées, à l'échelon national et à l'échelon européen – sur l'activité des avocats en France. L'analyse du droit de la concurrence s'impose alors de façon très directe dans cette perspective.

Méthodologie

La méthodologie mobilisée pour répondre à nos questions de recherche emprunte doublement à l'analyse économique du droit (analyses 1 à 3) et à l'analyse juridique (analyse 4).

Les analyses 1 et 2 empruntent plus précisément des éléments à l'analyse économique du droit, à l'économie des institutions, à l'économie publique et de la réglementation. Elles mettent l'accent sur les comportements individuels des agents et leur rationalité microéconomique et en étudient les effets, au niveau collectif, sur la qualité des services juridiques. Elles mobilisent également et plus ponctuellement certains apports de l'économie industrielle, de l'économie des services et de la sociologie des professions. L'analyse 3 développe essentiellement une perspective de socio-économie, de par son questionnement et sa démarche empirique, en présentant le premier recensement analytique des procédures disciplinaires au sein de la profession d'avocat en France, de leur durée, de leurs motifs, des manquements visés, de leur issue, des sanctions prononcées et des recours à l'encontre de ces sanctions portés devant les juridictions supérieures. L'analyse 4 procède à une analyse du droit de la concurrence, en procédant à une étude des décisions des autorités de la concurrence nationales et européennes, et propose, de manière exploratoire, une analyse prospective de la profession d'avocat en matière de droit des concentrations.

Références

- Abel, R. 2003 a. *English Lawyers between Market and State*, Oxford University Press
- Abel R.L. 2003 b. "Between Market and State: The Legal Profession in Turmoil", *Modern Law Review*, 52, 3, pp. 285-325
- Akerlof G. 1970. "The Markets for Lemons: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, 84, 3, pp. 488-500
- Arnould R.J., Friedland T.S. 1977. "The Effect of Fee Schedules on the Legal Services Industry", *Journal of Human Resources*, 12, 2, 258-265
- Attali J. (sous la présidence de) 2008. *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, La Documentation française, disponible sur : <http://www.liberationdelacroissance.fr/files/rapports/rapportCLCF.pdf>
- Arnould R.J., Friedland T.S. 1977. "The Effect of Fee Schedules on the Legal Services Industry", *Journal of Human Resources*, 12, 2, pp. 258-265
- Arrow K. 1962. "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions", in R. Nelson (ed.), *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton University Press
- Arruñada B. 1996. "The Economics of Notaries", *European Journal of Law and Economics*, 3, pp. 5-37
- Barreau de Paris. 2011. *Consultation sur la gouvernance de la profession d'avocat*, téléchargeable à l'adresse : <http://www.gouvernance-avocats.fr/>
- Benham L., Benham A. 1975. "Regulating through the Professions: a Perspective on Information Control", *Journal of Law and Economics*, 18, pp. 421-447
- Bénichou M. 2007. *L'Europe, les avocats et la concurrence*, Rapport pour le Conseil National des Barreaux, Commission des affaires européennes et internationales.
- Bishop W. 1989. "Regulating the Market for Legal Services in England : Enforced Separation of Function and Restrictions on Forms of Enterprise", *Modern Law Review*, 52, pp. 326-351
- Carr J.L. 1990. "The Economics of Law Firms : Legal Organization of the Firm", *Journal of Law and Economics*, 33, 2, pp. 307-330
- Chaserant C., S. Harnay. 2010a. « L'économie sans qualité : critique du diagnostic de la Commission européenne », in Favereau *et al.*, *Les avocats, entre ordre professionnel et ordre marchand*, Lextenso / Gazette du Palais / Conseil National des Barreaux
- Chaserant C., S. Harnay. 2010b. « Déréglementer la profession d'avocat en France ? » Les contradictions des analyses économiques », *Revue internationale de droit économique*, 2010/2, pp. 147-183

- Clementi D. 2004. *Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales*, décembre, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.legal-services-review.org.uk/content/report/report-chap.pdf>
- Commission européenne. 2004. *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, COM(2004) 83
- Commission européenne. 2005. *Progress by Member States in Renewing and Eliminating Restrictions to Competition in the Area of Professional Services*, COM(2005) 405
- Cox S., De Serpa A.C., Canby W.C. 1982. “Consumer Information and the Pricing of Legal Services”, *Journal of Industrial Economics*, 30, 3, pp. 305-318
- Cox S. Schroeter J., Smith S. 1986. “Attorney Advertising and the Quality of Routine Legal Services”, *Review of Industrial Organization*, 2, pp. 340-354
- Danzon P. 1983. “Contingent Fees for Personal Injury Litigation”, *Bell Journal of Economics*, 14, pp. 213-224
- Darby M.R., Karni E. 1973. “Free Competition, and the Optimal Amount of Fraud”, *Journal of Law and Economics*, 16, pp. 111-26
- Darrois J.M. (sous la présidence de) (2009), *Vers une grande profession du droit*, Rapport sur les professions du droit pour la Présidence de la République
- Dewatripont M., Tirole J. 1999. “Advocates”, *Journal of Political Economy*, 107, 1, pp. 1-39
- Dezalay Y. 1992. *Marchands de droit, la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, Paris
- Emons W., Garoupa N. 2006. “US-Style Contingent Fees and UK-Style Conditional Fees : Agency Problems and the Supply of Legal Services”, *Managerial and Decision Economics*, 27, pp. 379-385
- Fama E.F., Jensen M.C. 1983. “Separation of Ownership and Control”, *Journal of Law and Economics*, 26, pp. 301-25
- Gadrey J., 1994. « La modernisation des services professionnels. Rationalisation industrielle ou rationalisation professionnelle ? », *Revue française de sociologie*, 35, pp.163-195.
- Galbraith J.K. 1967. *The New Industrial State*, Houghton Mifflin Company
- Grajzl P., Murrel P. 2005. “Lawyers and Politicians: The Impact of Organized Legal Professions on Institutional Reforms”, <http://ssrn.com/abstract=489743>
- Gravelle H., Waterson M. 1993. “No Win, no Fee: Some Economics of Contingent Legal Fees”, *The Economic Journal*, 103, pp. 1205-1220
- Jamin C. 2008. « La réglementation des professions juridiques et judiciaires : une légitimité fondée sur la primauté de l'économie », *Recueil Dalloz*, n° 18, pp. 6-7

- Jamin C. 2012. « Services juridiques : la fin des professions ? », *Pouvoirs*, 140, 1, pp. 33-47
- Kleiner M. 2000. “Occupational Licensing”, *Journal of Economic Perspectives*, 14, 4, pp. 189-202
- Kleiner M., Gay R., Greene K. 1982. “Barriers to Labor Migration: The Case of Occupational Licensing”, *Industrial Relations*, 21, 3, pp. 383-392
- Hay B.L. 1996. “Contingent Fees and Agency Costs”, *Journal of Legal Studies*, 25, 2, pp. 503-533
- Laffont J.J., Tirole J. 1993. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press
- Landes W.M., Posner R.A. 1976. “Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis”, *Journal of Law and Economics*, 19, 2, pp. 249-307
- Leland H.E. 1979. “Quacks, Lemons and Licensing: A Theory of Minimum Quality Standards”, *Journal of Political Economy*, 87, pp. 1328-46
- Love J.H., Stephen F.H. 1996. “Advertising, Price and Quality in Self-Regulating Professions: a Survey”, *International Journal of the Economics of Business*, 3, pp. 227-247
- Love J.H., Stephen F.H., Gillanders D., Patterson A. 1992. “Spatial Aspects of Deregulation in the Market for Legal Services”, *Regional Studies*, 26, 2, pp. 137-147
- Lueck D., Olsen R., Ransom M. 1995. “Market and Regulatory Forces in the Pricing of Legal Services”, *Journal of Regulatory Economics*, 7, pp. 63-83
- Lynk W.J. 1994. “The Courts and the Plaintiffs’ Bar: Awarding the Attorney’s Fee in Class Action Litigation”, *Journal of Legal Studies*, 23, 1, pp. 185-209
- Matthews R.C.O. 1991. “The Economics of Professional Ethics: Should the Professions Be More like Businesses?”, *The Economic Journal*, 101, pp. 737-750
- McChesney F.S., Muris T. 1979a. “Advertising and the Price and Quality of Legal Services: The Case for Legal Clinics”, *American Bar Foundation Research Journal*, 179
- McChesney F.S., Muris T. 1979b. “The Effect of Advertising on the Quality of Legal Services”, *American Bar Association Journal*, 1503
- Miceli T.J. 1994. “Do Contingent Fees Promote Excessive Litigation?”, *Journal of Legal Studies*, 23, pp. 211-224
- Miceli T.J., Segerson K. 1991. “Contingent Fees for Lawyers: The Impact on Litigation and Accident Prevention”, *Journal of Legal Studies*, 20, pp. 381-399
- Murdock G.W., White J. 1985. “Does Legal Service Advertising Serve the Public Interest? A Study of Lawyer Ratings and Advertising Practices”, *Journal of Consumer Policy*, 8, pp. 153-165

- Nelson P. 1970. "Information and Consumer Behaviour", *Journal of Political Economy*, 78, pp. 311-329
- Núñez J. 2001. "A Model of Self-Regulation", *Economics Letters*, 74, pp. 91-97.
- Núñez J. 2007. "Can Self-Regulation Work? A Story of Corruption, Immunity, and CoverUp", *Journal of Regulatory Economics*, 31, pp. 209-233
- O.C.D.E. 2007. *Competitive Restrictions in Legal Professions*, DAF/COMP(2007)39, Series Roundtables in Competition Policy
- Ogus A. 1995. "Rethinking Self-Regulation", *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, pp. 97-108
- Pagliari M. 2010. "Licensing Exam Difficulty and Entry Salaries in the US Market for Lawyers", *British Journal of Industrial Relations*, pp. 726-739
- Pashigian B.P. 1979. "The Market for Lawyers: The Determinants of the Demand for and Supply of lawyers", *Journal of Law and Economics*, 20, pp. 53-85
- Peltzman S. 1976. « Towards a More General Theory of Regulation », *Journal of Law and Economics*, 19, pp. 211-40
- Posner R.A. 1974. "Theories of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5, pp. 335-58
- Prada M. 2011. *Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité de la place de Paris*, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et Ministère de la Justice
- Ribstein L.E. 2004. "Lawyers as Lawmakers: A Theory of Lawyer Licensing", *Missouri Law Review*, 69, pp. 299-366
- Rickman N. 1994. "The Economics of Contingent Fees in Personal Injury Litigation", *Oxford Review of Economic Policy*, 10, pp. 34-50
- Rizzo J.A., Zeckhauser R.J. 1992. "Advertising and the Price, Quantity, and Quality of Primary Care Physician Services", *Journal of Human Resources*, 27, 3, pp. 381-421
- Rogerson W.P. 1988. "Price Advertising and the Deterioration of Product Quality", *Review of Economic Studies*, 55, 2, pp. 215-229
- Rubinfeld D.F., Scotchmer S. 1993. "Contingent Fees for Attorneys: An Economic Analysis", *Rand Journal of Economics*, 24, 3, pp. 343-356
- Schroeter J.R., Smith S.L., Cox S.R. 1987. "Advertising and Competition in Routine Legal Service Markets: an Empirical Investigation", *Journal of Industrial Economics*, 36, 1, pp. 49-60
- Shaked A., J. Sutton J. 1981. "The Self-Regulating Profession", *Review of Economic Studies*, 48, 2, pp. 217-234

- Shinnick E., Stephen F.H. 2000. « Professional Cartels and Scale Fees: Chiselling on the Celtic Fringe ? », *International Review of Law and Economics*, 20, 4, pp. 407-423
- Solow R. 1967. “The New Industrial State or Son of Affluence”, *Public Interest*, 9, pp. 100-108
- Spence M. 1974. *Market Signaling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes*, Harvard University Press
- Stephen F.H. 1994. “Advertising, Consumer Search Costs, and Prices in a Professional Service Market”, *Applied Economics*, 26, pp. 1177-88
- Stephen F.H. 2006. “Impact of the Introduction of Fixed Payments in Summary Criminal Legal Aid”, Rapport pour le *Legal Studies Research Programme*
- Stephen F.H., Burns C. 2007. “Liberalization of Legal Services”, Institute for Law, Economy and Global Governance, School of Law, University of Manchester
- Stephen F.H., Love J.H. 1999. “Regulation of the Legal Profession”, in Bouckaert, B. et De Geest, G. (eds.), *Encyclopaedia of Law and Economics*, V: The Regulation of Contracts, Edward Elgar, pp. 987-1017
- Stigler G.J., C. Friedland. 1962. “What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity”, *Journal of Law and Economics*, 5, pp. 1-16
- Stigler G.J. 1971. “The Theory of Economic Regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, pp. 3-21
- Telser L.G. 1964. “Advertising and Competition”, *Journal of Political Economy*, 72, 6, pp. 537-562
- Van den Bergh R., Montagnie Y. 2006. “Competition in Professional Services Markets: are Latin Notaries Different ?”, *Journal of Competition Law and Economics*, 2, 2, pp. 189-214

SYNTHESES

SYNTHESE DE L'ANALYSE 1

Biens de confiance et réputation collective : une justification de l'autorégulation professionnelle des avocats

Cette première analyse repose sur une critique de la littérature économique existante sur la profession d'avocat. Qu'elle dénonce, dans sa version pessimiste, le corporatisme de la profession et la rente dont elle bénéficie grâce aux règles professionnelles qu'elle a elle-même édictées, ou qu'elle mette en avant, dans sa version optimiste, les avantages informationnels de l'autorégulation sans en analyser les coûts, la littérature économique ne s'interroge pas sur la nature économique des services juridico-judiciaires produits par les avocats. Elle n'étudie donc pas le mode de production de la régulation qui lui serait le plus adapté.

Les services juridico-judiciaires produits par les avocats constituent des biens de confiance. La littérature économique reconnaît cette caractéristique. Pour autant, elle n'en applique pas moins, le plus souvent sans précaution, les raisonnements traditionnels de l'économie publique et de l'économie industrielle à l'étude de la réglementation des services juridico-judiciaires. En présence de biens de confiance, pourtant, la régulation de marché est inefficace. Les recommandations de déréglementation du marché des services juridiques doivent donc prendre en compte cette inefficacité : comment le marché, une fois déréglementé, peut-il gérer cette dernière et garantir la production par les avocats de services de qualité élevée, pour le bénéfice de leurs clients ?

Notre thèse est qu'un marché de services juridico-judiciaires de bonne qualité nécessite l'autorégulation de l'entrée dans la profession. La démonstration repose sur le concept de réputation collective. La qualité n'étant pas observable sur le marché d'un bien de confiance, offrir un bon service devient, pour un avocat, un problème de réputation. Cependant, la qualité du service n'est en général pas observable. Les règles concurrentielles du seul marché n'incitent donc pas l'avocat à produire de la qualité. Il a, au contraire, intérêt à vendre des services de faible qualité au prix fort. Cependant, si tous les avocats agissent ainsi, alors le problème individuel de réputation (individuelle) de l'avocat devient un problème collectif de réputation (collective) de la profession.

Sachant la faible qualité des services sur le marché, les consommateurs refusent de payer un prix élevé pour ces services, qu'ils peuvent à l'extrême refuser d'acheter. Aucun échange n'est alors plus réalisé sur le marché. La profession a donc intérêt à contrôler ses membres et à les inciter à produire des services de bonne qualité, dans le but d'avoir une bonne réputation collective attirant des consommateurs prêts à en payer le prix.

Un prix élevé associé aux services juridico-judiciaires est donc certes le signe d'une rente de la profession. Il est aussi une incitation efficace au contrôle de la qualité par la profession elle-même. Pour jouir d'une bonne réputation collective, la profession a intérêt à exclure les avocats qu'elle observe fournissant des services de faible qualité. Elle doit donc rester maître de son Tableau.

SYNTHESE DE L'ANALYSE 2

Hétérogénéité des services des avocats et gouvernance de la profession d'avocat : une justification du pluralisme juridique sur le marché des services juridiques

Les analyses économiques du marché des services juridiques produits par les avocats conçoivent les services juridiques comme des biens homogènes. L'adoption de cette hypothèse d'homogénéité rend possible des recommandations politiques d'ordre général supposées s'appliquer à l'ensemble des services juridiques. D'un côté, l'analyse des réglementations en termes d'intérêt public justifie de réglementer *l'ensemble* des services juridiques, en faisant l'hypothèse qu'ils sont indistinctement affectés par des situations de défaillances de marché. De l'autre, l'analyse des réglementations en termes d'intérêts privés justifie la déréglementation de *l'ensemble* des services juridiques par les inefficacités des réglementations anticoncurrentielles. Dans les deux cas, l'hétérogénéité des services juridiques n'est pas considérée et d'éventuels effets différenciés – positifs ou négatifs – de la réglementation et de la déréglementation en fonction des types de services juridiques concernés ne sont donc pas examinés. A l'encontre de cette approche globalisante du marché des services juridiques, nous introduisons l'hypothèse d'hétérogénéité des services juridiques produits par les avocats. Certains d'entre eux s'analysent en effet comme des biens de confiance, tandis que les autres peuvent être décrits comme des biens de recherche ou des biens d'expérience.

Différents modes d'évaluation de la qualité par les clients sont attachés à ces différents types de services juridiques, emportant un certain nombre de conséquences en termes de régulation du marché et de gouvernance de la profession d'avocat. Ainsi, si l'autorégulation est justifiée pour les services juridiques caractérisables comme des biens de confiance, nous montrons qu'elle ne constitue pas le mode optimal de régulation pour l'ensemble des services juridiques. En particulier, les services juridiques possédant des caractéristiques de biens de recherche et d'expérience correspondent à des situations où les asymétries informationnelles entre client et avocat peuvent être gérées par certains mécanismes traditionnels de marché. Par exemple, dans certains cas, le mécanisme d'achats répétés ou la réputation individuelle des avocats sont suffisants pour informer les clients de la qualité réelle des services juridiques, qu'ils sont alors en mesure d'évaluer. Il n'est alors plus possible aux avocats de produire des prestations de faible qualité sans encourir de sanction de marché : évaluant, *ex ante* et/ou *ex post*, la faible qualité du service, les clients reportent leur demande vers des avocats offrant une qualité supérieure.

Dans ce cadre, nous montrons que le pluralisme juridique constitue sur le marché des services juridiques une solution pour gérer efficacement l'hétérogénéité et la diversité de ces services. Ce résultat met en évidence le bien-fondé d'une approche pragmatique et nuancée de la régulation du marché des services juridiques, articulant réglementations et dispositifs de marché. Il souligne de fait le caractère restrictif et partiel de la plupart des recommandations de politique économique, fondées sur l'hypothèse d'homogénéité des services juridiques et ne distinguant, le cas échéant, qu'entre les acheteurs de ces services. Nous montrons, en outre, que lorsqu'une réglementation du marché des services juridiques est rendue nécessaire par la nature de bien de confiance du service, le choix entre les différents modes de production de la réglementation – autorégulation *vs* régulation par une autorité extérieure à la profession – doit prendre en compte l'ensemble des coûts et avantages qui leur sont associés respectivement.

SYNTHESE DE L'ANALYSE 3

La justice disciplinaire en pratique : enquête sur l'activité de conseils de discipline

Nous produisons ici le premier recensement des procédures disciplinaires au sein de la profession d'avocat en France, de leur durée, de leurs motifs, des manquements visés, de leur issue, des sanctions prononcées et des recours à l'encontre de ces sanctions portés devant les juridictions supérieures. Exhaustif au niveau d'une Cour d'appel de taille importante, ce recensement a pu être complété par des statistiques fournies par le Conseil de discipline du barreau de Paris. S'il est difficile d'accéder à de telles données et ainsi de surmonter l'opacité dont s'entoure la profession, notre analyse permet d'avancer un certain nombre de faits et chiffres, qui ne demandent qu'à être vérifiés par un élargissement progressif de notre base de données à d'autres Conseils régionaux de discipline visant, à terme, à l'élaboration d'un recueil des décisions disciplinaires, à l'instar de celui rendu public par les magistrats. Jusqu'à ce jour, aucun fichier national des radiations, par exemple, n'est établi par la profession, octroyant de fait la possibilité à certains avocats frauduleux de s'inscrire au tableau d'un barreau éloigné de celui dont ils ont été radiés – en contravention de la loi.

Le nombre de saisine d'un Conseil de discipline tourne autour de 0,3 pour 100 avocats – alors qu'il est de presque 0,8% au sein de la magistrature. C'est (plus de) deux fois moins que le taux moyen de fautes professionnelles répertoriées sur la même Cour d'appel. Un peu moins de deux tiers des saisines conduit à une peine disciplinaire, du blâme à la radiation, dans un tiers des cas accompagnée d'une sanction accessoire. Le taux de radiation, nul en région, avoisine un avocat sur 3 334 par an à Paris (0,03%), et ne vient sanctionner qu'une partie, mais non la totalité des comportements frauduleux (60%). Nous observons aussi que les griefs pour lesquels les avocats sont poursuivis devant le Conseil de discipline sont multiples, d'autant plus que dans de nombreux cas, ils sont soupçonnés de manquements à plusieurs valeurs déontologiques simultanément. Confirmant la moindre importance visiblement accordée par les avocats individuels aux valeurs collectives de leur profession, dont l'objet serait de les unir, un défaut de collégialité est remarquable dans plus de la moitié des peines disciplinaires prononcées.

Intensifier la concurrence sur le marché des services juridico-judiciaires ne peut que renforcer une telle tendance. En rabattant la déontologie sur les seules valeurs condamnables civilement et pénalement, une concurrence accrue sape la motivation au respect des valeurs collectives soutenant la réputation collective de la profession, ne pouvant que conduire à une baisse de la qualité des services. C'est pourquoi nous appelons à une plus grande transparence de la discipline professionnelle, tant pour les avocats eux-mêmes que pour le public, afin de rendre manifeste sa réalité et son effectivité et accroître la confiance dans la qualité du travail de l'ensemble de la profession.

SYNTHESE DE L'ANALYSE 4

La profession d'avocat sous le prisme du droit de la concurrence

Une analyse rétrospective du droit européen et du droit français permet d'affirmer que la profession d'avocat est aujourd'hui sous le prisme du droit des pratiques anticoncurrentielles. L'avocat est, en effet, considéré non seulement comme un prestataire de services intellectuels, mais aussi comme une véritable entreprise, soumise au respect du droit de la concurrence. De même, les ordres professionnels, considérés des associations d'entreprises, doivent respecter le droit de la concurrence.

L'analyse de la pratique décisionnelle française et européenne montre que les autorités de concurrence et les juridictions se sont concentrées longtemps sur les barèmes des honoraires. Depuis, des nouvelles questions se sont posées en matière de publicité, de formation professionnelle, d'accès à la profession...

Si la Commission européenne se tient pour l'instant à une conception purement marchande de la profession d'avocat et plus généralement des professions réglementées, la Cour de justice européenne adopte une approche plus souple afin de trouver un équilibre entre le principe de la libre concurrence et les spécificités de la profession d'avocat. Quant à l'Autorité de la concurrence, dans sa pratique décisionnelle la plus récente, elle semble reprendre cette méthode.

Les contours de l'application du droit de la concurrence à la profession d'avocat se précisent davantage et dans les mois à venir la Cour européenne de l'Union européenne sera appelée à se prononcer sur des questions qui concernent d'autres professions réglementées mais qui auront sans doute une incidence sur l'organisation de la profession d'avocat.

Enfin, dans une dimension prospective, l'analyse de l'application du droit de la concurrence à la profession d'avocat devrait s'étendre au droit des concertations. En effet, les fusions de grands cabinets d'affaires pourraient faire l'objet d'un contrôle de la part des autorités de concurrence.

ANALYSE 1

**BIENS DE CONFIANCE ET REPUTATION COLLECTIVE :
UNE JUSTIFICATION ECONOMIQUE DE L'AUTOREGULATION
PROFESSIONNELLE DES AVOCATS**

Camille Chaserant et Sophie Harnay

Analyse 1 – Biens de confiance et réputation collective : une justification économique de l'autorégulation professionnelle des avocats

Arguant que « les pays qui connaissent un faible niveau de réglementation enregistrent un plus grand nombre de professions libérales, qui génèrent un chiffre d'affaires global supérieur » (Commission Européenne, 2004, p. 8), la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne considère les différentes règles organisant la profession d'avocat comme des freins à la concurrence, qu'il convient dès lors de réduire – voire de supprimer. Elle recommande ainsi d'alléger ou d'abroger les règles définissant les conditions d'accès à la profession et les services dont elle a le monopole – comme la postulation et la plaidoirie²⁵ – celles encadrant la fixation de leurs honoraires par les avocats, les modalités de leur publicité personnelle²⁶ et des structures d'exercice – concernant notamment la propriété du capital de ces dernières, inaccessible aux non-avocats.

Une telle recommandation s'appuie sur une littérature économique abondante, mais répétitive²⁷, se résumant pour l'essentiel à l'importation – sans précaution – de résultats « standards » d'économie publique traditionnelle et d'économie industrielle dans le champ de l'étude des réglementations professionnelles (Chaserant et Harnay, 2010). En particulier, la nature de l'autorité juridique en charge de la production du droit professionnel est rarement prise en compte. Les réglementations professionnelles et leurs effets sont ainsi analysés indistinctement, sans considération de leur origine normative et des outils, moyens et autorités en charge de leur mise en œuvre : aucune distinction n'est notamment effectuée entre les réglementations professionnelles produites par autorégulation et les réglementations produites *via* des modes de production juridique alternatifs.

²⁵ La loi du 31 décembre 1971 pose le principe d'un monopole des avocats pour la postulation et la plaidoirie, ainsi que l'assistance et la représentation en justice. Sur ces deux derniers points, le monopole des avocats est toutefois limité : dans certains domaines et devant certains tribunaux (juridictions sociales et prud'homales, procédures d'arbitrage, Cour d'Appel, tribunaux d'instance, de commerce ou tribunaux paritaires des baux ruraux, par exemple), les parties peuvent être assistées et/ou représentées par des non-avocats de leur choix (délégué syndical collègue, conjoint, huissier etc.).

²⁶ Un assouplissement récent (décret du 12 juillet 2005) autorise dorénavant la sollicitation. Toutefois, le démarchage reste prohibé, ainsi que toute publicité en vue de donner des consultations et/ou de rédiger des actes, par voie de tracts, lettres, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées. De plus, le contenu de tout papier à lettres, carte de visite professionnelles, plaques, faire-part, annonces et plaquettes doit être soumis préalablement à l'Ordre des avocats.

²⁷ Par exemple, Bishop, 1989 ; Garoupa, 2006 ; Kay et Vickers, 1988 ; Maks et Philipsen, 2005 ; Stephen et Love, 1999 ; Stephen et Burns, 2007 ; Trebilcock, 2001 ; Van den Bergh et Faure, 1991 ; Van den Bergh, 1993, 2007, 2008.

Lorsqu'elle est intégrée à l'analyse, l'autorégulation est vue uniquement sous l'angle négatif, en tant qu'une forme de capture des autorités de réglementation par les groupes réglementés et comme manifestation extrême d'un corporatisme professionnel (voir *infra*). En définitive, la question importante de la persistance historique et de la généralisation dans l'espace et à l'ensemble des professions d'une forme organisationnelle commune – l'autorégulation, au moins partielle, des professions – est totalement évacuée. La première analyse du rapport propose donc des éléments de réponse à cette question : il s'agit de comprendre, du point de vue économique, le bien-fondé d'une production autoréglée de règles professionnelles. Dans cette perspective, nous nous attacherons à montrer que la production de règles régissant sa propre activité par la profession d'avocat et sa mise en œuvre – dont nous vérifierons le caractère effectif – ne répond pas uniquement à la recherche d'un intérêt professionnel étroit des membres de cette profession, comme certaines analyses économiques réductrices tendent à le considérer. Au contraire, nous montrons que l'autorégulation de la profession d'avocat, bien que comportant des éléments d'intérêt personnel de la profession et de ses membres, est une condition de la production de services professionnels de bonne qualité. Elle obéit, de ce fait, à un impératif de rationalité collective et sociale. Cela nous permet de construire une justification économique du pluralisme juridique, faisant co-exister sources juridiques autoréglées et hétéroréglées dans le champ des régulations professionnelles.

Dans un premier temps, les différentes analyses économiques du phénomène d'autorégulation professionnelle sont présentées de façon critique et en soulignant un certain nombre de limites (section 1). Afin de dépasser ces limites, nous proposons dans un deuxième temps une analyse originale de l'autorégulation de la profession d'avocat. Dans cette perspective, nous analysons les services juridiques produits par les avocats comme des biens de confiance, dont la qualité pour les consommateurs ne peut donc être assurée par les mécanismes marchands classiques (section 2). Dans un troisième temps, nous élaborons une analyse fondée sur la notion de réputation collective de la profession d'avocat. Nous montrons que, parce qu'elle produit un bien de confiance, la profession a un intérêt au maintien d'une bonne réputation. Celle-ci étant tributaire de la production de services professionnels de bonne qualité, la profession dans son ensemble – par le biais des organismes professionnels – est donc incitée à contrôler la qualité offerte par ses membres : l'autorégulation constitue ainsi un instrument efficace au service de l'offre par la profession d'avocat de services juridico-judiciaires de qualité (section 3). Sur la base de ce résultat, nous justifions une autorégulation – au moins partielle – de la profession d'avocat et avançons quelques conclusions et prescriptions de « politique juridique » favorables au pluralisme juridique. L'argumentation et les conclusions principales de l'analyse sont résumées dans un dernier temps (section 4).

Section 1 – Présentation critique des analyses économiques de l'autorégulation professionnelle

Adoptant les hypothèses et la démarche de l'économie publique et de l'économie industrielle traditionnelles, les analyses économiques s'intéressant aux réglementations professionnelles ne présentent que peu d'originalité par rapport aux analyses économiques développées pour les marchés de biens et services « standards ». Dans la lignée de l'économie publique traditionnelle, le marché des services juridico-judiciaires offerts par les avocats est analysé comme porteur de défaillances qui, sur les autres marchés, justifient la mise en œuvre d'une réglementation destinée à pallier lesdits échecs du marché. La nature, le contenu et l'origine de cette réglementation sont cependant peu précisés : l'autorégulation professionnelle – ou la production des réglementations par la profession elle-même, par le biais de ses différents membres et instances professionnelles – est considérée simplement – lorsqu'elle est explicitement introduite dans l'analyse – comme une modalité de la réglementation professionnelle parmi d'autres. De façon générale, le questionnement sur les modes de production des règles professionnelles est d'ailleurs peu développé. En conséquence, l'importance de l'autorégulation de l'activité professionnelle d'avocat par la profession est fortement sous-estimée dans les analyses économiques. Il s'ensuit que la pluralité des acteurs juridiques à l'origine des règles régissant la profession d'avocat est également peu prise en compte et analysée.

En outre, lorsque l'autorégulation professionnelle est explicitement intégrée aux analyses économiques, elle est généralement analysée à travers le prisme des outils standards de l'économie industrielle. Dans cette perspective, les arguments développés sont globalement opposés à l'autorégulation. Les règles d'organisation de la profession produites par autorégulation et les organismes professionnels les édictant sont dans ce cadre analytique accusés de servir uniquement les intérêts professionnels privés des avocats et d'entretenir de ce fait une situation de corporatisme néfaste pour les intérêts des clients et de la collectivité dans son ensemble. Dans cette optique, les règles encadrant les pratiques d'honoraires, la publicité des cabinets, les structures d'exercice ou les conditions pour devenir avocat sont considérées comme résultant avant tout de comportements collusifs destinés à l'obtention ou la protection d'une rente. Les questionnements sur la pertinence de ces outils juridiques (quelles sont les fonctions économiques et sociales remplies par les réglementations professionnelles ?) et sur une éventuelle justification de l'autorégulation professionnelle (pourquoi les réglementations sont-elles produites par autorégulation, de préférence à d'autres modes de production réglementaire ?) sont absents.

Dans cette première section, nous présentons de façon critique les différentes analyses économiques de l'autorégulation professionnelle, en nous attachant à en souligner les limites et incohérences. La conception de l'autorégulation comme manifestation extrême de la capture par le groupe professionnel, largement prédominante dans la littérature économique contemporaine, est tout d'abord présentée (I.1). Une conception plus optimiste de l'autorégulation, justifiant cette dernière par ses avantages informationnels, est ensuite abordée (I.2). Nous soulignons enfin le caractère difficilement conciliable en l'état de ces deux conceptions et plaidons pour une analyse économique prenant réellement en compte le phénomène d'autorégulation professionnelle dans la diversité de ses aspects (I.3).

I.1. Autorégulation professionnelle et capture de la réglementation par des intérêts professionnels privés : une vision pessimiste de l'autorégulation

A quelques exceptions près, la littérature économique actuelle sur la profession d'avocat développe une lecture de la réglementation professionnelle comme résultant de la pression de groupes d'intérêt particuliers sur le marché politique, lecture directement inspirée de la théorie de la *capture* de Stigler (1971). L'Ordre des avocats, et les instances professionnelles de façon générale, sont assimilés à une entente de producteurs, ce qui conduit à des recommandations normatives favorables à la déréglementation. L'autorégulation de la profession est analysée exclusivement comme une forme extrême de *capture* assurant aux avocats une réglementation favorable et anticoncurrentielle.

Inspirés directement de l'économie politique de la réglementation (Lévêque, 2004), les travaux économiques analysent l'Ordre des avocats comme une entente entre producteurs. Dans ce cadre, l'ensemble des règles organisant la profession est interprété comme le résultat de comportements de collusion destinés à l'appropriation ou la protection d'une rente. Les cartels, ou ententes horizontales restrictives de concurrence, apparaissent en effet lorsque deux ou plusieurs firmes concurrentes coordonnent leurs activités, selon des modalités diverses (en prix, en quantité, etc.), pour réduire l'intensité concurrentielle sur le marché. La rente découlant de cette situation de concurrence imparfaite est alors appropriée par les membres de l'entente, au détriment des consommateurs. Ces derniers ont par conséquent intérêt à faire pression sur les autorités de réglementation pour obtenir cette situation et la préserver, par le biais de règles favorables par exemple au rationnement de l'offre et au maintien de prix élevés sur le marché. Les autorités de réglementation sont ainsi « capturées » par des intérêts privés sur le marché politique, comme le montre l'école des choix publics (Stigler et Friedland, 1962 ; Stigler, 1971 ; Posner, 1974 ; Peltzman, 1976). Par suite, la déréglementation et le démantèlement des règles favorables aux groupes de pression doivent être encouragés.

Une large partie de la littérature économique sur les avocats adopte cette grille d'analyse. L'Ordre, autorité de réglementation principale du marché des services juridico-judiciaires, est analysé comme une entente entre producteurs – ou une organisation professionnelle défendant les intérêts d'un groupe de pression particulier. Parce qu'il produit lui-même, par autorégulation, les règles s'appliquant à ses propres membres, il représente dans cette perspective la forme la plus extrême de capture de la réglementation. Les règles professionnelles produites par autorégulation – et quelquefois reprises sous la forme législative – sont alors vues comme étant au service des intérêts privés de la profession d'avocat. La réglementation de la profession constitue dans ce sens un instrument de recherche de rente destiné à réduire l'intensité concurrentielle, en organisant un rationnement de l'offre et une augmentation des prix au-dessus du prix de concurrence pure et parfaite

(Shaked et Sutton, 1981 ; Ogus, 1995). Dans cette perspective, les différentes réglementations existantes – conditions d'accès à la profession, la réglementation des honoraires, les restrictions à la publicité professionnelle ou l'interdiction de certaines structures d'exercice – sont analysées et interprétées comme autant d'instruments de recherche et de protection de la rente des membres de l'entente – ou de la profession. Par exemple, les exigences de qualifications et de compétences pour entrer dans la profession sont analysées comme autant de barrières à l'entrée du marché, dont l'objectif est de rationner l'offre de services juridico-judiciaires et de permettre aux avocats d'accroître leurs prix, l'offre étant inférieure à la demande. Ou encore, le monopole de la représentation et de la plaidoirie devant certaines juridictions, ainsi que la postulation, sont vus comme restrictives de l'entrée sur certains segments du marché et, de ce fait, créatrices d'une situation monopolistique ou quasi-monopolistique protégeant la profession de la concurrence émanant, notamment, des autres professions du droit. La postulation est clairement dénoncée comme une forme de répartition des marchés sur une base géographique menant à des monopoles locaux. De la même façon, la pratique de l'inscription à un barreau géographiquement défini est considérée comme une atteinte à la concurrence, en ce qu'elle réduit la mobilité des avocats, et la réglementation des honoraires est vue comme une forme d'entente sur les prix entre avocats (Arnould et Friedland, 1977). Restreindre la publicité est également considéré comme un moyen d'engendrer une rente de situation pour les producteurs en place. Ainsi, la réglementation limitant les formes et supports de publicité personnelle autorisés pour les cabinets est analysée comme un dispositif collusif visant à réduire la transparence du marché et, par suite, la capacité des clients à faire jouer la concurrence. Enfin, la réglementation des structures d'exercice et de la multidisciplinarité intégrée est également contestée en raison de son inefficacité économique, au motif de ses effets désincitatifs sur l'innovation – notamment organisationnelle. En privant les cabinets de la possibilité d'exploiter des gisements d'efficacité liés à une modification de leur organisation, la réglementation est considérée protéger les cabinets les moins innovants et empêcher leurs concurrents plus efficaces de procéder à des innovations dont les effets en termes de baisse des coûts de production se répercuteraient sous la forme d'une baisse des prix favorable aux clients.

Ainsi, dans tous les cas, le coût social des réglementations existantes est mis en avant, en raison de la perte sociale sèche liée à la rente des professionnels installés. Plusieurs prescriptions de politique juridique découlent donc directement de ces analyses et préconisent l'allègement ou la suppression des réglementations professionnelles. Par exemple, les exigences de qualité à l'entrée dans la profession d'avocat doivent être éliminées dès lors qu'elles sont disproportionnées au regard de la complexité des tâches effectuées par l'avocat. De la même façon, la suppression de la réglementation des honoraires est préconisée en ce qu'elle doit permettre aux avocats les plus performants – définis comme ceux dont les coûts de production sont plus faibles – de s'engager dans une concurrence par les prix et d'accroître, de ce fait, leurs parts de marché. En outre, la publicité doit être autorisée, dès lors qu'elle est informative pour les consommateurs et favorise la concurrence sur le marché (Benham et Benham, 1975 ; Love et Stephen, 1996 ; Stephen et Love, 1999). Enfin, les gains associés à l'innovation organisationnelle, à l'ouverture du capital et à la multidisciplinarité justifient de lever les réglementations des cabinets d'avocats en matière organisationnelle,

dans la mesure où ils permettent la réalisation d'économies d'échelle, d'envergure et de spécialisation.

Au final, selon la majorité des travaux économiques, la production de règles professionnelles par autorégulation favorise les comportements collusifs des membres de la profession, dans le but d'obtenir ou de protéger une rente. L'autorégulation favorise dès lors l'apparition d'une situation de concurrence imparfaite nuisible au bien-être des consommateurs. L'analyse économique « standard » en déduit logiquement une série de recommandations normatives favorables au démantèlement des règles produites par la profession, de façon à rétablir la concurrence et, par suite, réduire les prix.

Or cette approche pose problème à différents égards.

Premièrement, il est intéressant de remarquer que les conclusions normatives favorables à la déréglementation avancées par l'analyse économique dans le champ des professions réglementées par autorégulation sont très similaires aux prescriptions classiques de l'économie de la concurrence concernant les marchés de biens et services hétérorégulés. L'analyse économique ne propose donc pas d'approche originale intégrant explicitement les situations de production juridique par autorégulation, mais elle analyse dans le même cadre théorique de la « capture », l'ensemble des réglementations professionnelles, en mobilisant dans tous les cas le même appareil théorique issu de l'économie industrielle et de l'approche standard de la concurrence. L'autorégulation est vue comme inévitablement coûteuse socialement, parce qu'elle instaure une situation de concurrence faussée, et toute originalité éventuelle des ordres professionnels par rapport aux ententes illicites dans d'autres secteurs d'activité est occultée. On n'envisage ainsi jamais que les ordres professionnels, même – ou parce que – facilitant les comportements collusifs de leurs membres, puissent parallèlement remplir certaines fonctions spécifiques, éventuellement bénéfiques socialement, que ne rempliraient pas les ententes « traditionnelles » dans d'autres secteurs d'activités. En conséquence, et de la même façon, l'éventualité d'une spécificité de l'autorégulation par rapport aux modes de production juridiques alternatifs et la possibilité qu'elle remplisse des fonctions particulières – notamment au plan social – ne sont pas envisagées.

Deuxièmement, cette vision négative des autorités professionnelles, conçues en tant qu'entente ou cartel, ne pose pas la question de la stabilité de cette entente, pourtant fondamentale en économie de la concurrence. La théorie économique enseigne en effet que certaines conditions doivent être satisfaites pour assurer la stabilité du cartel. L'homogénéité des membres de l'entente et celle des biens et services produits forment un premier volet de conditions, dont on peut difficilement considérer qu'elles sont satisfaites pour la profession d'avocat et sur le marché des services juridico-judiciaires. En outre, la question du partage de la rente entre membres de l'entente n'est jamais posée. En particulier, les intérêts potentiellement divergents des petits et grands cabinets ou des avocats isolés ne sont pas considérés comme un facteur d'instabilité du cartel. Au contraire, « *les professions juridiques remplissent tous les critères pour être qualifiées de groupes d'intérêt puissants : il s'agit d'un petit milieu, bien organisé et capable de faire face au problème du passager clandestin en*

rendant obligatoire l'adhésion aux organisations professionnelles » (Van den Bergh, in OCDE, 2007, p. 83).

Troisièmement, l'inscription de la production de réglementations professionnelles par la profession d'avocat à l'intérieur d'un cadre analytique standard nous semble être moins le signe de la pertinence générale – générique – des outils de l'économie de la concurrence standard que celui d'une insuffisance de la réflexion sur la *nature* des services juridico-judiciaires. Les caractéristiques de l'offre de services des avocats et la nature de leurs échanges avec les clients nous semblent en effet conduire, sinon à une remise en cause, du moins à un aménagement des prescriptions traditionnelles de l'économie de la concurrence en matière de (dé)réglementation. Nous développons ce point dans les sections II et III en montrant comment l'autorégulation professionnelle peut précisément aider à prendre en compte les spécificités des services professionnels offerts par les avocats²⁸.

Quatrièmement, les prescriptions favorables à la déréglementation, *via* l'allègement ou la suppression des réglementations professionnelles produites par autorégulation, font l'impasse sur tout un pan de l'analyse économique justifiant les réglementations professionnelles par le (mauvais) fonctionnement des marchés de services professionnels. Inspirées de l'économie publique, ces analyses justifient les réglementations professionnelles par l'existence de défaillances de marchés (Chaserant et Harnay, 2010). Suivant cette ligne, le marché, laissé à lui-même, est incapable de fournir efficacement certains biens et services et de mener à la réalisation d'un optimum social. Or, le marché des services des avocats présente manifestement des signes de défaillances. En particulier, l'offre de services juridiques est porteuse d'asymétries d'information, justifiant pour l'économie publique la mise en place d'une réglementation²⁹. En outre, les services des avocats participent de la bonne administration de la justice, « bien public (...) présentant une valeur pour l'ensemble de la société » (Commission Européenne, 2004, p. 12). Leur qualité induit en effet des externalités sur l'évolution du droit, de la jurisprudence, et le coût de fonctionnement de la justice. Ces différents aspects justifient donc, au regard de l'économie publique, de réglementer le marché des services juridico-juridiques.

Aussi, parce qu'elle omet de s'interroger sur la manière dont le marché des services professionnels produits par les avocats, une fois rendu à ses défaillances suite au processus de déréglementation, pourrait fonctionner efficacement, la littérature économique axée sur l'idée de capture de la réglementation par la profession conduit-elle à une aporie. En effet, si on accepte l'idée que la profession produit des règles autorégulées restrictives de concurrence, favorisant les intérêts de ses membres et défavorables aux consommateurs de services juridiques, il n'en demeure pas moins que la déréglementation – c'est-à-dire, en l'espèce, la suppression des règles produites par autorégulation – ne résout pas le problème des défaillances de marché caractérisant, dans tous les cas, le marché des services juridico-judiciaires, compte tenu de la nature même de ces derniers. En d'autres termes, alors que la littérature considère implicitement que la réglementation est la cause de l'absence de

²⁸ Cet aspect est développé sous un angle complémentaire dans l'analyse 2 de ce rapport.

²⁹ Nous revenons ultérieurement sur ce point.

concurrence sur le marché, et que la réduire rétablirait la concurrence, elle reconnaît dans le même temps qu'une des sources majeures de l'imperfection de la concurrence est l'existence d'asymétries d'information entre avocats et consommateurs. Or *ces asymétries ne résultent pas de l'existence de réglementations, mais de la nature même de l'activité des avocats*. Déréglementer ne change donc en rien la nature des services et ne supprime pas, en particulier, l'asymétrie d'information entre client et avocat qui caractérise irréductiblement le marché des services professionnels des avocats. Dès lors, comme l'a montré la théorie du *second best* (Lipsey et Lancaster, 1956), si, pour des raisons intrinsèques au marché – ici, les asymétries d'information – la concurrence (pure et parfaite) n'est pas possible, ce n'est pas en essayant de s'en approcher qu'on accroît l'efficacité économique sur le marché. Il est donc impossible de présumer d'une éventuelle amélioration de l'efficacité grâce à la déréglementation du marché des services juridiques fournis par les avocats.

En définitive, une réglementation des services professionnels fournis par les avocats s'avère nécessaire compte tenu de la nature de ces services et des défaillances du marché. La suppression des règles produites par autorégulation, si l'on suit les recommandations des analyses économiques centrées sur l'idée de capture de la réglementation professionnelle par les membres de la profession, pose alors *la question de l'autorité à laquelle confier la production de règles*. Or le transfert de la mission de production réglementaire d'une autorité d'autorégulation à une autorité d'hétérorégulation ne résout évidemment pas le problème de capture. En effet, il est tout à fait envisageable que le problème de capture de l'autorité de régulation se pose en situation d'hétérorégulation en termes similaires à celle d'autorégulation – quoique de façon éventuellement moins aigüe : la littérature économique enseigne en effet que toute autorité réglementaire est susceptible de capture de la part des groupes d'intérêt concernés (rappelons que le cadre réglementaire initialement envisagé par Stigler et Friedland (1962) à l'appui de la théorie de la *capture* est un cadre d'hétérorégulation)³⁰. En définitive, l'obtention de règles plus efficaces – au sens de moins restrictives de concurrence – est loin d'être garantie en présence d'une production de règles professionnelles par hétérorégulation.

En revanche, le passage d'une situation autorégulée à une situation hétérorégulée conduit à renoncer aux bénéfices informationnels liés à la production de règles professionnelles par autorégulation. Nous présentons donc maintenant la vision économique « optimiste » de l'autorégulation, insistant sur la supériorité informationnelle de l'autorité professionnelle par rapport à des autorités réglementaires extérieures à la profession d'avocat.

³⁰ Cette idée est développée plus précisément dans l'analyse 2 du rapport, lorsqu'on procède à une analyse coûts-avantages des différents arrangements institutionnels envisageables en matière de régulation du marché des services juridiques.

I.2. Autorégulation et asymétries informationnelles entre autorités de réglementation et agents réglementés : une vision optimiste de l'autorégulation

A l'opposé de l'analyse économique de l'autorégulation axée sur l'idée de capture des réglementations professionnelles par la profession, d'autres arguments économiques plaident en faveur de l'autorégulation, en ce qu'elle est considérée comme plus proche d'un mécanisme décentralisé que ne le sont les formes de régulation administratives centralisées et constitue donc en cela un mode de production réglementaire relativement peu coûteux.

En effet, réguler les pratiques professionnelles requiert indéniablement un degré d'expertise coûteux à acquérir pour une autorité extérieure à la profession. L'autorité de réglementation se trouve alors dépendante des informations fournies par la profession – les experts – qui peut avoir intérêt à ne pas les lui transmettre. Aussi l'argument économique le plus fréquemment avancé en faveur de l'autorégulation professionnelle met-il en avant l'information supérieure des professionnels. Parce qu'il est composé d'avocats informés sur les conditions réelles d'exercice de la profession, sur les compétences et l'effort individuels requis dans ce cadre, l'Ordre professionnel bénéficie de connaissances techniques supérieures ou, pour le moins, rencontre des difficultés de collecte de l'information moindres qu'une autorité de régulation externe à la profession. Selon cette logique, il est donc le mieux à même de fixer les règles professionnelles à moindre coût. Les coûts *ex ante* de production et de mise en place de la réglementation sont ainsi réduits.

Les coûts *ex post* associés à une situation d'autorégulation sont eux aussi inférieurs à ceux associés à l'hétérorégulation. L'Ordre semble en effet le mieux placé pour contrôler l'application des règles et garantir la qualité des services à moindre coût. S'il existe une asymétrie d'information entre les avocats et l'Ordre, ce dernier observe toutefois plus facilement les comportements de ses membres et est susceptible de mieux repérer les services de mauvaise qualité que les pouvoirs publics ou toute autre autorité externe à la profession. De plus, on peut s'attendre à ce que les professionnels acceptent et respectent mieux les règles qu'ils ont eux-mêmes adoptées que les dispositions légales qui leur sont imposées (Maks et Philipsen, 2005). En outre, la production de règles autorégulées par la profession peut permettre leur adaptation régulière à l'évolution du droit, les règles définies par la profession étant *a priori* plus souples que celles imposées par les pouvoirs publics, et donc moins coûteuses à modifier (Miller, 1985). Par ailleurs, si on considère que des règles définies par la profession suscitent moins de difficultés d'interprétation que des règles produites de façon externe, il s'ensuit également une réduction des coûts.

Enfin, dans une situation d'autorégulation, les coûts *ex ante* et *ex post* de production, de mise en œuvre et d'application des réglementations professionnelles pèsent sur la profession. À l'inverse, en situation d'hétérorégulation, ces coûts sont supportés par les pouvoirs publics et donc par les contribuables, y compris lorsque ces derniers ne consomment pas de services juridico-judiciaires. La minimisation des coûts est donc plus facilement atteinte dans un contexte autorégulé : les agents à l'origine du coût sont également ceux qui en supportent la charge et ils sont donc incités à minimiser cette dernière (Ogus, 1999).

I.3. Une tentative de réconciliation des différentes approches économiques de l'autorégulation

L'analyse économique développe donc parallèlement deux visions apparemment antithétiques de l'autorégulation. Sur cette base, notre projet, au plan théorique, est de construire une analyse visant à réconcilier, au moins partiellement, ces deux approches. En particulier, nous cherchons à intégrer de façon conjointe dans une même analyse l'idée selon laquelle l'autorégulation favorise les comportements de recherche de rente des avocats et l'idée selon laquelle elle peut en même temps être porteuse de gains informationnels, en raison de la structure informationnelle supérieure d'une autorité de réglementation interne à la profession par rapport à une autorité externe. Cela nous permet d'intégrer dans notre analyse des spécificités de l'autorégulation par rapport aux autres modes réglementaires, compte tenu de la nature particulière de bien de confiance des services juridico-judiciaires produits par les avocats.

Les critiques que nous avons avancées ci-dessus à l'encontre des analyses économiques existantes de l'autorégulation reposent en effet toutes deux sur l'absence de reconnaissance des spécificités des services offerts par la profession. Autrement dit, si la littérature économique est muette quant à l'analyse des conséquences de la dérégulation et des particularités de l'autorégulation de la profession, c'est parce qu'elle n'étudie pas ce qu'ont de spécifique les services juridiques par rapport aux autres types de biens. Plus précisément, la plupart des auteurs reconnaissent que les services juridiques ne sont pas des biens standards mais des biens de confiance, c'est-à-dire des biens dont le consommateur ne peut évaluer la qualité ni *ex ante*, ni *ex post* (Darby et Karni, 1973). Mais ils n'en tirent aucune conséquence quant au mode réglementaire qui leur serait adapté. Au contraire, ils ignorent la nature de bien de confiance des services juridiques lorsqu'ils recommandent la déréglementation du marché.

L'idée que nous développons dans cette première analyse est que le mode réglementaire adapté aux professions, dont la caractéristique est d'offrir des biens de confiance, nécessite une certaine dose d'autorégulation. En effet, l'autorégulation, parce qu'elle procure une rente à la profession, offre à celle-ci le moyen de construire ou de maintenir une bonne réputation collective. La réputation est traditionnellement considérée comme un substitut à l'évaluation de la qualité par le consommateur (Abel, 1989). La réputation collective de la profession est ainsi un substitut à l'évaluation de la qualité moyenne des services sur le marché. Si la profession a une bonne réputation collective, alors le consommateur estime qu'il recevra, en moyenne, un service de bonne qualité. Il est dès lors prêt à payer ce service à un prix plus élevé que si la réputation de la profession est mauvaise, alimentant la rente de la profession – et éventuellement la rente que chaque professionnel sera en mesure de retirer individuellement de son activité. Notre analyse montre ainsi que la qualité des services offerts par les avocats est supérieure en présence d'autorégulation à celle qui caractérise l'absence

d'autorégulation. Dans ce cas, le marché, laissé à lui-même, ne favorise pas l'émergence d'une réputation collective car l'absence de perspective de rente n'incite pas les avocats à fournir des services de bonne qualité (nous laissons de côté ici la qualité en situation de réglementation étatique ou publique, car il s'agit d'une situation dominée en raison des problèmes d'information d'une autorité de réglementation extérieure à la profession).

Section II – La nature des services juridiques produits par les avocats : des biens de confiance

La littérature économique sur la profession d'avocat fait l'hypothèse que les consommateurs ne peuvent pas évaluer la qualité des services juridiques, avant comme après l'achat – ou seulement à un coût élevé et à long terme (Darby et Karni, 1973). Les services juridiques constituent à ce titre des biens de confiance. L'avocat possède en effet une expertise qui lui offre un avantage informationnel : *ex ante*, il sait mieux que son client les services dont celui-ci a besoin ; *ex post*, son client n'est pas en mesure d'évaluer la qualité du travail de l'avocat. Le client peut constater que son besoin juridique a disparu ou a été satisfait (par exemple, il a été défendu, les documents qu'il devait remplir l'ont été, son divorce a été prononcé, *etc.*), sans toutefois savoir s'il l'a été de manière optimale ou satisfaisante. Le client est en général incapable d'évaluer la qualité du service juridique qu'il a consommé, et de répondre à des questions sur celle-ci. Par exemple, a-t-il été défendu pour le mieux ? Ses documents sont-ils correctement complétés ? N'aurait-il pas pu obtenir un règlement de son divorce qui lui soit plus favorable ?

La nature de bien de confiance provient de ce que l'avocat remplit en fait deux fonctions successives ou, si l'on préfère, l'offre de services juridiques comprend deux phases :

- (i) la phase de « diagnostic », où l'avocat détermine le service et la qualité qui correspondent le mieux aux besoins du client ;
- (ii) la phase de « traitement », où il produit le service en question³¹.

Ces deux phases recèlent une double asymétrie d'information.

³¹ Quinn (1982) associe la phase de diagnostic à une fonction d'agence et celle de traitement à une fonction de service. Afin de contrecarrer les effets négatifs des asymétries d'information, certains auteurs ont proposé de séparer les deux fonctions, comme c'est la pratique au Royaume-Uni où la profession est divisée entre *barristers* et *solicitors*. Néanmoins, cette solution est à son tour critiquée : la clientèle régulière des avocats n'a pas besoin de la fonction d'agence et pourrait se contenter de faire appel à un professionnel de la fonction de service. La séparation entre les fonctions engendre ainsi des coûts importants et inutiles.

- D'une part, une situation d'anti-sélection peut se produire durant la phase de diagnostic, puisque le client ne peut pas évaluer le service optimal *ex ante*.
- D'autre part, la phase de traitement comporte, quant à elle, un aléa moral. En effet, le client, s'il observe les actions mises en œuvre par l'avocat, ne peut savoir si elles sont appropriées à son cas et/ou si elles correspondent au prix qu'il paie.

L'avocat a dès lors deux possibilités de comportement opportuniste, conduisant à des inefficiences sur le marché des services juridiques.

- D'une part, il peut avoir intérêt à vendre un service non adapté aux besoins du client (situation d'anti-sélection), c'est-à-dire :
 - (i) un service de mauvaise qualité (et donc peu coûteux à produire), alors que le problème du client nécessite un service de qualité élevée – on parle alors d'« *undertreatment* »
 - (ii) au contraire, un service (coûteux à produire) d'une qualité qui excède la qualité optimale du point de vue du client – il y a alors « *overtreatment* ». Ce dernier cas est également inefficace – ou inefficent, puisque recevoir un service d'une qualité supérieure n'apporte aucune utilité supplémentaire au client.
- D'autre part, l'avocat peut faire payer à un prix élevé un service de mauvaise qualité ; l'aléa moral est alors source d'« *overcharging* »³².

Les risques de comportement opportuniste de la part de l'avocat peuvent être synthétisés dans le tableau suivant :

	Prix faible	Prix élevé
Mauvaise qualité	risque d' <i>undertreatment</i>	risque d' <i>overcharging</i>
Bonne qualité	risque d' <i>undercharging</i>	risque d' <i>overtreatment</i>

³² Théoriquement, une quatrième source d'inefficience envisageable est pour l'avocat de fournir un service de bonne qualité (donc coûteux à produire) et de le vendre au prix (faible) d'un service de mauvaise qualité. Cette situation est qualifiée d'*undercharging*. Toutefois, dans la mesure où ce comportement n'est pas rationnel de la part de l'avocat (l'avocat n'a aucun intérêt à cette forme d'opportunisme), nous ne l'étudions pas explicitement ici.

Au final, le marché d'un bien de confiance peut être incapable de procurer aux consommateurs le niveau optimal de qualité. Plus précisément, Dulleck et Kerchbamer (2006) montrent que le marché résout sans coût le problème informationnel des biens de confiance si, et seulement si, trois conditions sont vérifiées :

- (i) la demande est homogène,
- (ii) le même professionnel établit diagnostic et traitement,
- (iii) il existe une règle de responsabilité protégeant les consommateurs contre l'*undertreatment* et/ou l'*overcharging* est vérifiable.

Si nous examinons ces hypothèses successivement dans le cas du marché des services juridiques produits par les avocats, nous constatons qu'aucune d'entre elles n'est parfaitement vérifiée et que, en conséquence, la régulation de marché (laisser le marché réguler la production – et en particulier la qualité des services – par le jeu des forces concurrentielles) ne constitue pas un mode de régulation efficace pour ces services.

- (i) Concernant la condition (i), une demande de services juridiques homogène signifie que la valeur des différents services est identique pour tous les consommateurs ou que ces derniers ont une probabilité identique d'avoir besoin d'un service de bonne qualité. La définition même d'un service personnalisé, dont le but est de satisfaire un besoin singulier, est contradictoire avec cette hypothèse d'homogénéité (Karpik, 2007; Favereau *et al.* 2009). Il est ainsi évident que la probabilité d'avoir besoin d'être représenté en justice par un avocat – par exemple, d'être défendu au pénal – varie fortement au sein de l'ensemble des consommateurs et selon les situations. La demande de services juridico-judiciaires fournis par les avocats est donc incontestablement hétérogène. Or, si la demande est hétérogène, alors des inefficiences apparaissent : certains consommateurs sont rationnés ou reçoivent un service de qualité sous-optimale (Dulleck et Kerschbamer, 2006).
- (ii) Pour que la condition (ii) soit vérifiée, il faut que les coûts de recherche d'un avocat et d'établissement d'un diagnostic par celui-ci soient suffisamment élevés pour que le consommateur et l'avocat aient intérêt à poursuivre la relation durant la phase dite de traitement. Le consommateur bénéficie alors des économies de gamme réalisées par la production conjointe par l'avocat des deux « étapes » du service. Si cette condition semble avérée pour certains services juridiques, notamment lorsque la simple définition du besoin du client nécessite de nombreuses recherches pour l'avocat, elle contredit toutefois la possibilité pour le client de bénéficier de plusieurs diagnostics pour un même problème. Or, la profession elle-même encourage les consommateurs à consulter plusieurs avocats ; la plupart des barreaux proposent à cette fin des consultations gratuites, que ce soit au sein du local de l'Ordre, dans le « Bus de

la solidarité » à Paris, où sous la forme de « chèques consultation » à remettre à l'avocat consulté. Pour de nombreux services, comme les services dits « de routine », la condition (ii) n'est par conséquent pas vérifiée. Dulleck et Kerschbamer (2006) montrent alors que, si les prix pratiqués sont parfaitement flexibles, un équilibre de second rang émerge pour lequel certains avocats se spécialisent dans les services de mauvaise qualité à un prix faible et d'autres dans les services haut de gamme à prix élevés.

- (iii) La condition (iii) n'est, elle aussi, adaptée qu'à certains services juridiques et à un certain type de clientèle. En effet, des règles de responsabilité existent au sein de la profession afin de protéger les consommateurs, notamment les règles de responsabilité civile ou les règles disciplinaires définies dans le Code de déontologie de la profession. Un client insatisfait a ainsi toujours la possibilité de se retourner contre son avocat et de le poursuivre pour faute professionnelle³³. Lorsqu'il pense avoir reçu un service de mauvaise qualité, ou estime avoir payé un prix trop élevé, le client peut donc s'appuyer sur les règles de responsabilité s'appliquant à la profession. Mais ceci suppose implicitement qu'il est capable de détecter l'*undertreatment* ou l'*overcharging*. C'est probablement le cas d'une grande entreprise ayant un service juridique interne suffisamment informé pour observer la mauvaise qualité du service ou son prix trop élevé au regard du service effectivement fourni. Toutefois, dans la plupart des cas, dire que le consommateur peut constater la trop faible qualité du service ou son prix trop élevé revient à nier l'idée même de bien de confiance. Par exemple, une excellente défense au pénal peut néanmoins se traduire par une peine d'emprisonnement élevée ; un « mauvais résultat » n'est pas nécessairement le signal d'un service de faible qualité, mais peut résulter d'autres paramètres, comme par exemple la difficulté intrinsèque de l'affaire ou encore l'asymétrie des forces en présence.

Au total, sur le marché des services juridico-judiciaires fournis par les avocats, la demande n'est pas homogène, les économies de gamme entre diagnostic et traitement sont assez faibles pour toute une série de services, et les règles de responsabilité existantes sont difficiles à utiliser à bon escient et de façon informée pour la majorité des clients. Le marché ne peut donc être laissé à lui-même, dans la mesure où il ne permet pas de discipliner les comportements des avocats et conduit à des inefficiences : rationnements, services de mauvaise qualité, spécialisation inefficace, *etc.* Un autre mode réglementaire que le marché s'avère donc nécessaire pour surmonter la double asymétrie d'information caractéristique des biens de confiance et les recommandations de dérégulation du marché des services

³³ Nous développons cet aspect dans l'analyse II de ce rapport de recherche, dans laquelle nous présentons les différents régimes de responsabilité auquel l'avocat est soumis et analysons plus particulièrement la pratique de la justice disciplinaire. Cf. *infra*.

professionnels des avocats ne sont donc pas recevables, compte tenu des caractéristiques du bien échangé. Remarquons ici que le besoin de régulation sur le marché des services juridiques produits par les avocats est déjà patent du simple fait de l'existence des règles de responsabilité mentionnées dans la condition (iii) sur ce marché. Or, si de telles règles n'existaient pas, Dulleck et Kerschbamer (2006) montrent que l'anti-sélection sur le marché conduirait, conformément au processus décrit par Akerlof (1970), à sa disparition.

Section III – Réputation collective, qualité du service juridique et autorégulation par la profession

On a montré qu'en présence de services juridiques présentant des caractéristiques de biens de confiance, la régulation de marché est inefficace compte tenu des asymétries informationnelles affectant la relation entre le client et son avocat. Dans cette section, nous élaborons une analyse fondée sur la notion de réputation collective de la profession d'avocat. Nous montrons que, parce qu'elle produit un bien de confiance, la profession a un intérêt au maintien d'une bonne réputation. Cette dernière étant tributaire de la production de services professionnels de bonne qualité, la profession dans son ensemble – par le biais des organismes professionnels – est donc incitée à contrôler la qualité offerte par ses membres : l'autorégulation constitue donc un instrument efficace au service de l'offre par la profession d'avocat de services juridiques de qualité.

III.1. La réputation comme substitut à l'évaluation de la qualité

La qualité n'étant pas observable sur le marché pour un bien de confiance, offrir un service juridique de bonne qualité à un prix profitable devient pour l'avocat un problème de réputation. Une bonne réputation signale ainsi la production de services de bonne qualité que les consommateurs sont prêts à payer un prix élevé. Le problème réside alors dans le mode de formation des croyances des consommateurs sur la qualité. La réputation d'un avocat auprès des consommateurs est en effet la croyance qu'ont ces derniers quant à la qualité des services dont ils vont bénéficier en consultant cet avocat. En l'absence d'information au moment de l'échange, seuls les comportements et l'expérience passés forgent cette croyance (MacLeod, 2007). La réputation d'un avocat renvoie donc à la qualité des services qu'il a produits dans le passé. S'il a toujours fourni des services de bonne qualité, ou, plus précisément, s'il n'a jamais été observé fournissant des services de mauvaise qualité, alors l'avocat aura bonne réputation.

Sur un marché de biens d'expérience – dont les consommateurs peuvent évaluer la qualité *ex post* – la réputation est un mécanisme qui discipline les comportements des producteurs³⁴. En effet, si des consommateurs sont satisfaits de la qualité du bien qu'ils ont acheté, alors ils retourneront chez le même producteur ; celui-ci continuera à produire un bien de qualité sous peine de perdre le gain résultant des ventes à ces consommateurs. Le mécanisme d'achats répétés par les consommateurs réguliers d'un produit incite ainsi le producteur à la qualité. Les consommateurs occasionnels bénéficient quant à eux du bouche-à-oreille pour actualiser leurs croyances avant l'achat et se tournent de ce fait vers les producteurs ayant été recommandés par d'autres clients, et ayant donc bonne réputation.

Ces mécanismes sont toutefois fortement atténués sur les marchés de biens de confiance comme celui des services juridiques. En effet, selon la définition d'un bien de confiance, les consommateurs n'observent pas – ou très difficilement, et seulement à long terme – la qualité des services fournis par l'avocat. Puisque, par définition, un avocat n'ayant jamais été observé produisant un service de mauvaise qualité possède une bonne réputation, alors la probabilité d'obtenir un service de mauvaise qualité alors qu'on consulte un avocat ayant bonne réputation est accrue. Le consommateur le sait ; il n'est donc pas disposé à payer un prix élevé en échange d'un service dont la qualité est en fait hypothétique. Dans ce cas, les avocats n'ont individuellement qu'une faible incitation à produire des services de bonne qualité afin d'acquérir une bonne réputation individuelle, puisque cette production n'est pas observable, même *ex post* et que le coût – ou l'effort – lié au fait de produire de la bonne qualité – ne peut pas être répercuté sur le prix facturé au client.

S'ils n'observent pas la qualité des services fournis par les avocats individuels, sur quelles informations les croyances des consommateurs se fondent-elles ? Selon nous, un autre aspect de la réputation entre ici en jeu : la *réputation collective de la profession*. L'intuition de cette idée est la suivante : si les consommateurs n'ont aucune information sur les avocats considérés individuellement – ou sur la qualité des services juridiques offerts par ces avocats – alors leur problème n'est pas tant de choisir quel avocat consulter que de déterminer s'ils vont finalement avoir recours ou non aux services d'un avocat. Si la profession d'avocat dans son ensemble a mauvaise réputation, alors les consommateurs cherchent de préférence à éviter l'acquisition de services juridiques. S'ils ne peuvent éviter de le faire, ils refuseront de payer un prix élevé pour un service qu'ils anticipent être de mauvaise qualité. Au contraire, ils n'hésiteront pas à recourir aux services d'une profession ayant une bonne réputation collective. Dans ce dernier cas, ils seront également enclins à accepter de payer un prix élevé pour des services professionnels dont ils anticipent qu'ils sont de qualité élevée.

³⁴ Nous reviendrons sur la différence entre biens d'expérience et biens de confiance, et les différents modes de régulation qu'ils nécessitent, dans l'analyse 2.

III.2. Réputation collective de la profession d'avocat et autorégulation

La réputation collective se définit, précisément, comme la croyance qu'ont les consommateurs quant à la qualité moyenne des services qu'ils peuvent se procurer sur le marché. La profession a intérêt à construire et maintenir une bonne réputation car, alors, elle obtient une rente. En effet, les consommateurs sont prêts à payer un prix plus élevé pour acquérir les services d'une profession qui a bonne réputation ; ils s'attendent à une qualité moyenne supérieure. On retrouve là l'idée, avancée par la littérature économique, selon laquelle une profession pratique des prix supérieurs aux prix concurrentiels et s'accapare ainsi une rente au détriment des consommateurs. Néanmoins, alors que la théorie de la capture attribue l'origine de cette rente au comportement opportuniste de la profession et n'y voit que des conséquences négatives (*cf. supra*), nous montrons qu'une autre interprétation est possible : selon nous, la rente récompense la bonne réputation de la profession, *i.e.* la qualité moyenne élevée des services qu'elle délivre aux consommateurs³⁵. En d'autres termes, la profession retire certes une rente de son activité. Mais cette rente a une contrepartie positive pour les consommateurs, qu'elle n'a pas dans la théorie de la capture et qui réside dans la prestation de bonne qualité qui est vendue aux clients.

Comment faire pour avoir une bonne réputation collective ? La profession ne peut avoir bonne réputation collective que si les avocats produisent individuellement des services juridiques de bonne qualité, afin d'accroître la qualité moyenne des services sur le marché. Il faut donc qu'existe un mécanisme incitant les avocats individuels à produire des services de bonne qualité. Or, ainsi qu'on vient de le voir pour les services juridiques présentant des caractéristiques de biens de confiance, les consommateurs n'observent pas la qualité des services produits par les avocats. Ils ne sont donc pas disposés à payer un prix élevé en échange d'un service dont la qualité demeure pour eux hypothétique. En conséquence, un professionnel n'est que faiblement incité à la production d'un service de qualité, puisque cette production n'est pas observable, même *ex post*, et que le coût – ou l'effort – lié au fait de produire de la bonne qualité ne peut pas être répercuté sur le prix facturé au client. En définitive, le marché – à travers le mécanisme de réputation individuelle de chaque producteur – ne propose donc pas de mécanisme incitatif à la qualité pour les avocats individuels.

Nous montrons, dans ce contexte, que le mécanisme incitatif à la production de qualité par les avocats repose sur *l'autorégulation de l'entrée dans la profession*.

³⁵ On peut s'interroger sur le concept même de rente dans ce cas. La rente est, dans la théorie du monopole, le fait de faire payer un prix supérieur au prix de concurrence pure et parfaite, au détriment des consommateurs. Cependant, aucune considération de qualité n'est en jeu, puisque la qualité est parfaitement définie *ex ante*. Dans le cas des biens de confiance, où la qualité n'est pas définie *ex ante* (ni *ex post*), pourquoi considérer que le prix payé par les consommateurs permet aux avocats de s'octroyer une rente ? Le prix payé ne correspondrait-il pas au prix concurrentiel des biens de qualité élevée ?

En effet, puisque les services juridiques produits par les avocats constituent des biens de confiance, seuls des experts, et en particulier des avocats – ou des pairs – peuvent en évaluer correctement la qualité. L'autorégulation offre ici un avantage par rapport à une hétéro-régulation par des experts extérieurs à la profession : ainsi que nous l'avons déjà souligné dans la section I, elle réduit les coûts liés aux asymétries d'information (*cf. supra*). Mais surtout, seule la profession a intérêt à accroître la qualité moyenne sur le marché, puisqu'elle en tire une rente. Cette rente est d'autant plus importante que la réputation collective est bonne. Il est donc de l'intérêt de la profession dans son ensemble de construire et/ou de maintenir une bonne réputation collective. Au contraire d'un régulateur extérieur, la profession est par conséquent fortement incitée à exclure les avocats qui ont été observés comme fournissant un service juridique de mauvaise qualité. En effet, par leur comportement, ces derniers réduisent la qualité moyenne des services offerts par la profession dans son ensemble. En réglementant elle-même les conditions d'entrée et de maintien dans la profession, cette dernière est la mieux à même d'accroître sa propre réputation.

Un avocat individuel est alors incité à fournir des services de bonne qualité. En effet, il n'a pas intérêt à être exclu de la profession, car il perd alors la part de la rente collective dont il bénéficie en y appartenant. Le coût de sortie de la profession – la perte résultant d'une exclusion – est dès lors d'autant plus élevé que la profession possède une bonne réputation et capte en conséquence une rente importante. Ceci renforce l'incitation qu'a la profession à avoir bonne réputation : plus la rente collective est importante, plus les avocats sont incités à fournir des services de bonne qualité, ce qui accroît d'autant plus la réputation collective de la profession et la rente qu'elle s'approprie.

Les consommateurs, quant à eux, n'observent pas la qualité des services d'un avocat individuel – qui sont, par définition, des biens de confiance. Ils observent en revanche facilement l'appartenance à la profession. Chaque barreau dresse en effet chaque année le Tableau de l'Ordre, liste des avocats autorisés à exercer au sein du barreau (ou du TGI, puisque chaque barreau correspond à un TGI). En l'absence de toute information relative à la qualité d'un avocat en particulier, le consommateur a la possibilité de consulter le tableau de l'Ordre. Si la réputation collective de la profession est bonne, alors il choisit un avocat parmi le tableau. La réputation collective de la profession fonctionne alors pour le consommateur comme un indicateur de la réputation individuelle de l'avocat.

Section IV – Récapitulatif, résultats et conclusions

Notre approche de l'autorégulation de la profession d'avocat repose sur une hypothèse signalée dans la littérature économique sur les services professionnels, mais rarement exploitée par elle : une profession n'offre pas un bien standard sur le marché, mais un bien de confiance. Considérer pleinement cette hypothèse aboutit à sortir du simple débat entre

réglementation et déréglementation pour justifier un certain niveau d'autorégulation, ou d'autonomie, de la profession.

Nous obtenons plusieurs résultats, qui vont à l'encontre des conclusions classiques de l'analyse économique « standard » :

- *Résultat 1* : sur le marché laissé à lui-même, et en l'absence d'autorégulation de la qualité par la profession, seule la réputation individuelle de l'avocat est opérante. Elle conduit alors à une faible qualité des services sur le marché, puisque les services fournis par les avocats représentent des biens de confiance, dont la qualité n'est observable par le consommateur ni *ex ante* ni *ex post* – ou seulement très difficilement. Le marché seul n'est donc pas l'institution d'échange efficiente. Il en résulte que la déréglementation du marché des services fournis par les avocats laisserait ainsi le marché à ses défaillances, et aboutirait à la production de services de faible qualité, en l'absence de toute capacité de contrôle efficace de cette qualité par les consommateurs.
- *Résultat 2* : en revanche, si l'on introduit un groupe professionnel préoccupé par sa réputation collective, un équilibre de qualité haute (caractérisé par la production par les avocats de services de bonne qualité) peut être obtenu. En effet, une bonne réputation collective accroît la rente retirée par la profession de la vente de ses services.
- *Résultat 3* : la profession ne peut acquérir une bonne réputation collective, et ainsi maintenir une qualité élevée de services, qu'en réglementant elle-même l'entrée (et la sortie) de la profession. Un certain degré d'autorégulation est donc indispensable à la qualité des services des avocats.
- *Résultat 4* : l'autorégulation de la qualité des services produits par les avocats est en partie justifiée par la supériorité informationnelle de la profession sur le marché d'un bien de confiance : les professionnels sont capables d'observer la qualité du service produit à un coût moindre que les non-professionnels.
- *Résultat 5* : en l'absence d'autorégulation (sans ordre professionnel), la profession d'avocat ne peut développer une bonne réputation collective. Les avocats ne sont dans ce cas pas incités à fournir des services de bonne qualité.
- *Résultat 6* : l'autorégulation de la qualité par la profession mène certes à la captation d'une rente par les professionnels, mais elle a pour contrepartie positive un niveau élevé de qualité des services juridico-judiciaires bénéficiant à l'ensemble des consommateurs et la collectivité, au-delà du strict cercle des professionnels. Autrement dit, la rente perçue par la profession, dont la dénonciation est au fondement de la volonté de déréglementation du marché, est le prix à payer pour maintenir une bonne qualité de services.

En termes de politique juridique, l'autorégulation professionnelle des avocats est donc une condition de la production de services juridico-judiciaires de bonne qualité, dans une situation où les consommateurs ne sont pas capables d'estimer la qualité de ces services et où le contrôle de la qualité par un régulateur externe (externe à la profession) serait plus coûteux que celui exercé par une autorité de régulation interne. L'autorégulation, en tant que manifestation du pluralisme juridique, entendu ici comme la production de règles juridiques par plusieurs autorités – internes à la profession, externes – comporte donc des effets socialement bénéfiques dans le domaine des réglementations professionnelles.

REFERENCES

- Abel, R.L. (1989), "Between Market and State: The Legal Profession in Turmoil", *The Modern Law Review*, 52(3), pp. 285-325.
- Akerlof, G. (1970), "The Markets for Lemons: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, 84(3), pp. 488-500.
- Arnould, R.J., Friedland, T.S. (1977), "The Effect of Fee Schedules on the Legal Services Industry", *Journal of Human Resources*, 12(2), pp. 258-265.
- Benham, L., Benham, A. (1975), "Regulating through the Professions: a Perspective on Information Control", *Journal of Law and Economics*, 18, pp. 421-447.
- Bishop, W. (1989), "Regulating the Market for Legal Services in England: Enforced Separation of Function and Restrictions on Forms of Enterprise", *Modern Law Review*, 52, pp. 326-351.
- Commission européenne (2004), *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, COM(2004) 83.
- Chaserant, C., Harnay, S. (2010), « Déréglementer la profession d'avocat en France : les contradictions des analyses économiques », *Revue Internationale de Droit Economique*, 24(2), pp. 147-183.
- Darby, M.R., Karni, E. (1973), "Free Competition, and the Optimal Amount of Fraud", *Journal of Law and Economics*, 16, pp. 111-26.
- Dulleck, U., Kerschbamer, R. (2006). "On Doctors, Mechanics, and Computer Specialists: The Economics of Credence Goods", *Journal of Economic Literature*, 44(1), pp. 5-42.
- Favereau, O., Bessis, F., Bessy, C., Chaserant, C., Harnay, S., Karpik, L., Lazega, E. (2009), *Les avocats, entre ordre professionnel et ordre marchand*, Lextenso éditions, 222 p.
- Garoupa, N. (2006), "Regulation of Professions in the US and Europe: A Comparative Analysis", Communication, American Law and Economics Association Annual Meetings, <http://works.bepress.com/nunogaroupa/3>.
- Kay J.A., Vickers J. (1988), "Regulatory Reform in Britain", *Economic Policy*, 3(7), pp. 285-351.
- Karpik, L. (2007). *L'économie des singularités*, éditions Gallimard, 373 p.
- Lévêque, F. (2004), *Économie de la réglementation*, 2^e édition, La Découverte, coll. Repères.
- Lipsey, R.G., Lancaster, K. (1956). « The General Theory of Second Best », *The Review of Economic Studies*, 24(1), pp. 11-32.

- Love, J.H., Stephen, F.H. (1996), "Advertising, Price and Quality in Self-Regulating Professions: a Survey", *International Journal of the Economics of Business*, 3, pp. 227-247.
- MacLeod, W.B. (2007). "Reputations, relationships, and contract enforcement", *Journal of Economic Literature*, 45, pp. 595-628.
- Maks, J.A.H., Philipsen, N.J. (2005), "An Economic Analysis of the Regulation of Professions", in E. Crals & L. Vereeck (eds.), *The Regulation of Architects in Belgium and the Netherlands*, Leuven : Lannoo Campus.
- Miller, J. (1985), "The FTC and Voluntary Standards: Maximizing the Net Benefits of Self-Regulation", *The Cato Journal*, 4, pp. 897-903.
- Ogus, A. (1995), "Rethinking Self-Regulation", *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, pp. 97-108.
- Ogus, A. (1999). "Self-Regulation", in B. Bouckaert & G. De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Vol. V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 587-602.
- Posner, R.A. (1974), "Theories of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5, pp. 335-58.
- Peltzman, S. (1976), "Towards a More General Theory of Regulation", *Journal of Law and Economics*, 19, pp. 211-40.
- Quinn, J. (1982), "Multidisciplinary Services and Preventive Regulation", in R.M. Evans & M.J. Trebilcock (eds), *Lawyers and the Consumer Interest*, Butterworths.
- Shaked, A., Sutton, J. (1981), "The Self-Regulating Profession", *Review of Economic Studies*, 48(2), pp. 217-234.
- Stephen, F.H., Burns, C. (2007), "Liberalization of Legal Services", Institute for Law, Economy and Global Governance, School of Law, University of Manchester.
- Stephen, F.H., Love, J.H. (1999), "Regulation of the Legal Profession", in B. Bouckaert & G. De Geest (eds.), *Encyclopaedia of Law and Economics, Vol. III: The Regulation of Contracts*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 987-1017.
- Stigler, G.J. (1971), "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, pp. 3-21.
- Stigler, G.J., Friedland, C. (1962), "What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity", *Journal of Law and Economics*, 5, pp. 1-16.
- Trebilcock, M. (2001), "Regulating Legal Competence", *Canadian Business Law Journal*, 34, pp. 444-468.

Van den Bergh, R. (1993), “The European Internal Market in progress”, in M. Faure, J. Fisinger, J. Siegers & R. Van Den Bergh (eds.), *Regulation of Professions*, Antwerpen: Maklu.

Van den Bergh, R. (2007), “Mieux réglementer les professions juridiques”, in O.C.D.E., *Competitive Restrictions in Legal Professions*, DAF/COMP(2007) 39, pp. 73-136.

Van den Bergh, R. (2008), “Towards Better Regulation of the Legal Professions in the European Union”, Rotterdam: Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE) Working Paper Series, n° 2008/07.

Van den Bergh, R. Faure, M. (1991), “Self Regulation of the Professions in Belgium”, *International Review of Law and Economics*, 11, pp. 165-182.

ANALYSE 2

**HETEROGENEITE DES SERVICES DES AVOCATS ET
GOUVERNANCE DE LA PROFESSION D'AVOCAT :
UNE JUSTIFICATION DU PLURALISME JURIDIQUE SUR LE
MARCHE DES SERVICES JURIDIQUES**

Camille Chaserant et Sophie Harnay

Analyse 2 – Hétérogénéité des services des avocats et gouvernance de la profession d’avocat : une justification du pluralisme juridique sur le marché des services juridiques

L’analyse 1 a montré que l’autorégulation des services juridiques produits par les avocats est économiquement justifiée dans la mesure où elle favorise la production de services juridiques de bonne qualité, sur un marché où les asymétries informationnelles entre client et avocat sont susceptibles d’induire un fonctionnement inefficace du marché lorsque les services produits par les avocats présentent des caractéristiques de bien de confiance. En repartant de ce premier résultat justifiant une autorégulation, au moins partielle, de la profession d’avocat, l’analyse 2 de ce rapport de recherche développe l’idée selon laquelle différentes formes de régulation sont justifiées sur le marché des services juridiques, afin de tenir compte de l’hétérogénéité et de la diversité des services juridiques produits par les avocats. En d’autres termes, nous montrons que le pluralisme juridique constitue sur le marché des services juridiques une solution pour gérer efficacement l’hétérogénéité de ces services.

Ainsi, si l’autorégulation est justifiée pour les services juridiques caractérisables comme des biens de confiance, nous montrons qu’elle ne constitue pas le mode optimal de régulation pour l’ensemble des services juridiques. En particulier, les services juridiques possédant des caractéristiques de biens de recherche et d’expérience correspondent à des situations où les asymétries informationnelles entre client et avocat peuvent être gérées par certains mécanismes traditionnels de marché. Par exemple, dans certains cas, le mécanisme d’achats répétés ou la réputation individuelle des avocats sont suffisants pour informer les clients de la qualité réelle des services juridiques, qu’ils sont alors en mesure d’évaluer. Il n’est alors plus possible aux avocats de produire des prestations de faible qualité sans encourir de sanction de marché : évaluant, *ex ante* et/ou *ex post*, la faible qualité du service, les clients reportent leur demande vers des avocats offrant une qualité supérieure. Cette régulation de la qualité par un mécanisme de marché s’apparente alors à celle s’opérant sur les marchés de biens « traditionnels » où les caractéristiques des biens échangés sont facilement observables par les clients. Pour certains services juridiques, la réglementation n’apparaît donc pas justifiée. Nous montrons ainsi que, selon les caractéristiques et la nature des services juridiques, l’incitation des avocats à produire des services juridiques de qualité élevée peut être obtenue soit par le biais de mécanismes de marché, soit par le biais de réglementations.

Ce résultat met en évidence le besoin d’une approche pluraliste de la régulation du marché des services juridiques, articulant réglementations et dispositifs de marché. Il souligne

dès lors le caractère restrictif et partiel de la plupart des recommandations de politique économique, qui conçoivent en général les prestations juridiques comme un ensemble de services homogènes – ne distinguant, le cas échéant, qu’entre les acheteurs de ces services. En mobilisant les apports de l’économie des services et de l’économie du droit, nous montrons ainsi que les préconisations économiques justifiant la réglementation du marché des services juridiques s’appliquent exclusivement à un ensemble de services que nous nous attacherons à caractériser, tandis que les recommandations de déréglementation et d’ouverture à la concurrence sont pertinentes uniquement pour d’autres services, que nous définirons également.

Dans un premier temps, nous mettons en évidence l’hétérogénéité des services juridiques produits par les avocats et montrons que différents modes d’évaluation de la qualité par le client sont associés à différents types de services (I). Dans un deuxième temps, nous mettons en évidence l’échec de la plupart des analyses économiques théoriques et des recommandations politiques en matière de réglementation et déreglementation du marché des services juridiques à saisir l’hétérogénéité de ces services et à en tirer des conséquences (II). Dans un troisième temps, nous montrons que le pluralisme juridique peut s’analyser comme une solution pour gérer l’hétérogénéité des services juridiques (III). Le quatrième et dernier temps récapitule les principales conclusions et enseignements de l’analyse (IV).

Section I – Hétérogénéité des services juridiques et modes d’évaluation de la qualité

Les modes d’évaluation de la qualité par les consommateurs diffèrent selon les services juridiques considérés. Alors que l’analyse économique se concentre sur l’hétérogénéité des consommateurs sur le marché des services juridiques, notre analyse insiste au contraire sur l’hétérogénéité des services juridiques (1.1). Les services juridiques produits par les avocats peuvent ainsi s’analyser comme des biens de confiance (1.2), des biens de recherche (1.3) et des biens d’expérience (1.4), conditionnant les modes d’évaluation de la qualité mis en œuvre par les clients.

I.1. Hétérogénéité des services juridiques vs. hétérogénéité des consommateurs

L’analyse microéconomique distingue traditionnellement les marchés de biens et services homogènes et ceux des biens et services hétérogènes. Des biens différenciés se définissent comme des biens qui ne sont pas considérés comme identiques par l’ensemble des

consommateurs. On distingue alors les situations de différenciation horizontale de celles de différenciation verticale (Lancaster, 1966). Deux biens sont différenciés horizontalement lorsqu'ils sont vendus au même prix et que certains consommateurs préfèrent acheter un bien plutôt que l'autre, tandis que d'autres consommateurs effectuent le choix inverse. Dans ce cas, il n'existe pas de classement unanime des consommateurs, qui choisissent des biens différents selon leur goût ou leur subjectivité. Les biens sont différenciés verticalement lorsque, à prix identique, tous les consommateurs préfèrent l'un des biens à l'autre. La qualité est en général traitée comme une caractéristique verticale, les consommateurs préférant, à prix identique, un produit de bonne qualité à un produit de mauvaise qualité. Des différences qualitatives objectives entre produits justifient alors la préférence unanime des consommateurs. Leur choix final dépend néanmoins du prix de vente du bien. La coexistence de différents produits – et donc de différentes qualités – est donc justifiée par les différences de prix : certains consommateurs préfèrent ainsi une qualité faible obtenue à un prix faible, tandis que d'autres choisissent une qualité élevée obtenue à un prix plus élevé.

Afin d'effectuer son choix entre des produits différenciés, le consommateur doit acquérir de l'information sur les produits offerts. L'analyse microéconomique développe sur cette base une catégorisation des biens et services fondée sur le mode d'évaluation de la qualité par les consommateurs. Précisément, elle distingue trois types de biens, qui impliquent une capacité plus ou moins importante des consommateurs à acquérir de l'information sur leur qualité. Un bien de confiance se définit ainsi comme un bien pour lequel le consommateur ne peut évaluer la qualité ni *ex ante*, avant achat, ni *ex post*, après consommation (Darby et Karni, 1973)³⁶. Pour un bien de recherche, le consommateur peut observer la qualité avant l'achat, mais à un certain coût. Enfin, pour un bien d'expérience, le consommateur ne peut vérifier la qualité qu'après l'achat (Nelson, 1970).

L'analyse économique du droit considère en général les services juridiques produits par les avocats comme des biens de confiance. Elle justifie, sur ce fondement, la mise en place d'une réglementation de la profession d'avocat par l'ampleur des asymétries informationnelles entre client et avocat. Lorsqu'elle soutient la déréglementation du marché des services juridiques, elle fait l'hypothèse que les asymétries d'information entre client et avocat, résultant de la nature de bien de confiance de la prestation juridique, peuvent être résolues par des transferts informationnels entre certains clients informés et d'autres clients moins informés. Par exemple, parce qu'ils possèdent des services juridiques internes et/ou procèdent à l'achat régulier de services juridiques, les entreprises ou le secteur public disposent de moyens d'évaluation de la qualité des services juridiques supérieurs à ceux d'un particulier. De façon générale, les clients réguliers peuvent ainsi contribuer à l'information des clients occasionnels en leur transmettant de l'information sur la qualité du service qu'ils ont observée. Ils jouent de ce fait le rôle d'agent des clients particuliers, en assurant pour eux la mission de contrôle de la qualité des prestations fournies par les avocats sur le marché des services juridiques (Darby et Karni, 1973 ; Paterson *et al.*, 2003 ; Garoupa, 2004, Commission européenne, 2005 ; OCDE, 2007). Dans cette perspective, l'hétérogénéité des consommateurs

³⁶ La notion de bien de confiance a déjà été définie et utilisée dans l'analyse 1.

de services juridiques est donc la condition permettant d'obtenir des services de qualité sur le marché : la détection de la qualité faible étant assurée par les consommateurs informés, les avocats sont incités à produire des prestations de qualité élevée, pour le bénéfice de l'ensemble des consommateurs – informés et non informés.

Cette analyse présente cependant plusieurs limites.

- Premièrement, d'un pur point de vue empirique, la distinction entre consommateurs réguliers et consommateurs occasionnels reste floue et peu adaptée, notamment, à la situation des petites entreprises. La Commission européenne (2005, p. 4) est ainsi amenée à reconnaître que « la façon dont les petites entreprises entrent dans ce cadre est moins claire [que pour les ménages et les autres entreprises] » et qu'« une analyse économique approfondie est nécessaire pour examiner plus en détail leurs besoins ».
- Deuxièmement, l'efficacité des transferts d'information opérés des clients informés vers les clients non informés est tributaire d'une hypothèse d'homogénéité des besoins des deux types de consommateurs. Si cette condition n'est pas satisfaite, et si les demandes des uns et des autres diffèrent, l'information sur la qualité transmise par les clients informés n'est pas pertinente pour les clients non informés, qui ne bénéficient donc pas d'externalités positives associées au contrôle exercé par les premiers sur la qualité des services juridiques fournis par les avocats. Ceux-ci n'ont alors pas d'incitation à fournir des services de qualité à la partie de leur clientèle non informée. Or, dans la réalité, les consommateurs réguliers – en particulier, les entreprises – et les consommateurs occasionnels – les ménages – ne partagent pas des besoins identiques. Le contrôle de la qualité des services juridiques effectué par les premiers au bénéfice des seconds pourrait donc être insuffisant et inefficace.
- Troisièmement, l'analyse évacue, selon nous, l'hétérogénéité même des services juridiques. En mettant l'accent sur les capacités différentielles des clients à contrôler la qualité des services juridiques, elle néglige le fait que, pour *l'ensemble* des clients, il est possible d'évaluer la qualité de *certain*s services juridiques, tandis que cette évaluation est impossible pour d'autres services.

Compte tenu de ces différentes limites, nous proposons de substituer l'hypothèse d'hétérogénéité des services juridiques à celle d'hétérogénéité des clients. Tous les services juridiques ne peuvent en effet pas être considérés comme des biens de confiance ou comme des biens standards. Si c'est bien le cas de certains d'entre eux, d'autres s'analysent plutôt comme des biens d'expérience ou de recherche. Dans ce qui suit, nous mettons en évidence l'hétérogénéité des services juridiques produits par les avocats. La catégorisation que nous

opérons entre biens de confiance, biens de recherche et biens d'expérience permet de faire apparaître la diversité des modes d'évaluation de la qualité, qui dépend ainsi du type de service acheté et non du type de client.

I.2. Les services juridiques possédant des caractéristiques de bien de confiance

Certains services juridiques produits par les avocats s'analysent comme des biens de confiance. L'incapacité des clients à évaluer la qualité des services qu'ils achètent, *ex ante* et *ex post*, provient principalement du caractère unique de l'achat de certaines prestations juridiques (i), de leur complexité (ii) et de leur caractère exclusif (iii).

- (i) Premièrement, l'incapacité des clients à évaluer la qualité des services juridiques résulte fréquemment du caractère unique de l'achat du service juridique, ce dernier étant, la plupart du temps, associé à un événement isolé dans la vie privée ou économique des clients. Ainsi, un accident, une faillite, ou encore un litige de nature industrielle ou commerciale, constituent rarement des événements répétés pour un individu. De ce fait, sans expérience préalable du service, le client n'est pas en mesure de comparer la qualité du service que lui fournit son avocat à l'occasion de l'événement considéré avec la qualité d'un service similaire qu'il aurait eu la possibilité de consommer antérieurement ou, alternativement, avec celle d'un service qu'il pourrait consommer ultérieurement. Alors que la répétition de l'achat joue traditionnellement dans le sens d'une information accrue du consommateur, le caractère souvent unique de l'achat du service juridique empêche un contrôle de la qualité par le client sous la forme d'une comparaison intertemporelle des niveaux de qualité associés aux services consommés.
- (ii) Deuxièmement, l'incertitude du client sur la qualité peut également résulter de la complexité du service produit par l'avocat. Cette complexité requiert d'une part la mise en œuvre par l'avocat d'une certaine expertise juridique, constituée de savoirs juridiques objectifs indispensables à la production du service. Or cette expertise est rarement partagée par le client et l'asymétrie dans la détention des savoirs juridiques justifie l'achat de services à l'avocat : manifestement, un client possédant l'expertise juridique nécessaire à la production du service juridique n'aurait qu'un intérêt limité à recourir à un avocat. Aussi, à moins d'accepter de supporter le coût élevé, voire prohibitif, d'un investissement personnel en expertise juridique le client n'est-il en mesure ni d'apprécier *ex ante* la qualité du service juridique, ni de la contrôler de façon effective *ex post* en présence d'un service fortement complexe. D'autre part, la complexité des services juridiques nécessite la maîtrise par l'avocat de connaissances tacites (Polanyi, 1966), non exprimables en dehors

de l'action de celui qui les détient. Pour l'avocat, il s'agit ainsi de savoirs non objectivés, passant par exemple « par le choix des tactiques heureuses, par la conclusion d'alliances, par l'anticipation des mouvements de l'adversaire » et relevant donc « de l'art stratégique » (Karpik, 1989, p. 198). Ces savoir-faire, « qui commandent le contrôle des circuits judiciaires, les relations personnelles avec les juges, les experts, les huissiers, le greffe, etc., tout ce qui concrètement permet de faire avancer sûrement (ou plus sûrement) une affaire vers son dénouement » (*Ibid.*) ne sont pas observables par le client – et encore moins maîtrisables – même à coût élevé³⁷. L'asymétrie de la relation entre client et avocat tient ici particulièrement à l'extériorité des clients par rapport au monde professionnel de la justice et à l'institution judiciaire. Par suite, le client n'est ni en mesure de contrôler la qualité des *inputs* dans la fonction de production du service judiciaire (la qualité du capital humain de l'avocat, formel et informel, sous la forme respectivement de son expertise juridique proprement dite et de ses savoir-faire), ni la qualité de l'*output* (le service proprement dit). Au final, une conséquence de l'inaptitude du client à évaluer les différentes dimensions de la qualité d'un service juridique complexe est son incapacité à 1°) transmettre de l'information sur cette qualité à d'autres consommateurs 2°) utiliser pour son compte des informations transmises par d'autres. La complexité du service juridique produit donc le même effet que le caractère unique de l'achat du service juridique : la faible portée informative des transferts d'informations entre clients. Le bon ou mauvais résultat obtenu par l'avocat ne pouvant être imputé avec certitude à ses compétences et à son effort, l'information transmise sur la qualité du service est faiblement informative pour les autres consommateurs.

- (iii) Troisièmement, le service produit par l'avocat se caractérise par son exclusivité. Il n'est en effet produit qu'après expression de la demande du client. La production d'un service particulier est alors réalisée par l'avocat pour satisfaire cette demande particulière, en tenant compte des spécificités de celle-ci. Le client participe dès lors à la production du service juridique. Il intervient en effet dans la réalisation de l'offre de services juridiques aux stades de la co-conception (ou co-création) et co-production du service³⁸. Au stade de la co-conception du service, il s'agit ainsi pour le client et l'avocat d'identifier et définir l'offre à mettre en place, ainsi que d'en déterminer le degré de

³⁷ Cette dimension informelle et personnelle de l'activité des avocats est documentée dans les travaux sociologiques sur la profession d'avocat. Voir par exemple Karpik (1989) et Lazega (2001).

³⁸ La participation du client à la conception et à la production du service est l'une des caractéristiques essentielles de la relation de service et du processus de servuction, par opposition à la logique industrielle de production des biens. Ainsi, selon Gadrey (2003, p. 17), « le processus de production ou prestation suppose une proximité et une interaction étroites entre prestataire et client ou usager (Fuchs, 1968), pouvant aller jusqu'à la co-production du résultat ».

personnalisation³⁹. Au stade de la co-production du service, ce dernier est produit de façon conjointe par le client et l'avocat⁴⁰. En conséquence de ce processus de production propre aux services – radicalement ignoré par l'analyse économique du marché des services (*sic*) juridiques – le service juridique se caractérise par son exclusivité. Celle-ci implique que la qualité du service juridique fourni par un avocat à un client particulier peut n'être que faiblement corrélée à celle de la prestation fournie par ce même avocat à un autre client. Outre qu'elle dépend de l'état de la nature (*i.e.* des conditions plus ou moins favorables ou défavorables dans lesquelles l'action de l'avocat prend place, liées par exemple à la difficulté de l'affaire qu'il a en charge, à la qualité de la partie adverse, *etc.*), la qualité d'un service juridique dépend de la qualité de la participation du client. Au final, la dimension personnalisée et exclusive du service juridique réduit la valeur de l'information sur la qualité associée à un service particulier pour les autres consommateurs. Même sous l'hypothèse d'un client individuellement capable d'évaluer la qualité du service juridique produit par son avocat, l'information qu'il peut transmettre à d'autres clients a toutes les chances d'être faiblement informative pour ces derniers.

En définitive, constituent des biens de confiance les services juridiques fournis par les avocats qui présentent un caractère i) unique, rendant impossible les comparaisons qualitatives par un même consommateur dans le temps, ii) complexe, mobilisant l'expertise juridique et des connaissances tacites de l'avocat iii) exclusif et personnel. Ces caractéristiques réduisent en effet la capacité des clients à s'informer avant et après achat sur la qualité. Dans ce cadre, les transferts d'information entre consommateurs n'ont qu'une efficacité limitée pour inciter les avocats à produire des services juridiques de qualité.

Cependant, tous les services juridiques ne constituent pas des biens de confiance. Certains d'entre eux présentent des caractéristiques de biens de recherche et d'expérience.

³⁹ Cela signifie en d'autres termes que le client intervient dans la phase de diagnostic identifiée dans l'analyse 1.

⁴⁰ On pourrait considérer que la participation du client à la conception et à la production du service est de nature à réduire l'étendue des asymétries informationnelles entre client et avocat : partie prenante à la servuction, le client serait plus à même d'évaluer la qualité de l'avocat *ex ante* et de la contrôler *ex post*. Pour autant, la participation du client ne réduit pas nécessairement l'asymétrie d'information entre celui-ci et l'avocat. Elle n'implique en effet pas de symétrie des rôles dans le processus de production du service – en particulier, l'avocat reste doté d'une expertise juridique et de savoir-faire supérieurs à ceux du client. La participation du client au processus de production du service juridique contribue en revanche à réduire l'asymétrie informationnelle entre avocat et client, au bénéfice du premier. En effet, lorsqu'un client recourt à un avocat, ce dernier doit s'informer sur le client et l'espèce. La participation du client, notamment au stade de la co-conception, facilite l'information de l'avocat.

I.3. Les services juridiques possédant des caractéristiques de bien de recherche

Certains services juridiques peuvent s'analyser comme des biens de recherche. Ces derniers se définissent en effet comme des biens pour lesquels les consommateurs sont supposés capables d'évaluer la qualité *ex ante*, avant achat, à travers un processus de recherche (Nelson, 1970). La question principale à laquelle le consommateur se trouve confronté concerne dans ce cas la sélection à opérer entre différents biens, en fonction de leurs caractéristiques (ou de leur qualité), supposées observables par le consommateur, et compte tenu de la diversité de l'offre. Par exemple, si la qualité d'un produit recherchée par un consommateur est réductible à sa couleur ou à son prix, celle-ci peut être identifiée par le consommateur avant l'achat. Le vendeur n'est alors pas en mesure de duper sur la qualité réelle du produit. L'acquisition d'information par le consommateur s'effectue donc facilement par le biais d'un processus de recherche.

Concernant les biens de recherche, Nelson (1970, p. 312) remarque ainsi que le processus de recherche d'information sur la qualité par le consommateur ne diffère pas en substance de la recherche d'information sur le prix. En l'occurrence, « un consommateur essayant un vêtement est différent d'un consommateur déterminant le prix d'un vêtement uniquement parce que le temps nécessaire à l'essai du vêtement est plus long » (*Ibid.*). Nelson suppose que « les consommateurs savent déjà où ils peuvent acquérir chacune des options qui leur sont proposées. Leur problème informationnel est donc d'évaluer l'utilité associée à chaque option » (*Ibid.*). Le processus de recherche consiste alors en « toute manière d'évaluer ces options, avec deux restrictions : (1) le consommateur doit examiner l'option (2) cet examen doit se faire préalablement à l'achat » (*Ibid.*).

Parmi la gamme des services juridiques produits par les avocats, certains entrent dans la catégorie définie par Nelson (1970), leur qualité étant susceptible de faire l'objet d'un processus de recherche de la part des consommateurs. Il s'agit, pour l'essentiel, de services peu complexes, requérant peu d'expertise juridique ou de savoir-faire spécifique de la part de l'avocat, et de services fortement standardisés, pour lesquels la composante personnelle et individualisée du service est réduite. De ce fait, à la différence des services possédant des caractéristiques de bien de confiance, les services présentant des caractéristiques de bien de recherche varient peu d'un client à l'autre : si par exemple la qualité principale recherchée par les clients réside dans le prix ou la localisation du service juridique, alors le prix ou la localisation sont identiques, quel que soit le client. Dans les deux cas, une évaluation précise de la qualité par le client est possible *ex ante* : l'information sur la qualité du service est partagée par le client et l'avocat et cette symétrie informationnelle rend possible l'évaluation de la qualité du service par le consommateur. L'avocat n'est donc pas en mesure d'adopter un comportement opportuniste de tromperie sur la qualité, puisque celle-ci est observable par le client à l'issue d'un processus de recherche.

De plus, pour une telle définition de la qualité (*i.e.*, de la caractéristique recherchée par le client), l'identité et les caractéristiques personnelles de l'avocat (son expertise, ses savoir-faire) n'importent pas, à qualité égale. Dans cette perspective, les services juridiques de routine (« routine legal services »), définis comme des biens dont la qualité est identique quel que soit le professionnel les produisant (suivant la définition de Cox, DeSerpa, Canby, 1982), constituent des biens de recherche⁴¹. Par exemple, dans des affaires « simples », de type divorce par consentement mutuel, non seulement les clients sont en général capables d'évaluer la qualité du service de leur avocat au moment où ils recourent à ses services, mais son identité peut en outre être de peu d'importance. En effet, en l'absence de désaccord entre les époux, l'avocat ne joue qu'un rôle limité : dès lors que les époux se sont entendus sur le divorce et ses effets (partage des biens, autorité parentale, pension alimentaire...), son rôle se limite à la rédaction, avec les époux, d'une convention réglant les conséquences pratiques du divorce et au dépôt de la requête en divorce au secrétariat-greffe du tribunal de grande instance. L'incertitude des clients sur la qualité du service est donc réduite et peut être appréhendée facilement *ex ante*, dans le cadre d'un processus de recherche. De la même façon, pour des formalités juridiques de base, de type rédaction d'actes « simples », le client peut évaluer la qualité de la prestation juridique avant achat. Enfin, le développement d'une offre de prestations juridiques standardisées faisant massivement appel aux technologies de l'information et de la communication processus de recherche – services juridiques en ligne – repose également, implicitement, sur une conception des services juridiques comme biens de recherche.

Par conséquent, pour des services juridiques présentant des caractéristiques de bien de recherche, l'information sur la qualité mobilisable par les clients dans le processus de recherche peut être valablement transférée entre consommateurs. En effet, pour un service peu complexe ou standardisé, les évaluations de la qualité réalisées par des consommateurs dotés de préférences similaires sont corrélées entre elles. Pour de tels services, l'évaluation par un client particulier de la qualité de la prestation d'un avocat est donc informative pour l'ensemble des clients potentiels de ce dernier, et non pas uniquement pour le consommateur direct du service. Les transferts d'information entre consommateurs sont donc utiles dans le processus de recherche de ces derniers. Ils ne constituent néanmoins pas l'unique source d'information des consommateurs. En effet, pour des biens de recherche, le problème principal des consommateurs est de localiser le meilleur produit sur le marché, en fonction de la qualité (des caractéristiques) qu'ils souhaitent acquérir. Les vendeurs peuvent donc avoir un intérêt à organiser eux-mêmes la transmission d'information sur l'offre disponible aux acheteurs potentiels. La publicité, notamment, remplit ce rôle d'information⁴². Cette

⁴¹ Dans la pratique, cela n'implique évidemment pas l'équivalence entre avocats ou leur interchangeabilité. En effet, même des prestations juridiques apparemment très simples et standardisées peuvent donner lieu à des différences portant sur certaines dimensions de la qualité entre avocats. Lorsque celles-ci sont facilement appréhendables par les clients, parce qu'elles concernent par exemple le respect des délais, la communication de pièces, la plus ou moins grande facilité à être joint téléphoniquement, les services juridiques concernés constituent des biens de recherche – ou éventuellement d'expérience (voir *infra*).

⁴² De façon générale, en présence de biens de recherche, les offreurs ont un intérêt à transmettre de l'information aux consommateurs. Les mécanismes de garantie constituent un instrument alternatif à la publicité permettant

information peut porter, par exemple, sur l'existence même des vendeurs. Ainsi que le notait déjà Stigler (1961, p. 220), « l'identification des vendeurs est nécessaire parce que l'identité des vendeurs change avec le temps, et surtout en raison du turnover des acheteurs. Sur chaque marché, il y aura un flux de nouveaux acheteurs [...] en demande de connaissance des vendeurs et, de plus, il sera nécessaire de rafraîchir la connaissance des acheteurs peu fréquents ». Dans cette perspective, la publicité permet aux offreurs de se faire connaître : pour des services juridiques possédant des caractéristiques de bien de recherche, les annuaires professionnels facilitent ainsi l'identification des avocats par les clients et réduisent donc les coûts de recherche supportés par ces derniers⁴³. L'autorisation progressive de certaines formes de publicité par les barreaux peut s'analyser en ce sens. La publicité sur les prix – interdite en France mais pratiquée notamment par certaines « cliniques du droit » américaines – participe de la même logique d'information du consommateur au cours du processus de recherche.

I.4. Les services juridiques possédant des caractéristiques de bien d'expérience

Certains services juridiques appartiennent enfin à la catégorie des biens d'expérience, ces derniers se définissant comme des biens dont la qualité peut être appréciée par les consommateurs uniquement après consommation (Nelson, 1970)⁴⁴. Dans ce cas, comme pour les biens de confiance, il existe une asymétrie d'information sur la qualité du service fourni par le vendeur, ouvrant la voie à de possibles comportements opportunistes de la part des vendeurs : en présence de clients capables d'évaluer la qualité du service juridique uniquement *ex post*, certains avocats peuvent être tentés de fournir une prestation de qualité

cette transmission d'information. Selon Tirole (1993, p. 210), les biens garantis sont assimilables à des biens de recherche, même si la qualité intrinsèque n'est pas connue des acheteurs. En effet, lorsqu'un offreur propose une garantie complète pour un bien (c'est-à-dire un dédommagement complet en cas de différence entre la qualité réelle du bien et celle annoncée par le vendeur), il n'existe plus véritablement de problème d'asymétrie informationnelle sur la qualité, car la garantie signale au consommateur la bonne qualité du produit. En d'autres termes, la garantie *ex post* se substitue à l'information *ex ante* du consommateur. A l'inverse, lorsque le vendeur ne propose qu'une garantie incomplète, les consommateurs peuvent en déduire que le produit est de mauvaise qualité – expliquant de ce fait que le producteur rechigne à offrir une garantie complète, coûteuse pour lui en cas de produit de mauvaise qualité.

⁴³ Par exemple, pour un bien de recherche de type divorce par consentement mutuel (*cf. supra*), le site internet service-public.fr, site officiel de l'administration française, propose un renvoi direct vers le site du Conseil national des Barreaux (C.N.B.) pour trouver un avocat. Le critère de recherche proposé est alors celui de la localisation géographique, par barreau. D'autres annuaires de la profession sont également proposés sur le site du C.N.B., à savoir l'annuaire des avocats francophones, annuaire des barreaux et l'annuaire des associations. S'ils permettent la sélection d'un avocat pour des services essentiellement simples et standardisés, d'autres canaux informationnels sont mobilisés dès lors que le service juridique recherché est plus complexe.

⁴⁴ Notons cependant que la frontière entre les biens d'expérience et de confiance peut parfois être floue, notamment lorsque les consommateurs sont capables de découvrir la qualité réelle d'un bien uniquement après un certain laps de temps.

sous-optimale. Cependant, pour les biens d'expérience, et à la différence des biens de confiance, la possibilité d'une évaluation par le consommateur des conséquences de l'action inadaptée ou du niveau d'effort insuffisant de l'offreur fait peser une menace de sanction sur ce dernier. Par exemple, dans le domaine médical, la persistance de symptômes après que le patient a reçu un traitement peut conduire celui-ci à consulter un autre médecin, s'il soupçonne que cette situation est la conséquence d'un diagnostic erroné ou d'un traitement inadapté. En ce sens, « l'expérience » du consommateur lui permet de détecter le comportement opportuniste du vendeur après l'achat et, le cas échéant, de le sanctionner.

Pour certains services juridiques produits par les avocats, le client est capable d'apprécier *ex post* la qualité du service fourni. Par exemple, le fait que l'avocat n'effectue pas certaines démarches demandées par le client, ou commette des erreurs de procédure, en laissant passer un délai, est observable par le client *ex post*. Si ce dernier observe la faible qualité de la prestation juridique, il peut non seulement changer d'avocat, mais également engager la responsabilité civile professionnelle de l'avocat fautif⁴⁵. Dans les deux cas, une sanction – sanction de marché ou juridique – est exercée contre l'avocat défaillant.

Par ailleurs, le client est également en mesure d'apprécier la qualité *ex post* dans les situations où il procède à des achats répétés de services juridiques. Dans ce cas, en supposant que l'avocat choisit de maintenir un niveau de qualité inchangé sur l'ensemble des périodes considérées, l'évaluation *ex post* de la qualité du service consommé à une période donnée renseigne le client sur la qualité qu'il obtiendra à la période suivante : la qualité actuelle fonctionne donc comme un signal de la qualité future. Dès lors, l'observation par le client d'un faible niveau de qualité associé au service consommé à une période donnée se traduit, aux périodes suivantes, par un report de ses achats vers les offreurs concurrents. Au contraire, l'observation d'une qualité élevée entraîne le recours au même avocat dans le futur. Une sanction de marché s'applique donc aux prestataires de services de faible qualité. Par exemple, la qualité des conseils prodigués par un avocat fiscaliste peut être évaluée par l'entreprise ou le particulier qui les achète, sous la forme du montant d'impôt acquitté, de la présence ou non d'un redressement fiscal, de l'impact financier – directement observable – des conseils. Selon le résultat qu'il observe, le client est donc susceptible, l'année suivante, de répéter ou non son achat auprès du même avocat. En situation d'achats répétés, les vendeurs sont ainsi incités à offrir des services de bonne qualité (Nelson, 1974), dès lors que cette dernière engendre des achats futurs. L'inscription de l'échange dans le temps et la perspective d'achats réguliers de la part des consommateurs conduisent à la construction d'une réputation individuelle de l'avocat qui se traduit pour lui par des opportunités de gains ultérieures⁴⁶.

Les achats répétés peuvent avoir un effet sur la qualité même s'ils ne sont pas réalisés par le même consommateur. Ainsi, lorsque les services juridiques présentent des caractéristiques de biens d'expérience, les clients peuvent échanger entre eux des informations sur la qualité des services qu'ils ont observée aux périodes précédentes. En effet,

⁴⁵ On se reportera à l'analyse 3 du rapport pour de plus amples développements à ce sujet.

⁴⁶ La question de la réputation individuelle est également développée dans l'analyse 1.

pour des services juridiques similaires, les transferts d'information entre consommateurs sont informatifs. En particulier, pour certains services relativement standardisés, faiblement personnalisés, et pour lesquels les demandes des clients sont homogènes, les évaluations de la qualité peuvent varier peu entre différents clients. Ces derniers peuvent donc comparer leurs besoins et évaluations de la qualité des services consommés précédemment, et fonder leurs décisions présentes d'achat sur l'information accumulée et transmise par les autres. En particulier, des clients occasionnels – c'est-à-dire ne procédant pas à des achats répétés auprès d'un même avocat – peuvent obtenir de l'information pertinente sur la qualité des services d'un avocat en se référant à l'observation de la qualité qu'il a fournie à d'autres clients – éventuellement, des clients réguliers – ayant acheté auprès de cet avocat des services *similaires* dans le passé. Pour les services juridiques possédant des attributs de biens d'expérience, les transferts d'information sur la qualité empruntent essentiellement la voie du bouche à oreille, des recommandations par les autres clients et/ou avocats (Kim, 2009), des réseaux informels (Karpik, 1989), des noms de marques, ou encore des classements et « rankings », qui peuvent s'interpréter comme la mise en forme rationnelle de la qualité observée des consommations passées.

En présence de services juridiques présentant des caractéristiques de bien d'expérience, la réputation individuelle de chaque avocat, bâtie sur la base de la qualité observée pour les prestations qu'il a produites par le passé, constitue donc un élément d'information essentiel pour les clients. Parce qu'elle permet d'attirer des clients, une bonne réputation est donc valorisée par l'avocat individuellement, tandis qu'une mauvaise réputation se traduit par une perte de clientèle et de revenus. Au final, si les clients sont capables d'évaluer *ex post* la qualité des services juridiques qu'ils ont consommés, l'anticipation de la non-répétition des achats en cas d'observation d'une qualité faible, ou la crainte d'une mauvaise réputation conduisant à une moindre clientèle sur les périodes futures, décourage l'avocat d'adopter des comportements opportunistes nuisibles aux intérêts des clients et conduisant à des services de mauvaise qualité (Klein et Leffler, 1981). La régulation de la qualité s'obtient alors par le biais d'un mécanisme de marché « traditionnel » : la répétition des achats.

Le marché des services juridiques produits par les avocats se caractérise ainsi par leur diversité et leur hétérogénéité. Alors que l'analyse économique de ce marché conçoit de manière générale ces derniers comme un ensemble homogène, nous soulignons au contraire les différents modes d'évaluation de la qualité coexistant sur ce marché, en fonction des différentes caractéristiques des prestations juridiques. La section suivante met en évidence l'échec de la plupart des travaux économiques standards – qu'ils soient plutôt favorables à la réglementation du marché ou à sa déréglementation – à prendre en compte l'hétérogénéité des services juridiques et leur inadaption, de ce fait, à développer une vision pragmatique de la régulation du marché des services juridiques intégrant cette diversité.

Section II – La difficile prise en compte de l’hétérogénéité des services juridiques dans le débat sur la régulation du marché

La section précédente soulignait l’hétérogénéité des services juridiques produits par les avocats. Or la plupart des analyses économiques théoriques et des recommandations politiques en matière de réglementation et déreglementation du marché des services juridiques échouent à saisir cette hétérogénéité et à en tirer des conséquences. En effet, de façon générale, elles s’appliquent indistinctement à l’ensemble des services juridiques, recommandant de réglementer ou déreglementer *tous* les services juridiques.

Ainsi, selon l’approche économique de la réglementation en termes d’intérêt public (*public interest regulation*), les défaillances du marché des services juridiques justifient sans exception la réglementation des services juridiques⁴⁷. Les asymétries d’information entre client et avocat sont en effet supposées affecter indistinctement *tous* les services juridiques. Dès lors, quel que soit le service fourni par l’avocat à son client – et donc l’ampleur de l’asymétrie informationnelle caractérisant leur relation, l’avocat est supposé capable de duper sur la qualité de sa prestation. Dans tous les cas, le client est vu comme vulnérable et incapable d’exercer le moindre contrôle sur son avocat, ce dernier possédant systématiquement une information supérieure. Dans cette perspective, l’asymétrie informationnelle sur la qualité est considérée comme affectant de la même façon l’ensemble des services juridiques, qu’il s’agisse de services simples et fortement standardisés ou de services plus complexes faisant appel à l’expertise et au savoir-faire spécifiques de l’avocat. Aucune distinction n’est faite, à cet égard, entre les services juridiques présentant des caractéristiques de bien de recherche ou d’expérience et les services analysables comme des biens de confiance. Pour les uns et les autres, la réglementation du marché est jugée nécessaire pour garantir la qualité des prestations juridiques et empêcher que les avocats ne tirent parti de leur information privilégiée à l’encontre des intérêts du client. *A contrario*, les mécanismes de marché – recherche d’information par le client par « inspection » des services proposés sur le marché, acquisition d’information à travers la réputation individuelle des avocats... – ne sont pas envisagés comme solutions à une défaillance de marché – l’asymétrie informationnelle – supposée affecter pour l’ensemble des services juridiques, « en bloc »⁴⁸.

⁴⁷ Les principaux apports de l’analyse économique de la réglementation en termes d’intérêt public ont été résumés dans l’introduction du rapport. On peut également se reporter à Chaserant et Harnay (2010a, 2010b).

⁴⁸ Rappelons que l’asymétrie d’information entre le client et l’avocat ne constitue pas la seule défaillance du marché des services juridiques. D’autres défaillances de marché, liées notamment aux externalités associées à la décision judiciaire ou au fait que la justice présente des caractéristiques de bien public, justifient également la réglementation du marché des services juridiques. Aussi, une réglementation qui ne serait pas justifiée par l’argument des asymétries informationnelles entre client et avocat pourrait-elle l’être par l’existence d’autres formes de défaillances de marché.

Les recommandations favorables à une réglementation globale des services juridiques produits par les avocats se concentrent donc – implicitement ou explicitement – sur les services juridiques présentant des caractéristiques de bien de confiance, pour lesquels la mise en place de réglementations professionnelles s’explique par l’inefficacité des sanctions de marché applicables aux producteurs de services juridiques de faible qualité⁴⁹. Elles ignorent donc que, pour certains services juridiques présentant des caractéristiques de biens de recherche et d’expérience, la qualité peut être contrôlée par d’autres moyens que l’instrument réglementaire.

A l’opposé, suivant l’approche économique de la réglementation en termes d’intérêts privés (*private interest regulation*), la suppression de l’ensemble des réglementations du marché des services juridiques, pour *l’ensemble* de ces services, est supposée promouvoir l’efficacité économique et le bien-être social⁵⁰.

D’une part, rappelons que les réglementations sont, dans leur ensemble, considérées réduire la concurrence et comme essentiellement destinées à la protection des intérêts du groupe professionnel constitué par les avocats. Par exemple, la réglementation des conditions d’accès à la profession – notamment les règles organisant le monopole de la profession sur certains services (comme la représentation en justice dans certains tribunaux ou la plaidoirie) – érigent des barrières à l’entrée à l’entrée du marché des services juridiques et sont donc restrictives de concurrence. De la même façon, les règles professionnelles encadrant la fixation des honoraires des avocats (qui contredisent la liberté des prix), la réglementation en matière de publicité personnelle (qui nuit à la transparence de l’information), ou encore les règles concernant les structures d’exercice (qui freinent l’accroissement du capital et donc de la taille des cabinets) emportent des effets anticoncurrentiels nuisibles au bien-être des consommateurs. Comme dans l’approche de la *public interest regulation*, les réglementations sur le marché des services juridiques sont donc analysées en bloc, dans leur ensemble, et supposées produire des effets théoriques univoques, quelle que soit la réglementation considérée.

D’autre part, les préconisations favorables à la déréglementation sont considérées s’appliquer à *l’ensemble* des services juridiques produits par les avocats, quelles que soient les caractéristiques des services juridiques concernés. Dans tous les cas, le marché déréglementé est vu comme conduisant à une solution efficace. Les différents mécanismes de marché – processus de recherche par le consommateur de services juridiques, achat répété, réputation individuelle de l’avocat... – sont considérés comme suffisants pour inciter les avocats à produire des services de bonne qualité, quels que soient les modes d’évaluation de la qualité à

⁴⁹ Les analyses économiques fondées sur l’idée de réglementation d’intérêt public mentionnent en général la notion de bien de confiance des services juridiques pour justifier leur réglementation. Pour autant, elles semblent considérer que l’ensemble des services juridiques appartient à cette catégorie et ne proposent aucune discussion de leur possible hétérogénéité. Ce faisant, elles évacuent donc la possibilité d’une diversité régulatoire et juridique qui découlerait de l’hétérogénéité des services juridiques.

⁵⁰ Les principaux apports de l’analyse économique de la réglementation en termes d’intérêts privés ont été résumés dans l’introduction du rapport. Voir également Chaserant et Harnay (2010a, 2010b).

la disposition des clients. En particulier, les risques de sélection adverse et de risque moral frappant les consommateurs non informés sont censés pouvoir être gérés efficacement par le marché – notamment par un transfert d’information de la part des consommateurs informés, pour tous les services juridiques⁵¹. Les réglementations sont dans ce cadre inutiles. La possibilité qu’elles remplissent une mission de protection du client en présence d’asymétries informationnelles non surmontables par les mécanismes de marché traditionnels n’est donc pas prise en compte.

Les recommandations favorables à la déréglementation de l’ensemble des services juridiques produits par les avocats font donc implicitement l’hypothèse de services juridiques homogènes, dont la qualité peut être assurée par les mécanismes traditionnels de marché. En d’autres termes, elles se concentrent sur les services juridiques présentant des caractéristiques de bien de recherche et d’expérience, et laissent de côté les services possédant des caractéristiques de bien de confiance, pour lesquels nous avons montré que ces mécanismes marchands sont insuffisants. On peut par conséquent s’attendre à ce qu’une déréglementation du marché touchant l’ensemble des services juridiques conduise, pour les biens de confiance, à la production de services d’une qualité insuffisante – voire à la disparition du marché pour ces services, en conséquence d’une situation de sélection adverse⁵². En effet, la déréglementation du marché rend ce dernier à sa situation de défaillance initiale. Alors que la réglementation se justifiait originellement par l’existence d’une information asymétrique entre avocats et clients, les recommandations favorables à la déréglementation mettent l’accent sur l’inefficacité associée à la réglementation, et non sur l’inefficacité « initiale » résultant de la défaillance du marché. En prescrivant de déréglementer le marché des services juridiques, elles supposent donc implicitement que l’inefficacité résultant des défaillances de marché est moins coûteuse que celle découlant des réglementations, et préférable à la seconde – ou plus supportable⁵³. En définitive, de même que les analyses fondées sur la *public interest regulation* se concentraient sur les services juridiques possédant des caractéristiques de biens de confiance, à l’exclusion de ceux présentant des attributs de biens d’expérience et de recherche, les recommandations fondées sur la *private interest regulation* ignorent elles-aussi l’hétérogénéité des services juridiques et préconisent des recommandations valables uniquement pour certains segments du marché.

Au final, les approches économiques du marché des services juridiques conçoivent les services juridiques comme des biens homogènes. L’adoption de cette hypothèse d’homogénéité rend possible des recommandations politiques d’ordre général supposées

⁵¹ Nous avons montré dans la sous-section I.1 que les transferts d’information entre consommateurs hétérogènes ne sont pas une solution aux problèmes posés par l’hétérogénéité des services juridiques.

⁵² Le mécanisme de la sélection adverse a été présenté *supra*.

⁵³ La déréglementation et l’ouverture à la concurrence se sont, sur la plupart des marchés, accompagnées d’une réflexion globale sur les nouveaux modes de régulation de ces marchés. Pour le marché des services juridiques, l’analyse économique reste pour le moins limitée.

s'appliquer à l'ensemble des services juridiques. D'un côté, l'analyse des réglementations en termes d'intérêt public justifie alors de réglementer *l'ensemble* des services juridiques produits par les avocats, en faisant l'hypothèse qu'ils sont indistinctement affectés par des situations de défaillances de marché. De l'autre, l'analyse des réglementations en termes d'intérêts privés justifie la déréglementation de *l'ensemble* des services juridiques par les inefficacités des réglementations anticoncurrentielles. Dans les deux cas, l'hétérogénéité des services juridiques n'est pas considérée et d'éventuels effets différenciés – positifs ou négatifs – de la réglementation et de la déréglementation en fonction des types de services juridiques concernés ne sont donc pas examinés. A l'encontre de cette approche globalisante du marché des services juridiques, nous proposons dans la sous-section suivante d'examiner les conséquences de l'hétérogénéité des services juridiques sur le choix ou non de réglementer *certain*s segments du marché des services juridiques.

Section III – Le pluralisme des modes de régulation sur le marché des services juridiques : une solution à l'hétérogénéité des services produits par les avocats

Dans leur immense majorité, les analyses économiques du marché des services juridiques négligent à la fois l'hétérogénéité et la dimension servicielle de la production des avocats. Leur démarche globalisante les conduit à préconiser soit la réglementation des services des avocats en général, au motif des défaillances de marché, soit leur déréglementation, au motif des inefficacités de la réglementation. Nous développons ici une approche pragmatique et nuancée, intégrant l'hétérogénéité des services juridiques, et en tirons des enseignements en matière de régulation du marché des services juridiques et de gouvernance de la profession d'avocat. A un débat posé par l'analyse économique en termes très généraux, portant sur la réglementation ou non *des* services juridiques fournis par les avocats, nous substituons la question de savoir *quels* services juridiques peuvent/doivent être réglementés et/ou déréglementés, en fonction de la diversité de leurs caractéristiques. Nous montrons que le pluralisme juridique constitue une solution efficace à la diversité et l'hétérogénéité des services juridiques sur le marché des services professionnels des avocats.

La nature des services juridiques fournis par les avocats détermine le choix de leur mode de régulation optimal (III.1). Lorsque la régulation du marché des services juridiques passe par la voie réglementaire, nous montrons que le choix entre les différents modes de production de la réglementation – autorégulation *vs* régulation par une autorité extérieure à la profession – doit prendre en compte l'ensemble des coûts et avantages qui leur sont respectivement associés (III.2).

III.1. Hétérogénéité des services juridiques et pluralisme des modes de régulation du marché : intervention réglementaire vs solution de marché

Reconnaître l'hétérogénéité des services juridiques conduit à remettre en cause les prescriptions générales en matière de réglementation ou de déréglementation du marché des services juridiques. D'une part, parce que les mécanismes de marché – non réglementé – peuvent suffire à assurer l'offre par les avocats de services juridiques de qualité optimale, pour les services juridiques présentant des caractéristiques de bien de recherche et d'expérience ; il peut donc être optimal de déréglementer les segments du marché des services juridiques correspondants. La déréglementation permet alors d'éviter le coût social et l'inefficacité économique résultant possiblement de la nature anticoncurrentielle de certaines réglementations. D'autre part, parce que la qualité des services juridiques possédant des caractéristiques de biens de confiance peut ne pas être optimale sur un marché déréglementé, compte tenu de l'incapacité des consommateurs à évaluer cette qualité, certaines réglementations sont justifiées du point de vue de l'efficacité économique.

Pour les services juridiques constituant des biens de recherche et d'expérience, les mécanismes de marché « traditionnels » permettent aux clients d'acquérir de l'information sur la qualité réelle des services produits par les avocats. Comme on l'a vu précédemment, pour un bien de recherche, les consommateurs obtiennent de l'information sur la qualité par le biais d'un processus d'inspection ou de recherche des caractéristiques du bien. Si l'information peut être obtenue avant la décision d'achat, ce dernier s'effectue en situation d'information symétrique entre le vendeur et l'acheteur. Par ailleurs, pour un bien d'expérience, le client, en observant *ex post* la qualité du service, peut changer d'avocat ou engager la responsabilité civile professionnelle de celui-ci. S'il obtient de l'information en effectuant des achats répétés de services juridiques auprès d'un même avocat ou à travers la réputation individuelle de l'avocat, il peut exercer une sanction de marché à l'encontre de l'avocat ayant fourni antérieurement des prestations de qualité insuffisante, et reporter sa demande vers des offreurs concurrents bénéficiant par exemple d'une meilleure réputation.

Dans les deux cas, pour les biens de recherche et d'expérience, les mécanismes de marché incitent les vendeurs à fournir des services de qualité. La réglementation du marché de ces services juridiques n'apparaît donc pas nécessaire, dès lors que les comportements de « triche » sur la qualité sont efficacement découragés de la part des avocats. Aussi, pour les services juridiques présentant des caractéristiques de bien de recherche et d'expérience, la libéralisation du marché paraît-elle raisonnable.

Pour les services juridiques possédant des caractéristiques de bien de confiance, on a vu que les clients sont incapables d'évaluer la qualité *ex ante* et *ex post*. Les caractéristiques de ces services juridiques – leur caractère le plus souvent unique, empêchant les comparaisons qualitatives par un même consommateur dans le temps, leur complexité, rendant nécessaire le recours à l'expertise juridique et au savoir-faire de l'avocat, et leur dimension exclusive et personnelle réduisant la pertinence des transferts d'information sur la qualité entre

consommateurs – font que les solutions de marché sont insuffisantes et inefficaces pour inciter les avocats à la production de qualité. La réglementation du marché s'avère dans ce cadre nécessaire pour remédier aux défaillances de marché résultant de la nature de bien de confiance des services juridiques concernés. Remarquons, néanmoins, que toutes les réglementations existantes ne sont pas justifiées par la nature de bien de confiance de certains services juridiques. Elles le sont, selon notre analyse, dès lors qu'elles ont pour objet la protection du client dans un contexte d'asymétrie informationnelle. Elles ne le sont pas nécessairement dans les autres cas de figure.

Ainsi, lorsque les caractéristiques des services juridiques rendent possible une régulation efficace de la qualité par le marché, les réglementations sont inutiles. En revanche, lorsque la protection du consommateur n'est pas efficacement assurée par l'intermédiaire des mécanismes de marché, une réglementation s'avère nécessaire. En ce sens, l'hétérogénéité des services juridiques produits par les avocats justifie un pluralisme régulateur du marché. D'une part, pour les services juridiques présentant des caractéristiques de bien de confiance, la régulation du marché par la production de réglementations professionnelles est désirable, en ce qu'elle accroît l'efficacité économique. D'autre part, pour les services juridiques dotés d'attributs de biens de recherche et d'expérience, la régulation par le marché est suffisante et n'appelle pas d'intervention réglementaire.

Dans ce contexte, le pluralisme juridique s'interprète comme une solution efficace adaptée à la diversité de l'offre de services juridiques des avocats : l'hétérogénéité des services juridiques justifie de recourir à des modes de régulation pluriels, prenant alternativement la forme réglementaire ou celle d'une régulation de marché en fonction des caractéristiques des services considérés. Cette conclusion s'oppose aux approches globalisantes de l'analyse économique du marché des services juridiques, fondées sur l'hypothèse de services juridiques homogènes, dont nous mettons en évidence l'inadéquation pour certains segments du marché. Promouvoir une régulation plurielle sur le marché des services juridiques revient ainsi à reconnaître le caractère justifié des préconisations pro- et anti-réglementaires des analyses économiques pour *certaines* services. D'une part, parce que les recommandations favorables à la réglementation du marché ignorent que la qualité de certains services peut être efficacement régulée par les mécanismes de marché, elles prêtent le flanc à des critiques justifiées sur le caractère socialement coûteux et inefficace de la réglementation pour ces services. D'autre part, parce que les recommandations favorables à la dérégulation ignorent symétriquement que la réglementation est nécessaire pour d'autres services juridiques, elles ont beau jeu d'insister sur les défaillances de la réglementation, sans proposer d'alternative à cette dernière sur un marché affecté de défaillances de marché⁵⁴. Face

⁵⁴ Cette vision partielle du marché des services juridiques explique selon nous l'absence de résultat empirique tranché dans les études menées sur l'ouverture à la concurrence en matière de services juridiques (*cf. supra* section I). En effet, selon le segment du marché testé – c'est-à-dire selon que les services juridiques étudiés possèdent des caractéristiques de bien de confiance, de recherche ou d'expérience – on peut attendre des effets différenciés des mesures de dérégulation du marché. Sur le marché d'un service juridique de recherche ou d'expérience, la structure informationnelle du client lui permet, au moins dans une certaine mesure, de contrôler la qualité du service. Les mécanismes de marché étant opérants pour ce type de services, on peut donc s'attendre à ce que la dérégulation du marché produise des effets concurrentiels analogues à ceux observés sur les

à ces deux positions opposées, le pluralisme juridique permet de concilier intervention réglementaire et libéralisation du marché dans un même cadre d'analyse, de façon pragmatique et en tenant compte de la diversité des services juridiques en pratique.

Cette conclusion, favorable à une réponse nuancée dans le débat réglementation *vs* déréglementation du marché des services juridiques, soulève néanmoins la question de l'autorité en charge de produire la réglementation sur le marché des services juridiques possédant des caractéristiques de bien de confiance, dès lors que le bien-fondé d'une telle réglementation est reconnu.

III.2. Réglementation externe ou autorégulation des services juridiques possédant des caractéristiques de bien de confiance – quelle gouvernance de la profession d'avocat ?

Notre conclusion selon laquelle la réglementation des services professionnels produits par les avocats est justifiée économiquement en présence de biens de confiance conduit à s'interroger sur le mode optimal de production de cette réglementation. Différentes modes productifs sont en effet envisageables. Précisément, il peut s'agir d'une réglementation produite de façon externe à la profession d'avocat – par des autorités publiques ou une instance privée (par exemple, une agence privée, ou un organisme certificateur) – ou d'une réglementation interne – produite par autorégulation. Notre question est donc la suivante : *sur le segment du marché des services juridiques présentant des caractéristiques de biens de confiance*, où une régulation de la qualité est nécessaire, est-il préférable de recourir à une gouvernance autorégulée ou hétérorégulée de la profession d'avocat ?

Les travaux économiques portant sur la réglementation du marché des services juridiques ignorent le plus souvent la variété des arrangements institutionnels destinés à produire les réglementations professionnelles. Par exemple, les rapports de la Commission européenne (2004, 2005) ou le rapport de l'OCDE (2007) mettent en avant les défauts et défaillances de la réglementation, sans s'attacher à examiner et comparer ses différentes modalités de production. Autorégulation par les instances professionnelles et hétérorégulation par des agents extérieurs à la profession sont ainsi le plus souvent traitées sur un même plan et comme fonctionnellement équivalentes, sans que d'éventuels avantages et inconvénients

marchés « traditionnels » (intensification de la concurrence, baisse des prix...). En revanche, pour les services juridiques possédant des attributs de biens de confiance, les mécanismes de marché ne suffisant pas à garantir la production de service de qualité par les vendeurs, la déréglementation risque de ne pas entraîner les effets traditionnellement espérés : la qualité restant « opaque » pour les consommateurs, la concurrence sur des rapports qualité-prix risque, au mieux, de se traduire par une baisse de la qualité moyenne. La non-prise en compte des caractéristiques hétérogènes des services juridiques peut donc expliquer en partie pourquoi certaines études empiriques (portant sur des services d'expérience et de recherche) concluent à des effets pro-concurrentiels de la déréglementation, alors que d'autres études (portant sur des services de confiance) soulignent plutôt l'absence de tels effets.

associés à l'une et l'autre modalité de régulation ne soient explicitement analysés. Dans ce qui suit, nous développons au contraire une analyse comparative des coûts et avantages de la régulation externe et de l'autorégulation sur le marché des services juridiques présentant des caractéristiques de bien de confiance. Ce faisant, nous complétons l'analyse de l'autorégulation professionnelle développée précédemment dans l'analyse 1.

La réglementation d'une activité, quelle qu'elle soit, requiert des autorités de réglementation bien informées. De manière générale, le coût d'acquisition de cette information varie selon les modalités de production de la réglementation. Pour l'analyse économique du droit, les asymétries d'information entre les agents réglementés et l'autorité de réglementation sont moindres lorsque cette dernière est issue de la profession que dans le cas où elle lui est extérieure. Elles sont alors moins coûteuses à gérer (Ogus, 1995, 1999). Sur le marché des services juridiques, lorsque les services produits par les avocats appartiennent à la catégorie des biens de confiance, un contrôle effectif de leur qualité implique le recours à des experts possédant une information et un savoir-faire juridiques équivalents à ceux des avocats. Afin de mener à bien sa mission de contrôle, un réglementeur externe à la profession est donc contraint d'investir en capital juridique spécialisé et coûteux (en temps, effort...). Pour évaluer *ex post* la qualité réelle du service fourni par l'avocat, il doit en outre s'informer sur les conditions particulières de l'affaire dans laquelle cette qualité est mise en cause. Or, pour des biens de confiance, le coût de l'évaluation peut être élevé. Comme nous l'avons vu, celle-ci porte en effet sur un service juridique complexe et requérant de la part de l'avocat la mise en œuvre de savoirs juridiques importants et d'un savoir-faire difficilement objectivable. Le contrôle effectif de la qualité de la prestation juridique par le réglementeur nécessite donc qu'il possède lui-même l'expertise juridique indispensable à ce contrôle. De plus, la dimension de co-conception du service avec le client contribue à accroître le coût du contrôle pour l'autorité de réglementation : déterminer précisément la qualité réelle du service peut à l'extrême imposer au contrôleur de reproduire le service et, de ce fait, de dupliquer les coûts liés à sa production. En d'autres termes, l'autorité de réglementation doit produire sa propre décision en l'espèce, de façon à la comparer à celle qui a été produite par l'avocat. Le coût de cette duplication est d'autant plus élevé que le coût de l'information pour l'autorité de contrôle est lui-même important. Lorsque cette dernière doit investir en expertise juridique et en information sur le service spécifique produit par un avocat particulier, il peut donc être moins coûteux socialement de confier la mission de contrôle de la qualité à la profession d'avocat elle-même. En effet, parce qu'ils possèdent déjà, en raison de leur activité professionnelle, l'expertise juridique nécessaire à l'évaluation de la qualité, les avocats bénéficient d'économies d'échelle et de variété dans la mission d'évaluation. Ils peuvent donc observer la qualité des services juridiques plus facilement et à un coût inférieur à celui que supporteraient des agents extérieurs à la profession. *A contrario*, le coût de l'évaluation par une instance externe accroît les coûts liés à la construction et l'exercice de l'expertise. En présence de biens de confiance, la supériorité informationnelle des pairs justifie donc l'évaluation de la qualité par autorégulation. Un raisonnement analogue s'applique en matière de production des règles professionnelles. Compte tenu de l'expertise des avocats, le coût de produire les règles par autorégulation est en général inférieur à celui de leur production par

une autorité extérieure à la profession. L'autorégulation apparaît de ce point de vue justifiée socialement, en raison des gains informationnels qu'elle comporte.

Les gains informationnels liés à une évaluation de la qualité par autorégulation doivent cependant être examinés au regard des coûts et inconvénients éventuels de cette forme de gouvernance de la profession. En particulier, l'autorégulation est souvent associée à un risque élevé de capture de la réglementation par des intérêts privés. En tant que membres de la profession, les avocats chargés d'évaluer la qualité des services fournis par leurs confrères partagent avec ces derniers des intérêts communs. Une certaine partialité et la production de réglementations biaisées, favorables aux avocats, pourraient alors résulter de cette situation, au détriment des intérêts des clients⁵⁵. Cette collusion pourrait notamment, dans certains cas, prendre la forme d'une « couverture » des comportements déviants de certains avocats – la production d'une qualité sous-optimale de services – par l'autorité professionnelle (Nuñez, 2007). Dans cette perspective, défendue par l'analyse économique de la réglementation en termes d'intérêts privés, la réglementation du marché des services juridiques par autorégulation de la profession d'avocat conduit inévitablement à une situation inefficace, en raison du coût social de la collusion entre avocats au détriment des clients.

Le choix d'un mode de production de la réglementation par autorégulation ou hétérorégulation doit donc s'effectuer en comparant le coût de la collusion et le gain informationnel associés à l'autorégulation. A ce titre, les coûts et avantages associés à l'hétérorégulation doivent évidemment aussi être pris en compte. Ainsi, si un risque de capture élevé est associé à l'autorégulation, ce risque existe également en situation d'hétérorégulation. L'économie politique analyse le comportement d'un réglementeur vénal au service des groupes d'intérêt et produisant des réglementations favorables aux agents qu'il a pour charge de réglementer, en échange de faveurs diverses (Stigler et Friedland, 1962). En outre, parce que l'autorité de réglementation est en général tributaire des informations transmises par les agents réglementés, il encourt le risque de produire sur cette base des réglementations biaisées. Dès lors, les situations de collusion ne caractérisent pas exclusivement la production de réglementations par autorégulation, mais peuvent également advenir dans un cadre hétérorégulé. Prévenir la collusion entre l'autorité de réglementation externe et les agents dont elle a la charge de réglementer l'activité, ou en réduire le risque, nécessite alors de mettre en place un système d'incitation destiné à garantir l'alignement des objectifs du réglementeur avec ceux des clients, et non des agents réglementés. Or la mise en place d'un tel système incitatif est coûteuse. Ce coût doit être pris en compte dans les coûts associés au choix d'une réglementation du marché des services juridiques par une autorité extérieure à la profession d'avocat.

En théorie comme en pratique, aucun élément ne permet de déterminer *a priori* les niveaux de coût respectifs devant être supportés pour décourager la collusion entre autorité de réglementation et avocats en situations hétérorégulée et autorégulée. En particulier, dans ce

⁵⁵ Les analyses économiques de l'autorégulation professionnelle sous l'angle de la théorie de la *capture* sont présentées dans l'analyse 1 de ce rapport.

dernier cas, il n'est pas exclu que la collusion puisse être limitée par l'intérêt collectif des avocats à la production de services de bonne qualité. Celle-ci accroît en effet la demande qui leur est adressée, collectivement et individuellement⁵⁶. De ce fait, en situation d'autorégulation, l'intérêt des avocats à la qualité pourrait contribuer à réduire le coût de dissuasion de la collusion, par rapport à son niveau en situation d'hétérorégulation. Ce résultat va clairement à l'encontre de l'approche économique de l'autorégulation comme « forme extrême » de la capture. D'une part, en présence d'autorités de réglementation extérieures à la profession poursuivant des objectifs privés différents de ceux des clients, le risque de capture n'est pas exclu et induit un coût de dissuasion de la collusion. D'autre part, la dissuasion de la collusion et de la capture en situation d'autorégulation pourrait être réduite par l'intérêt des avocats à l'offre de services juridiques de bonne qualité. En définitive, nous concluons que la vision pessimiste de l'autorégulation développée dans un certain nombre de travaux économiques, au motif de sa vulnérabilité à la collusion, résulte en large part de l'idéalisation des modes alternatifs de production de réglementation⁵⁷. En l'occurrence, le choix d'un mode de production de la réglementation sur le marché des services juridiques doit intégrer l'ensemble des coûts et avantages relatifs aux différents arrangements institutionnels envisageables, en termes informationnels et compte tenu de leur capacité relative à gérer la collusion entre autorité de régulation et avocats.

D'autres coûts et bénéfices associés aux différents modes de production de la réglementation du marché des services juridiques doivent également être pris en considération. Ainsi, l'analyse économique du droit associe en général aux systèmes autorégulés des coûts d'instauration et de mise en œuvre du droit plus faibles que ceux associés aux situations hétérorégulées, au motif de la plus grande facilité à repérer et à contrôler les comportements déviants – *i.e.*, sur le marché des services juridiques, l'offre de services de faible qualité – dans les groupes de pairs (Greif, 1989 ; Benson, 1989 ; Maks et Philipsen, 2005). En particulier, au-delà de l'expertise juridique des avocats facilitant le contrôle de la qualité des services juridiques produits par leurs confrères et consoeurs, l'importance des relations sociales et interpersonnelles et la participation aux « réseaux-producteurs » permettent non seulement la circulation d'information entre avocats, mais également la production de normes (Karpik, 1989). Ainsi, « [P]ar la multiplicité même des rencontres, une connaissance ne cesse de circuler de façon éclatée et invisible. Non seulement elle fournit à chacun un large éventail des pratiques de ses confrères mais elle résout, dans le même temps, les difficultés de la logique statutaire ». Les échanges internes à la profession – et l'organisation de la profession qu'ils impliquent – permettent ainsi une forme de régulation

⁵⁶ Un problème de passager clandestin peut certes exister dans le groupe des avocats. Chacun d'entre eux a en effet individuellement intérêt à produire des services de qualité faible : le coût individuel de court terme associé à la production de services de qualité faible est en effet inférieur au coût de production de services de bonne qualité. Lorsque le service juridique fourni possède des caractéristiques de bien de confiance – comme nous le supposons ici – l'avocat est en mesure de facturer un service de qualité faible au prix de la bonne qualité, sans que le client ne puisse évaluer la qualité qui lui est effectivement vendue.

⁵⁷ Cette vision pessimiste est néanmoins contrebalancée par les avantages informationnels attendus de l'autorégulation.

du marché, *via* l'émergence de normes venant se substituer à des réglementations formelles ou les compléter. Ils facilitent en ce sens le contrôle des comportements individuels, selon des modalités différentes de la logique hétérorégulée. La régulation des prix des prestations juridiques fournit un exemple d'une autorégulation de ce type articulant normes informelles et réglementations formelles. Ainsi, selon Karpik (1989), les réseaux-producteurs « assurent la diffusion des prix pratiqués » (*Ibid.*, p. 195). En effet, « [L]oin de relever du seul arbitraire individuel, la fixation des prix manifeste dans certains domaines l'usage de règles informelles (une proportion du revenu du client pour le divorce simple, un pourcentage fixe pour les actes avec transferts financiers, etc.) et, plus généralement, les honoraires s'inscrivent dans une schématisation dont témoigne la publication des barèmes d'honoraires » (*Ibid.*, p. 196). Ainsi, « [L]a fixation de l'honoraire ne relève donc ni de la pure décision rationnelle orientée par la seule maximisation du profit, ni des valeurs communes aux membres de la profession, elle est une décision autonome fondée sur une connaissance qui ne cesse d'être soumise à la discussion, à la critique ou à l'approbation » (*Ibid.*, p. 197). Au final, la production d'une régulation exploitant les relations sociales et interpersonnelles des avocats engendre un coût moindre que celui des modes de production réglementaire alternatifs⁵⁸.

L'autorégulation est en outre considérée comme un mécanisme plus flexible que la réglementation externe, et permettant de ce fait l'adaptation plus rapide du droit professionnel à l'environnement économique et social. Elle présente à cet égard l'avantage de faire porter le coût des adaptations juridiques au groupe autorégulé lui-même, tandis que le recours à un système hétérorégulé fait supporter le coût de ces adaptations à l'ensemble de la société (Miller, 1985). Notons, pour autant, que la flexibilité du droit professionnel résultant de son processus de production décentralisé pourrait avoir comme corollaire sa « dispersion » et des coûts de mise en compatibilité de réglementations émanant de sources professionnelles différentes. En effet, chaque barreau est doté d'une identité et de traditions propres, et administré par un Conseil de l'ordre chargé de « traiter toutes questions intéressant l'exercice de la profession et de veiller à l'observation des devoirs des avocats ainsi qu'à la protection de leurs droits » (article 17 de la loi du 31 décembre 1971 sur la profession d'avocat). Par suite, « [C]haque Conseil de l'ordre est donc légitime à s'exprimer sur tout ce qui concerne l'exercice de la profession... 160 légitimités sont ainsi reconnues comme équivalentes par la loi, que le barreau concerné comporte quelques avocats (12 à Mende) ou plusieurs milliers (24 000 à Paris) » (Castelain, 2012, p. 16). Le risque existe donc que les instances professionnelles en charge de la régulation du marché des services juridiques produisent des règles divergentes et mutuellement incompatibles. Jusqu'à la mise en place du R.I.N. (Règlement Intérieur National) de la profession, chaque barreau possédait par exemple ses règles déontologiques et disciplinaires. Pour limiter ce risque, les institutions ordinales – la

⁵⁸ Un constat proche est effectué par Lazega (2001) et Lazega et Bessis (2010), qui mettent en outre en évidence des « coûts cachés de la qualité » : non seulement l'autorégulation de la profession, sous la forme d'une organisation collégiale, permet le maintien de la qualité des services juridiques, en ce qu'elle organise l'évaluation par les pairs, mais elle est en outre associée à des coûts cachés, supportés par tous car associés à des gains en termes de qualité. L'autorégulation permet l'internalisation de ces coûts par la profession qui, dans un système marchand, seraient reportés sur les clients.

Conférence des bâtonniers de France et d'Outremer et le Conseil National des Barreaux (C.N.B.) – poursuivent une mission de « rationalisation » (*Ibid.*) des régulations locales produites par les ordres locaux⁵⁹. Le coût de cette entreprise de rationalisation – résultant d'une part de la diversité des régulations proprement dites et, d'autre part, de l'entreprise de « rationalisation » proprement dite – doit par conséquent être pris en compte lorsqu'on compare les formes alternatives de production des réglementations professionnelles.

Enfin, et de façon particulièrement notable dans le domaine des professions de justice, l'autorégulation professionnelle présente l'avantage de minimiser le risque d'ingérence politique des autorités publiques dans les affaires de la profession, d'une façon conforme au principe de séparation des pouvoirs (Jordana et Levi-Faur, 2004). Cet avantage doit également être intégré dans l'analyse comparative des différents modes de production réglementaire sur le marché des services juridiques produits par les avocats.

Section IV – Récapitulatif, résultats et conclusions

Les analyses économiques du marché des services juridiques conçoivent les services juridiques comme des biens homogènes. Sur le fondement de cette hypothèse, des recommandations politiques sont émises, censées s'appliquer indistinctement à l'ensemble des services juridiques produits par les avocats. D'un côté, l'analyse des réglementations en termes d'intérêt public justifie de réglementer l'ensemble des services juridiques produits par les avocats, en faisant l'hypothèse qu'ils sont sans exception affectés par des situations de défaillances de marché. De l'autre, l'analyse des réglementations en termes d'intérêts privés justifie la déréglementation de l'ensemble des services juridiques par les inefficacités des réglementations anticoncurrentielles, sans considérer que certaines d'entre elles pourraient être socialement bénéfiques concernant au moins certains services juridiques.

Dans tous les cas, l'hétérogénéité des services juridiques n'est pas prise en compte et d'éventuels effets différenciés – positifs ou négatifs – de la réglementation et de la

⁵⁹ Créée en 1902, la Conférence des bâtonniers de France et d'Outremer « qui regroupe l'ensemble des barreaux à l'exception de celui de Paris [...] a le statut d'association respecte l'indépendance des barreaux. Elle parle donc en leur nom mais se trouve statutairement limitée par le respect dû à chacun d'eux » (Castelain, 2012, p. 16). Mis en place par la loi du 31 décembre 1990 modifiant l'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971, le C.N.B. « est chargé de représenter la profession d'avocat, notamment auprès des pouvoirs publics. Dans le respect des dispositions législatives [...], il doit unifier les règles et les usages de la profession d'avocat (c'est-à-dire édicter les normes déontologiques), définir les principes d'organisation de la formation à la profession et en harmoniser les programmes » (*Ibid.*). De fait, le C.N.B. a d'abord eu pour mission d'unifier les règles et usages de la profession d'avocat. Le R.I.H (Règlement Intérieur Harmonisé), devenu R.I.N. a ainsi été élaboré dans l'objectif de normaliser i) les activités (champ d'activité, publicité...) ii) l'exercice (collaboration, salariat, structures, réseaux) iii) la collaboration interprofessionnelle iv) les rapports entre avocats appartenant à des barreaux différents v) les principes de la profession (respect du client, conflit d'intérêts, confidentialité, secret).

déréglementation en fonction des types de services juridiques concernés ne sont donc pas examinés. A l'encontre de cette approche globalisante du marché des services juridiques, l'analyse 3 introduit l'hypothèse d'hétérogénéité des services juridiques produits par les avocats. Certains d'entre eux s'analysent en effet comme des biens de confiance, tandis que les autres peuvent être décrits comme des biens de recherche ou des biens d'expérience.

Hypothèse 1 : les services juridiques produits par les avocats sont hétérogènes

Hypothèse 2 : certains services juridiques possèdent des caractéristiques de bien de confiance, d'autres possèdent des caractéristiques de bien d'expérience, d'autres enfin présentent des caractéristiques de bien de recherche

Or différents modes d'évaluation de la qualité par les clients sont attachés aux services juridiques, en fonction de leur caractérisation en tant que biens de confiance, d'expérience ou de recherche. L'hétérogénéité des services juridiques emporte donc un certain nombre de conséquences en termes de régulation du marché et de gouvernance de la profession d'avocat. Ainsi, si l'autorégulation est justifiée pour les services juridiques caractérisables comme des biens de confiance, nous montrons qu'elle ne constitue pas le mode optimal de régulation pour l'ensemble des services juridiques. En particulier, les services juridiques possédant des caractéristiques de biens de recherche et d'expérience correspondent à des situations où les asymétries informationnelles entre client et avocat peuvent être gérées par certains mécanismes traditionnels de marché (notamment, le mécanisme d'achats répétés ou la réputation individuelle des avocats).

Résultat 1 : la bonne qualité des services juridiques présentant des caractéristiques de bien de confiance peut être assurée par autorégulation de la profession d'avocat

Résultat 2 : la bonne qualité des services juridiques présentant des caractéristiques de bien d'expérience et de recherche peut être assurée par les mécanismes de marché

Résultat 3 : en présence de services hétérogènes, l'hétérogénéité des consommateurs de services juridiques n'est pas une condition suffisante pour garantir l'offre par les avocats de services de qualité élevée

En outre, que lorsqu'une réglementation du marché des services juridiques est rendue nécessaire par la nature de bien de confiance du service, le choix entre les différents modes de production de la réglementation – autorégulation vs régulation par une autorité extérieure à la profession – doit prendre en compte l'ensemble des coûts et avantages qui leur sont associés respectivement.

En définitive, le pluralisme juridique constitue sur le marché des services juridiques une solution pour gérer efficacement l'hétérogénéité et la diversité de ces services. Cette conclusion met en évidence le bien-fondé d'une approche pragmatique et nuancée de la régulation du marché des services juridiques, articulant réglementations et dispositifs de

marché. Elle souligne également le caractère restrictif et partiel de la plupart des recommandations de politique économique, fondées sur l'hypothèse d'homogénéité des services juridiques et ne distinguant, le cas échéant, qu'entre les acheteurs de ces services.

Références

Benson B.L. 1989. "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", *Southern Economic Journal*, 55, 3, pp. 644-661

Commission européenne. 2004. *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, COM(2004) 83

Commission européenne. 2005. *Progress by Member States in Renewing and Eliminating Restrictions to Competition in the Area of Professional Services*, COM(2005) 405

Castelain J. 2012. « Pour une nouvelle organisation de la profession d'avocat », *Pouvoirs*, 140, 1, pp. 15-19

Chaserant C., S. Harnay. 2010a. « L'économie sans qualité : critique du diagnostic de la Commission européenne », in Favereau *et al.*, *Les avocats, entre ordre professionnel et ordre marchand*, Lextenso / Gazette du Palais / Conseil National des Barreaux

Chaserant C., S. Harnay. 2010b. « Déréglementer la profession d'avocat en France ? » Les contradictions des analyses économiques », *Revue internationale de droit économique*, 2010/2, pp. 147-183

Cox S., A.C. De Serpa, Canby W.C. 1982. "Consumer Information and the Pricing of Legal Services", *The Journal of Industrial Economics*, 30, 3, pp. 305-318

Darby M.R., Karni E. 1973. "Free Competition, and the Optimal Amount of Fraud", *Journal of Law and Economics*, 16, 1, pp. 67-88

Fuchs V. 1968. *The Service Economy*, NBER-Columbia University Press, New York

Gadrey J., 2003. *Socio-économie des services*, Repères La Découverte

Garoupa N. 2004. "Regulation of Professions in the US and Europe: A Comparative Analysis", <http://works.bepress.com/nunogaroupa/3>

Greif A. 1989. "Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence on the Maghribi Traders", *The Journal of Economic History*, 49, 4, pp. 857-882

Jordana J. and Levi-Faur D. 2004. "The Politics of Regulation in the Age of Governance", in Jordana J. and Levi-Faur D. (eds), *The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory reforms for the Age of Governance*, Cheltenham UK and Northampton USA: Edward Elgar

Karpik L. 1989. « L'économie de la qualité », *Revue française de sociologie*, 30, 2, pp. 187-210

Kim H.H. 2009. "Market Uncertainty and Socially Embedded Reputation", *American Journal of economics and sociology*, 68, 3, pp. 679-701

Klein B., K. B. Leffler. 1981. "The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance", *Journal of Political Economy*, 89, 4, pp. 615-641

Lancaster K. 1966. "A New Approach to Consumer Theory"; *Journal of Political Economy*, 74, 2, pp. 132-157

Lazega E. 2001. *The Collegial Phenomenon : the Social Mechanisms of Cooperation Among Peers in a Corporate Law Partnership*, Oxford, Oxford University Press

Lazega E., F. Bessis. 2010. « Les coûts cachés de la qualité du travail professionnel : l'entretien de la collégialité et des réseaux sociaux », in Favereau *et al.*, *Les avocats, entre ordre professionnel et ordre marchand*, Lextenso / Gazette du Palais / Conseil National des Barreaux

Maks J.A.H., Philipsen N.J. 2005. "An Economic Analysis of the Regulation of Professions", in E. Crals & L. Vereeck (eds), *The Regulation of Architects in Belgium and the Netherlands*, Leuven: Lanoo Campus

Miller J. 1985. "The FTC and Voluntary Standards: Maximizing the Net Benefits of Self-regulation", *The Cato Journal*, 4, pp. 897-903

Nelson P. 1970. "Information and Consumer Behavior", *Journal of Political Economy*, 78, 2, pp. 311-329

Nelson P. 1974. "Advertising as Information", *Journal of Political Economy*, 82, 4, pp. 729-754

Nuñez J. 2007. "Can Self-regulation Work? A Story of Corruption, Impunity, and Cover-up", *Journal of Regulatory Economics*, 31, pp. 209-233.

O.C.D.E. 2007. *Competitive Restrictions in Legal Professions*, DAF/COMP(2007)39, Series Roundtables in Competition Policy

Ogus A. 1995. "Rethinking Self-Regulation", *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, pp. 97-108

Ogus A. 1999. "Self-Regulation", in B. Bouckaert et G. De Geest (eds.), *Encyclopaedia of Law and Economics, Vol. IX : Production of Legal Rules*, Edward Elgar, pp. 587-602

Paterson I., M. Fink, A. Ogus. 2003. "Economic Impact of Regulation of Professional Services", Rapport pour la Commission européenne, D.G. Concurrence, Vienne IHS

Polanyi M. 1966. *The Tacit Dimension*, Doubleday New York

Stigler G.J. 1961. "The Economics of Information", *Journal of Political Economy*, 69, 3, pp. 213-225

Stigler G.J., C. Friedland. 1962. "What Can Regulators Regulate ? The Case of Electricity", *Journal of Law and Economics*, 5, pp. 1-16.

Tirole J., 1993. *Théorie de l'organisation industrielle*, Economica, Paris

ANALYSE 3

**LA JUSTICE DISCIPLINAIRE EN PRATIQUE :
ENQUETE SUR L'ACTIVITE DES CONSEILS DE DISCIPLINE**

Camille Chaserant, Sophie Harnay, Franck Bessis

Analyse 3 – La justice disciplinaire en pratique : enquête sur l’activité de Conseils de discipline

« *Je jure, comme Avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité* ». Le serment que prête l’avocat à l’entrée dans la profession est le socle de la déontologie de son métier et régit les multiples relations qu’il noue avec ses clients, ses confrères, l’ordre, son Bâtonnier, les organismes professionnels, les institutions judiciaires, les membres des autres professions du droit et ses concurrents sur le « marché du droit ».

Obligations déontologiques et contrôle disciplinaire

Exprimant les valeurs de la profession, la déontologie est autant une morale individuelle de l’avocat qu’une morale collective, liée aux valeurs de la profession (Damien et Ader, 2006 ; Moret-Bailly, 2007a). Constituée de règles de droit positif, de source à la fois étatique (les lois de 1971 et 2004, les décrets de 1991, 2005 et 2007) et professionnelle (le R.I.N., les Règlements Intérieurs des différents barreaux), la déontologie est issue des usages de la profession progressivement unifiés en un code d’exercice professionnel, aujourd’hui publié au Journal officiel (Taisne, 2007)⁶⁰. Elle détermine en large part le comportement attendu des membres de la profession et fonde la répression disciplinaire.

La plupart des auteurs relie ainsi déontologie et discipline, la discipline professionnelle réprimant les manquements commis par les avocats à leurs obligations déontologiques. Autrement dit, la déontologie constitue le fondement de la justice disciplinaire et est à ce titre un instrument d’autorégulation. La sanction disciplinaire est en effet un moyen de contrôle des comportements des avocats par la profession et à ce titre un dispositif de régulation des relations professionnelles.

⁶⁰ Le C.N.B., créé en 1990 afin de représenter la profession auprès des pouvoirs publics, a d’abord été chargé de « veiller à l’harmonisation » des règles et usages des différents ordres locaux (1990), puis de les « unifier » (2004), arrêtant alors le R.I.N., repris dans le décret du 24 mai 2005 relatif à la discipline.

Lorsque la théorie économique les prend en compte, elle conçoit le plus souvent déontologie et discipline comme éléments d'un droit professionnel qui consacre les intérêts particuliers de la profession au détriment de ceux des clients et de la société. Selon cette conception directement inspirée de la théorie de la capture (Stigler et Friedland, 1962 ; Stigler, 1971), les règles déontologiques défendent avant tout des intérêts corporatistes – et non l'intérêt général – et contribuent de ce fait à maintenir un prix des services juridiques supérieur au prix concurrentiel (Shaked et Sutton, 1981 ; Ogus, 1995). Parallèlement, la discipline est analysée comme un mode de gestion interne à un cartel de producteurs, dont les effets attendus sont moins destinés à accroître le bien-être des consommateurs qu'à protéger les intérêts bien compris de la profession (Núñez, 2007). Suivant cette logique, la déontologie, à l'instar de toutes les règles professionnelles, et la justice disciplinaire, à l'instar de toutes les activités concertées de producteurs, sont à l'origine d'un coût social supporté non seulement par les clients des avocats, mais aussi par l'ensemble des justiciables. S'appuyant sur une telle conception, les recommandations de déréglementation émises par la Commission Européenne (2004 ; 2005) et relayées par plusieurs rapports institutionnels (O.C.D.E., 2007 ; Attali, 2008 ; Prada, 2011) visent à alléger tant les obligations à l'entrée dans la profession que certaines règles déontologiques. Les débats récents autour du secret professionnel et de la confidentialité dans les rapports avocats-clients se font l'écho des préoccupations suscitées par cette évolution de la gouvernance de la profession.

En opposition à de telles velléités de déréglementation, une version plus optimiste de la régulation professionnelle met en avant les avantages privés et sociaux de la déontologie et de la justice disciplinaire. Celles-ci sont alors envisagées comme des garanties essentielles pour des clients le plus souvent incapables d'évaluer la qualité réelle des services de l'avocat. La relation avocat-client recèle en effet une forte asymétrie d'information, la plupart des services juridico-judiciaires pouvant être définis comme des biens non standards, appartenant soit à la catégorie des biens d'expérience soit, à l'extrême, à celle des biens de confiance (Darby et Karni, 1973) – dont le consommateur ne peut évaluer la qualité ni *ex ante* ni *ex post* – ou alors à très long terme. Dans les deux cas, la production de services juridiques et judiciaires laisse ouverte la possibilité de comportements opportunistes de la part de l'avocat. En l'absence de toute contrainte, celui-ci peut en effet être tenté de fournir un service de faible qualité ou, précisément, dont le rapport qualité-prix ne sert pas au mieux l'intérêt du client. L'avocat peut dès lors être tenté d'exploiter la situation d'information asymétrique pour fournir au client un service de faible qualité. La déontologie constitue dans ce cadre un moyen de réduire le risque de comportement opportuniste de l'avocat (Abel, 2008), à l'instar du serment d'Hippocrate des médecins qui limite la production de soins de santé de mauvaise qualité (Dulleck et Kerschbamer, 2006). Suivant cette optique, elle réduit *ex ante* le risque d'anti-sélection en engageant la responsabilité de l'avocat, la discipline offrant *ex post* un instrument de défense contre ses actions opportunistes. La déontologie et la justice disciplinaire s'interprètent alors non plus comme des outils corporatistes permettant de

protéger les intérêts des professionnels, mais comme formant un mode de gestion collective de la qualité des services. En présence de biens de confiance, la profession se substitue ainsi au marché pour sanctionner les comportements opportunistes de ses membres. En particulier, parce qu'elle est exercée par des pairs informés, la justice disciplinaire permet de résoudre le problème d'évaluation de la qualité – les avantages informationnels de l'autorégulation étant soulignés notamment par Miller (1985), Gehrig et Jost (1995) ou encore Ogus (1995).

Suivant cette perspective, nous avons montré, dans l'analyse 1, que la profession d'avocat a collectivement intérêt à la production de règles professionnelles entretenant sa bonne réputation collective. Lorsque les consommateurs sont incapables d'estimer la qualité réelle des services juridiques qu'ils achètent, la réputation collective de la profession agit comme un substitut à l'évaluation de la qualité des services fournis par les avocats individuels. Or la déontologie offre une protection de cette réputation collective. Comme l'écrit en effet Avril (1981, n°227), la discipline sanctionne le devoir commun à tous les avocats. La Cour de cassation considère ainsi qu'un manquement au principe d'honneur est une « atteinte à la considération due à l'ensemble des avocats »⁶¹. La justice disciplinaire sanctionne ainsi toute atteinte au bien commun professionnel au cœur de sa réputation.

Plan de l'analyse

En dépit des questions essentielles soulevées par ces conceptions opposées de la déontologie et de la justice professionnelle, cette dernière n'a encore jamais fait l'objet d'une analyse empirique systématique. Il n'existe à ce jour en France aucun recensement des procédures disciplinaires engagées à l'encontre des avocats contrevenant à la déontologie qui permettrait d'éclairer l'effectivité de la discipline dans un contexte d'autorégulation professionnelle⁶². L'analyse proposée ici a pour but de fournir les premiers repères chiffrés concernant l'activité disciplinaire de la profession d'avocat en France. L'accès à l'intégralité des dossiers traités par un Conseil de discipline régional depuis sa création fin 2005 ainsi qu'aux statistiques disciplinaires du Barreau de Paris sur les trois dernières années nous ont permis d'élaborer une base de données originale et unique en France sur l'activité disciplinaire de la profession. Accompagnée d'une série d'entretiens auprès d'avocats investis

⁶¹ L'arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 2005 rejette le pourvoi formé par un avocat d'abord condamné en correctionnel pour conduite en état alcoolique, puis disciplinairement à un blâme pour les mêmes faits. L'avocat arguait que l'arrêt le condamnant à un blâme n'expliquait pas pourquoi l'infraction au Code de la route qu'il avait commise en dehors de l'activité professionnelle constituait un manquement à l'honneur. La Cour de cassation souligne que « ces agissements portaient atteinte à la considération due aux avocats et constituaient un manquement à l'honneur ».

⁶² Avril (1981), qui constitue l'analyse juridique de référence sur le sujet de la responsabilité des avocats, s'appuie sur un très riche travail de documentation dont la nature ne permet cependant pas l'élaboration d'une base de données systématique.

dans les instances professionnelles⁶³, cette base offre une première approche statistique et qualitative des pratiques de la justice disciplinaire au sein de la profession d'avocat. Dans le contexte actuel d'une concurrence accrue sur le « marché du droit », la déontologie est notamment l'une des dimensions de leur activité permettant aux avocats de se distinguer de leurs concurrents. L'intérêt collectif de la profession à la visibilité des règles déontologiques et de l'effectivité de la discipline – en d'autres termes, à sa bonne réputation collective – est donc réel, ce dont témoignent, selon notre enquête, certaines pratiques disciplinaires.

L'analyse est organisée en cinq sections. Dans la première, nous présentons la base de données que nous avons constituée sur l'activité disciplinaire de la profession, les informations qu'elle contient et le contexte dans lequel elles ont été recueillies. En dépit de difficultés d'évaluation importantes, liées au caractère épars des sources, nous cherchons dans la deuxième section, à en apprécier l'effectivité, notamment par comparaison avec celle d'autres secteurs d'activité. Il est manifeste que, si la procédure disciplinaire a été rendue plus transparente, la profession communique toutefois de façon restrictive sur le nombre et l'issue des affaires disciplinaires, notamment au regard d'autres professions réglementées comme la magistrature. Certains effets négatifs sur la réputation collective de la profession peuvent théoriquement être ainsi évités, au détriment néanmoins de l'information tant des praticiens que des clients, réduisant dès lors la portée dissuasive et pédagogique des sanctions disciplinaires.

Les principales pratiques disciplinaires observables dans notre base de données sont présentées dans la troisième section, à travers le calcul d'indicateurs relatifs aux différentes étapes de la procédure disciplinaire. Nous suivons dans cette présentation le déroulement d'une procédure disciplinaire tel qu'il est inscrit au cœur de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Les deux dernières sections sont consacrées à l'analyse des fautes disciplinaires. La quatrième s'attache à les définir par comparaison avec les fautes professionnelles et la responsabilité pénale des avocats. Sur la Cour d'appel étudiée, on comptabilise deux fois moins d'affaires disciplinaires que de fautes professionnelles. La cinquième et dernière section propose une analyse des manquements déontologiques les plus fréquemment poursuivis. Cette étude, bien que préliminaire, met toutefois clairement en évidence les conséquences négatives d'un renforcement de la logique marchande dans le fonctionnement du monde professionnel. L'étude de la jurisprudence disciplinaire montre en effet que sont sanctionnés de façon significative les manquements à la collégialité (Lazega, 2001), ce que ne peut faire le seul marché. Un marché du droit dérégulé nuirait alors à la coopération au sein de la profession.

Ce premier travail, unique à ce jour, demande à être étendu à l'analyse d'un plus grand nombre de dossiers traités par d'autres Conseils de discipline.

⁶³ Nous avons notamment mené 8 entretiens qualitatifs auprès de 5 bâtonniers et anciens bâtonniers, dont 2 anciens Présidents de Conseil de discipline, de 2 anciens membres du Conseil de l'Ordre de Paris ayant œuvré, respectivement, au service de l'arbitrage et des honoraires et au service disciplinaire, ainsi qu'auprès du secrétariat d'un conseil de discipline.

Section I – L’activité des Conseils de discipline en pratique : présentation de l’enquête

La procédure disciplinaire au sein de la profession d’avocat est organisée par la loi du 11 février 2004 et le décret du 24 mai 2005 (modifié en 2007). Jusqu’alors, la discipline relevait du Conseil de l’ordre au tableau duquel était inscrit l’avocat poursuivi et s’inscrivait donc pleinement dans une logique d’autorégulation de la profession. Le Conseil de l’ordre et le Bâtonnier étaient responsables de l’intégralité de la procédure : à la fois les instigateurs de l’action disciplinaire, ils l’instruisaient puis la jugeaient. Compte tenu des risques élevés de proximité entre les autorités disciplinaires et les avocats poursuivis – proximité facilitée par la petite taille (moins de 100 avocats) de plus de la moitié des 161 barreaux français (Ministère de la Justice, 2012), la justice disciplinaire de la profession d’avocat était soupçonnée de partialité.

La loi de 2004 met fin à ce système, sauf à Paris, en instituant des Conseils régionaux de discipline dans le ressort de chaque Cour d’appel – il y en a 36 en France dont 30 en métropole. Dans un mouvement d’alignement de la justice disciplinaire sur celle de droit commun (Serverin, 2007), les règles de la procédure disciplinaire au sein de la profession d’avocat a ainsi été rendue conforme à la Convention Européenne des Droits de l’Homme (C.E.D.H.), dont l’article 6 stipule que chacun a droit à « un procès équitable » par un « tribunal indépendant et impartial ». La juridiction disciplinaire devant être « équitable », « indépendante », « publique » et « contradictoire » – pour utiliser les termes de la C.E.D.H. – une stricte séparation a été instaurée entre les autorités de poursuite, d’instruction et de jugement. Selon la nouvelle architecture de la procédure disciplinaire, en effet, le Bâtonnier peut déclencher les poursuites à l’encontre d’un avocat, mais il n’instruit plus son cas. Il délègue à cette fin un membre du Conseil de l’ordre. Le C.R.D., lui, juge. Ni le Bâtonnier, ni le membre du Conseil de l’ordre ayant instruit l’affaire ne peuvent siéger au C.R.D., assurant ainsi théoriquement la séparation des trois étapes de la procédure. Notons, de plus, qu’un représentant de l’Etat peut aussi saisir le C.R.D. (en l’occurrence le Procureur général), que l’instruction est contradictoire (l’avocat poursuivi est obligatoirement convoqué par le rapporteur) et, enfin, que l’audience et la décision du C.R.D. sont publiques, achevant d’accorder la discipline de l’avocature aux exigences de la C.E.D.H.⁶⁴

Les Conseils de discipline jugent des fautes commises par les avocats inscrits aux barreaux établis dans la Cour d’appel. Tous les avocats sont susceptibles d’être poursuivis,

⁶⁴ Les particularités de l’organe disciplinaire parisien ont fait l’objet d’une question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a ainsi estimé, dans sa décision rendue le 29 septembre 2011, que les règles différentes de composition du Conseil de discipline de Paris par rapport aux autres Conseils « repose[nt] sur des critères objectifs et rationnels » – elles tiennent compte du grand nombre d’avocats inscrits au barreau de Paris – et « poursui[ven]t un but d’intérêt général » – garantir l’impartialité de l’instance disciplinaire et le principe d’égalité devant la justice. L’article 28 de la loi du 11 février 2004 instituant les Conseils de discipline a donc été jugée conforme à la Constitution.

quel que soit leur statut (stagiaire, honoraire⁶⁵, etc.) ; les anciens avocats peuvent aussi faire l'objet de poursuites. L'action disciplinaire n'est en effet soumise à aucune prescription. Un avocat aujourd'hui à la retraite peut donc très bien être poursuivi pour des faits relatifs à la période où il était inscrit au tableau. Un avocat à la retraite depuis 2 ans a ainsi été sanctionné pour être allé voir un ancien client en se faisant passer pour un avocat en exercice (Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 10 décembre 2002). Enfin, les Conseils de discipline sont composés de membres et d'anciens membres des Conseils de l'ordre des barreaux établis dans la Cour d'appel, *au prorata* de la taille de leurs tableaux⁶⁶ – et à l'exclusion des autorités de poursuite et d'instruction.

Notre étude porte sur les affaires disciplinaires d'un C.R.D. et du Conseil de discipline du barreau de Paris. Nous avons pu consulter l'intégralité des dossiers du premier, depuis les travaux préparatifs à sa mise en place, après la publication du Décret du 24 mai 2005⁶⁷, à sa dernière audience avant la fermeture annuelle de l'été 2012. Nous avons alors élaboré une base de données synthétisant nos observations et les informations recueillies. Chaque phase de la procédure disciplinaire donne lieu à une décision justifiée, de la saisine du Conseil de discipline – qui doit être motivée par l'autorité de poursuite – à sa sentence – qui doit être motivée par les membres ayant siégé à l'audience. De ce fait, de nombreuses pièces justificatives et procès-verbaux figurent dans les dossiers que nous avons pu consulter. Elles permettent de reconstituer l'enchaînement de la procédure, ses délais, mais aussi ses motifs, l'audience et la composition du Conseil, la peine prononcée et, le cas échéant, la poursuite de la procédure devant une juridiction d'appel. L'ensemble de ces données est enrichi de statistiques concernant l'activité du Conseil de discipline du Barreau de Paris pour les années 2009 à 2011. Nous n'avons pas eu accès aux dossiers du Conseil parisien, mais avons obtenu certaines statistiques qui peuvent utilement être comparées à celles que nous avons pu établir concernant l'activité du C.R.D. La commission disciplinaire du Barreau de Paris est certifiée ISO 9001 depuis 2010, à l'instar d'autres services internes comme celui des honoraires ou de la déontologie. La mise en place d'une méthode rigoureuse d'organisation du service a conduit à normaliser les différentes étapes de la procédure disciplinaire, notamment afin de respecter les délais imposés par la loi, et donne lieu à la production de statistiques qui nous ont été fournies lors de nos entretiens⁶⁸.

⁶⁵ En effet, selon l'article 21 du décret du 24 mai 2005, « l'avocat honoraire demeure soumis aux obligations résultant du serment d'avocat ».

⁶⁶ La composition des Conseils de discipline est définie par les articles 29 (pour les Conseils régionaux de discipline) et 30 (pour le Conseil de discipline de Paris) de la loi du 11 février 2004. Chaque Conseil de l'ordre désigne ses représentants qui élisent entre eux le Président du Conseil de discipline. Le décret du 24 mai 2005 précise le nombre de membres pouvant siéger en fonction de la taille du barreau.

⁶⁷ Dont le premier article, reprenant l'article 182 du Décret de 1991, invite les Conseils de discipline nouvellement créés à notamment établir un règlement intérieur.

⁶⁸ La certification ISO 9001 a notamment permis de spécifier des modèles de document (lettre de saisine, exposé des motivations, rapport d'instruction, citation à comparaître, feuillet d'audience, etc.). L'agenda des réunions et des audiences a été organisé et des alertes sur les différents délais à respecter ont pu être établies. L'ensemble de ces normes, selon un avocat, permet de « pallier l'absence de rétribution des membres en charge de la

Tableau 1 : quelques caractéristiques individuelles de l'échantillon

	Paris	C.R.D.
Taux de saisine 2009-2011 pour 100 avocats	0,37	0,20
Taux de saisine 2005-2012 pour 100 avocats	-	0,25
% des affaires concernant des femmes	21,3%	35,5%
% des affaires concernant des hommes	78,7%	64,5%
Taux de féminisation des barreaux*	51%	52,9%
Taux de féminisation de la profession France ⁺	52,7%	
Age moyen des avocats poursuivis ^o	-	51,4 ans
Age moyen de la profession France*	43,1 ans	

* *Données de l'observatoire du C.N.B. (2011)*

+ *Ministère de la Justice (2012)*

^o *Lorsqu'il ne figurait pas sur le rapport d'audience du Conseil de discipline, l'âge de l'avocat a été déduit de la date de prestation de serment.*

Le C.R.D. enquêté est celui d'une Cour d'appel de taille importante. Dans près des deux tiers des barreaux français, le nombre d'avocats est inférieur à 500 et seule une dizaine de Cours d'appel rassemble plus de 1000 avocats – c'est le cas de celle qui nous a ouvert les portes de son Conseil de discipline. La profession est en effet fortement concentrée, puisque le barreau de Paris rassemble à lui seul 41% des avocats français (soit presque 23 000⁶⁹). C'est d'ailleurs en raison de cette forte concentration qu'il a conservé ses prérogatives disciplinaires, alors qu'elles ont été transférées au niveau régional pour les autres barreaux. Alors qu'il y a en moyenne 51,4 avocats pour 100 000 habitants en région, on en compte 1014,6 à Paris – ce qui ne fait jamais qu'un avocat pour 1 000 résidents parisiens. Nous présentons quelques caractéristiques de l'échantillon obtenu par la synthèse de toutes ces données dans le tableau 1.

En conséquence des règles de constitution des instances disciplinaires, le C.R.D. étudié est composé de deux chambres devant lesquelles ont alternativement lieu les audiences, chacune formée de 13 binômes (titulaire/suppléant) d'avocats. Conformément à l'article 29 de la loi du 11 février 2004, tous sont membres ou anciens membres des Conseils de l'ordre des barreaux afférents à la Cour d'appel⁷⁰. Le Conseil de discipline de Paris est, lui, constitué de 4 chambres de 16 à 18 avocats et pas moins de 30 membres et anciens membres du Conseil de

discipline ». Aucun financement spécifique n'est en effet attribué aux Conseils de discipline, dont les membres ne sont pas non plus rémunérés. Notons que le coût d'une procédure ne donnant pas lieu à extension des délais ni appel de la sentence est évalué à hauteur de 650 euros par le C.R.D. Il est pris en charge par le barreau dont relève l'avocat poursuivi, sauf quand celui-ci est condamné aux dépens – ce qui est souvent le cas lorsqu'il est radié, comme nous le verrons.

⁶⁹ Précisément, les derniers chiffres issus du Ministère de la justice font état, pour 2012, de 56 176 avocats en France, dont 22 981 sont inscrits au tableau de l'Ordre parisien.

⁷⁰ Les membres des Conseils de discipline doivent en effet être choisis parmi les anciens bâtonniers, les membres des Conseils de l'ordre et les anciens membres de ces Conseils ayant quitté leur fonction depuis moins de huit ans.

l'ordre siègent à la Commission déontologie du barreau. Le Président du Conseil de discipline est le doyen des présidents des formations disciplinaires.

Section II – Autorégulation professionnelle et justice disciplinaire

Nous cherchons ici à mesurer l'effectivité de la discipline, en établissant un taux de saisine des instances disciplinaires enquêtées. La comparaison avec d'autres secteurs d'activité souligne l'opacité dont s'entoure la profession d'avocat et met en évidence l'ambiguïté des résultats obtenus. L'importance du pré-contentieux en matière disciplinaire, qui ressort de nos entretiens mais pour laquelle les chiffres manquent, peut toutefois venir nuancer le jugement d'une faible activité disciplinaire de la profession.

II.1. Une première mesure de l'effectivité de la discipline

Le C.R.D. a été saisi, depuis 2005, plus de 5 fois par an en moyenne. Rapporté au nombre d'avocats inscrits aux tableaux des barreaux composant la Cour d'appel, 0,25% des avocats ont eu un comportement ayant donné lieu à l'ouverture d'une instruction disciplinaire (cf. tableau 1). A Paris, le Conseil de discipline a été saisi 248 fois sur les 3 dernières années, ce qui, compte tenu du poids écrasant du barreau de Paris, accroît la probabilité moyenne à 0,36% par an⁷¹. De tels chiffres sont-ils le signe d'une faible ou, au contraire, d'une réelle effectivité de la discipline au sein de la profession ?

Il n'existe aucune statistique générale concernant les actions disciplinaires dans les autres professions, dans la fonction publique ou relatives aux salariés du secteur privé – tous discrets sur ce point. Ne sont donc possibles que des comparaisons ponctuelles avec les rares informations rendues publiques par certaines organisations.

C'est le cas du Conseil Supérieur de la Magistrature (C.S.M.), qui publie un rapport annuel de son activité mentionnant le nombre d'affaires disciplinaires. Un « Recueil des décisions et avis disciplinaires » a ainsi récemment été mis en ligne sur le site du C.S.M. rassemblant l'intégralité de la jurisprudence disciplinaire depuis 1959. Cet affichage public a pour objectif, comme l'explique le C.S.M., de « contribuer à renforcer la confiance des justiciables dans leur justice » et ainsi « participe[r] à la crédibilité et à la légitimité de la

⁷¹ Nos entretiens confirment une plus forte activité parisienne en moyenne : « à Paris, on est plus vigilants (...) notamment parce qu'on a les moyens de cette vigilance ».

magistrature »⁷². Depuis 1959, 256 décisions disciplinaires ont été rendues, 67 depuis 2005, si nous voulons comparer avec notre base de données qui remonte, pour le C.R.D., jusqu'à cette date. Or, il y a actuellement 8442 magistrats en France, selon le rapport 2011 du C.S.M. On obtient dès lors un taux de saisine de 0,79% par magistrat, soit deux fois plus que pour les avocats. Sachant que la répartition entre les magistrats du siège et ceux du Parquet est relativement stable, à 75% et 25%, les 54 affaires disciplinaires traitées pour les magistrats du siège élèvent cette probabilité à 0,85% et les 13 affaires concernant le Parquet la ramène à 0,62%. Ce premier élément de comparaison semble donc plutôt soutenir l'idée d'une faible effectivité de la justice disciplinaire de la profession d'avocat. Pourtant, de Lamaze et Pujalte (2009, p. 232) estiment que « le corpus déontologique en vigueur dans l'avocature (...) est textuellement et jurisprudentiellement plus étoffé et plus affiné, les instances de contrôle (bâtonniers, Conseil de l'ordre, procureur général près de la cour d'appel, voire indirectement le C.N.B.) sont à l'évidence plus nombreuses pour l'avocat que pour le juge, et il est en pratique plus facile pour le justiciable de mettre en cause le premier que le second ».

Les Ordres régionaux des médecins, qui hébergent les chambres disciplinaires de première instance, sont eux aussi forts peu diserts vis-à-vis du public sur les affaires disciplinaires. Celui des Pays de la Loire fournit néanmoins le nombre de cas jugés depuis 2008 qui, rapporté au nombre des médecins de l'ordre de cette région, conduit à une probabilité moyenne d'être jugé en discipline autour de 0,5% par an⁷³. On est là encore au-dessus des chiffres obtenus pour la profession d'avocat.

Enfin, l'effectivité de la justice disciplinaire de l'avocature peut également être comparée avec certaines pratiques hors du cadre des professions réglementées. La Mairie de Paris a ainsi publié récemment les résultats d'un audit des procédures disciplinaires en vigueur à la Ville⁷⁴. Le Bureau des organismes disciplinaires rend en moyenne une soixantaine d'avis par an, sans compter le nombre de « sanctions du premier groupe » (les avertissements et les blâmes) qui ne nécessitent pas le passage en Conseil de discipline. Rapporté aux presque 49 000 agents de la Ville, le taux de saisine est de 0,12%. Par ailleurs, le bilan établi par une des plus grandes entreprises publiques françaises en 2008 fait, lui, état d'un taux de 0,61%. Faut-il en déduire qu'il y a plus de comportements répréhensibles dans cette entreprise qu'au sein de la profession d'avocat et qu'à la Mairie de Paris ? Que les magistrats commettent plus souvent des actions condamnables que les avocats ? Selon une telle interprétation, un faible taux de saisine est alors le signe d'instances professionnelles vigilantes et reflète le petit nombre de manquements déontologiques des membres. Une

⁷² Le dernier rapport annuel (2011) du Conseil Supérieur de la Magistrature est consultable sur http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/all/themes/csm/rapports/CSM_Rapport%202011.pdf et le recueil disciplinaire sur <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats>

⁷³ Cf. <http://www.pays-de-la-loire.ordre.medecin.fr/node/4919> ; pour les données concernant la démographie de la profession, cf. <http://www.conseil-national.medecin.fr/demographie/atlas-national-873>

⁷⁴ Ce rapport, parfaitement public, est consultable sur le site de la mairie de Paris, à l'adresse suivante : http://www.paris.fr/pro/Portal.lut?page_id=9764&document_type_id=4&document_id=14231&portlet_id=24430&multileveldocument_sheet_id=21828

information accrue sur la discipline auprès des confrères et des clients en renforcerait alors la portée dissuasive pour les premiers et, par suite, améliorerait la qualité des services et la réputation de la profession vis-à-vis des seconds (Núñez, 2001 ; 2007).

Doit-on, au contraire, inférer des calculs précédents que les juridictions disciplinaires compétentes sont plutôt complaisantes envers les avocats, surtout en région, et particulièrement indulgentes pour les agents de la Ville de Paris ? Selon une telle interprétation, plus pessimiste que la précédente, le petit nombre d'affaires disciplinaires effectivement porté à la connaissance du public indiquerait en réalité une faible vigilance de la profession. Les quelques cas connus reflèteraient ainsi uniquement la partie émergée de l'iceberg, échappant aux pratiques de « couverture » d'une profession avant tout soucieuse de ne pas entacher sa réputation collective par la révélation de pratiques susceptibles de réduire la demande de services juridiques de la part des consommateurs.

A défaut de données à la fois plus nombreuses et plus précises, offrant des moyens fiables de comparaison, l'appréciation objective de l'activité disciplinaire des avocats apparaît délicate. Les sources sont en effet trop éparses pour permettre la production de statistiques suffisamment générales et d'analyses plus pertinentes. La profession communique amplement sur les règles déontologiques et la rigueur nécessaire à l'exercice du métier d'avocat. La procédure disciplinaire a, de plus, été rendue plus transparente – l'audience et le prononcé de la décision sont notamment devenus publics. La communication concernant le volet disciplinaire est toutefois fort restrictive, tant au sein de la profession que vis-à-vis des tiers. Il n'existe, en pratique, aucun recensement centralisé du nombre et de l'issue des procédures disciplinaires, même au sein de la profession. Aucun fichier national des radiations n'est établi, par exemple, octroyant de fait la possibilité à certains avocats frauduleux de s'inscrire au tableau d'un barreau éloigné de celui dont ils ont été radiés. En outre, les difficultés que nous avons rencontrées pour accéder à quelques données tranchent singulièrement avec l'accessibilité en ligne à la totalité des décisions disciplinaires de la Magistrature. C'est pourquoi les résultats obtenus ici conduisent à s'interroger sur l'éventualité de l'arbitrage mis en évidence plus haut, auquel pourrait procéder la profession, à savoir entre :

- D'une part, la publicité des débats et des décisions, qui améliore l'information des confrères et des clients et, par suite, renforce la portée dissuasive et pédagogique des peines disciplinaires prononcées ;
- D'autre part, les pratiques de « couverture » (*cover up*), qui conduisent la profession à ne pas diffuser les affaires disciplinaires pensant ainsi ne pas entacher la réputation collective de la profession et, par suite, la demande de services juridiques.

Déplorant lui aussi le manque de données tant économiques que sociologiques sur la profession, Karpik (2003) suggère un déficit de connaissance plutôt voulu par la profession que subi par elle. Toutefois, même si, là encore, nous ne disposons pas de données détaillées, les propos recueillis lors de nos entretiens concernant l'activité disciplinaire pré-contentieuse nuancent cette image négative d'instances professionnelles peu vigilantes.

II.2. Le pré-contentieux en matière disciplinaire

Le Bâtonnier de l'ordre a, entre autres fonctions, celle de répondre aux plaintes des justiciables. Les clients, mais aussi les confrères ou les autres professionnels de la justice peuvent dénoncer le comportement d'un avocat auprès du Bâtonnier du barreau dont il relève. Charge au Bâtonnier de « ventiler » ces plaintes, c'est-à-dire de distinguer entre celles qui portent sur les honoraires, celles qui relèvent de la responsabilité professionnelle, et celles qui constatent des manquements à la déontologie (cf. *infra* partie IV sur les différentes responsabilités de l'avocat. Les affaires concernant les honoraires sont traitées par le Bâtonnier, véritable « juge des honoraires » en première instance⁷⁵. Les deuxièmes, les fautes professionnelles, doivent trouver une solution soit transactionnelle (assurances), soit judiciaire (devant la juridiction civile). Seules les dernières peuvent donner lieu à l'ouverture de poursuites disciplinaires.

Concernant celles-ci, si la plainte constatant un manquement déontologique lui semble fondée – ce qui est loin d'être toujours le cas comme le rappelle la citation ci-dessus du rapport Darrois – le Bâtonnier administre une admonestation paternelle ou recourt au disciplinaire. L'admonestation paternelle n'est pas une sanction disciplinaire, mais équivaut à « une simple remontrance que le Bâtonnier est en droit d'adresser à un avocat pris en défaut sans condition de forme ou de procédure particulière » (Cass. 1ère ch. civ. 16 mai 2012). Si le manquement est suffisamment grave ou répété, le Bâtonnier recourt au disciplinaire et peut alors soit ouvrir une enquête déontologique, soit saisir directement le Conseil de discipline.

Dans le premier cas, il peut désigner un ou plusieurs délégués pour réaliser cette enquête préalable. Notons que le Bâtonnier peut aussi, en vertu de l'article 187 du décret du 11 novembre 1991, procéder ou faire procéder à une enquête déontologique de sa propre initiative. Il a, ou le(s) délégué(s) a/ont, toute latitude pour mener cette enquête dont les conclusions, sous la forme d'un rapport, doivent permettre au Bâtonnier de décider si, oui ou non, il est nécessaire de saisir le Conseil de discipline⁷⁶. Nous observons que moins de 10% des saisines ont préalablement fait l'objet d'une enquête déontologique. Dans plus de 90% des cas, par conséquent, le Bâtonnier saisit directement le Conseil de discipline sans enquêter

⁷⁵ A Paris, les premières sont traitées au sein du service de l'arbitrage et des honoraires. Celui-ci reçoit environ 3000 plaintes par an qui, rapportées aux presque 23 000 avocats du barreau, conduit à un taux de plainte concernant les honoraires autour de 13%. D'après les informations obtenues lors de nos entretiens, 70% de ces plaintes apparaissent fondées et donnent lieu à une décision du Bâtonnier. Selon l'article 175 du décret du 27 novembre 1991, celui-ci a 4 mois pour rendre sa décision, suite à une procédure contradictoire où doivent être entendus le plaignant et son avocat. Dans la moitié des cas, le Bâtonnier fixe un nouvel honoraire. 20% des affaires aboutissent à une restitution, par l'avocat, de tout ou partie des honoraires versés par son client et dans les 30% restants, le demandeur est débouté.

⁷⁶ Aucun texte n'oblige le Bâtonnier à entendre le plaignant lors de l'enquête déontologique, si toutefois celle-ci fait suite au dépôt d'une plainte. Un renforcement du rôle du plaignant pourrait-il passer par son audition obligatoire même en amont de la saisine du Conseil de discipline ?

préalablement. Nous ne disposons toutefois pas d'information sur le nombre total d'enquêtes déontologiques menées dans les différents barreaux relevant de la Cour d'appel étudiée, étant donné que toutes ne conduisent probablement pas le Bâtonnier à saisir le C.R.D.⁷⁷

Section III – Les pratiques de la justice disciplinaire

Nous présentons maintenant différents indicateurs relatifs à la justice disciplinaire, établis à partir des données recueillies, en suivant le déroulement de la procédure disciplinaire telle qu'instituée par la loi du 24 février 2004 et les décrets du 24 mai 2005 puis du 15 mai 2007. Nous détaillons en particulier l'issue des procédures et les sanctions prononcées.

III.1. De la saisine à l'audience du Conseil de discipline⁷⁸

Le Conseil de discipline, on l'a vu, peut être saisi soit par le Bâtonnier de l'ordre au tableau duquel est inscrit l'avocat incriminé, soit par le Procureur général⁷⁹. C'est ce dernier cas, en général, lorsqu'un avocat a été condamné par une autre juridiction, civile ou pénale. Le Parquet saisit alors le Conseil de discipline dans le but de faire sanctionner cet avocat disciplinairement pour les mêmes faits par ses pairs. Entre 2005 et 2012, les Bâtonniers des barreaux établis dans le Cour d'appel étudiée sont à l'origine de 77,4% des saisines. Les 22,6% des saisines émanant du Parquet font suite, comme nous venons de le souligner, au dépôt d'une plainte à l'encontre de l'avocat ou à sa condamnation par un tribunal correctionnel (cf. *infra* § IV.2)⁸⁰.

⁷⁷ Est-ce le signe que les manquements déontologiques incriminés semblent clairement avérés pour le Bâtonnier ? La question mérite d'être posée, d'autant que nous observons une multiplicité de griefs dans presque la moitié des affaires disciplinaires (cf. *infra* § V.1.)

⁷⁸ Dans cette sous-partie, les indicateurs sont calculés à partir des informations recueillies auprès du seul C.R.D., dont l'accès aux dossiers a permis d'élaborer des données nettement plus détaillées que les statistiques générales obtenues auprès du Conseil parisien.

⁷⁹ Depuis 2002, les institutions disciplinaires de certaines professions médicales peuvent être saisies directement par les victimes. Concernant les avocats, le rapport Darrois (2009) préconise d'auditionner le client lors de l'audience, s'il est à l'origine des poursuites, mais écarte la possibilité qu'il saisisse directement les instances disciplinaires (cf. encadré 1).

⁸⁰ Selon les termes du Décret du 24 mai 2005, la saisine est un « acte motivé ». Nous trouvons en effet toujours dans les dossiers du C.R.D. une lettre formelle de saisine dans laquelle l'autorité de poursuite relate les faits pouvant constituer une faute disciplinaire au titre de laquelle elle demande que l'avocat soit poursuivi.

Une fois saisi, le Conseil de discipline a 8 mois pour rendre son jugement, sous peine de nullité⁸¹. Le Conseil de discipline de Paris a ainsi jugé irrecevable une action engagée à l'encontre d'un avocat pour des faits pour lesquels une première action avait déjà été engagée mais donné lieu à un rejet pour défaut de décision dans les 8 mois suivant la saisine. Ainsi, le non-respect de la durée de 8 mois pour la procédure disciplinaire entraîne automatiquement l'abandon définitif de toute poursuite à l'encontre de l'avocat concernant les faits incriminés.

Encadré 1 : Vers un renforcement du rôle du plaignant ?

La profession s'interroge aujourd'hui sur la possibilité de donner un rôle plus important au plaignant, notamment au client, si celui-ci est à l'origine de la poursuite disciplinaire à l'encontre de l'avocat. Le rapport Darrois (2009) préconise en effet de renforcer la place du plaignant dans la procédure discipline afin d'en améliorer la transparence à l'égard du public. Jusqu'à présent, le plaignant n'est pas considéré comme partie aux poursuites. Il est tenu informé de l'évolution de la procédure, mais n'en est pas un véritable acteur. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé, illustrant le rôle passif du plaignant, que son désistement et le retrait de sa plainte ne sont pas susceptibles de mettre fin à l'action disciplinaire (Cass. 1^{ère} ch. civ. 16 décembre 2003).

Jusqu'à présent, le plaignant est d'abord avisé de la saisine ou non du Conseil de discipline suite au dépôt de sa plainte. Il est ensuite généralement entendu par le rapporteur et peut assister à l'audience du Conseil de discipline puisque, sauf décision contraire, celle-ci est publique. Il ne peut toutefois y intervenir et n'aura pas la parole. Enfin, il est bien sûr informé de la décision du Conseil de discipline « lorsque celle-ci est passée en force de chose jugée » (article 196 du décret du 27 novembre 1991), c'est-à-dire une fois passé le délai légal de recours s'il n'est pas fait appel. Le plaignant n'a donc aujourd'hui pas accès au dossier, ne dispose pas du droit d'appel et ne peut prétendre à aucune réparation personnelle, puisque ce n'est pas cela qui est sanctionné par la discipline.

Selon le rapport Darrois (2009), renforcer le rôle du plaignant passerait notamment par son audition lors de l'audience du Conseil de discipline. Ceci implique la possibilité qu'il soit représenté par un avocat. Toutefois, la possibilité pour le plaignant de saisir directement le Conseil de discipline est écartée, car « de nombreuses plaintes sont infondées et des saisines directes auraient pour principal effet l'engorgement des conseils ; et donc leur inefficacité ». (p. 44). Est souligné ici le rôle important joué par le Bâtonnier en amont de toute la procédure disciplinaire, révélé aussi lors de nos entretiens avec des membres de la profession.

A la première étape de la procédure, le Conseil de l'ordre de l'avocat poursuivi a 15 jours pour désigner l'un de ses membres – le rapporteur – devant procéder à l'instruction de l'affaire⁸². Nous observons déjà un taux élevé d'affaires qui s'arrêtent là : aucun rapporteur

⁸¹ Le délai initialement fixé à 6 mois a été étendu par le décret du 15 mai 2007 ; même ainsi, les difficultés à le respecter sont une des raisons ayant conduit la commission disciplinaire du barreau de Paris à entamer la démarche conduisant à l'obtention de la certification ISO 9001.

⁸² Les textes précisent que si le Conseil de l'ordre ne désigne pas de rapporteur dans les 15 jours suivant sa notification par le Conseil de discipline alors l'autorité de poursuite saisit le premier président de la Cour d'appel qui procède à cette désignation. Nous n'avons pas rencontré ce cas, malgré des affaires (9,7%) pour lesquelles ce délai a été largement dépassé – dans l'une, le Conseil de l'ordre a mis jusqu'à 29 jours pour désigner un rapporteur. Notons que, dans toutes ces affaires, l'autorité de poursuite à l'origine de la saisine du Conseil de discipline est le Parquet.

n'est nommé par le Conseil de l'ordre (22,6%)⁸³. Seules 74% des saisines du C.R.D. donnent donc lieu à l'ouverture d'une instruction. A partir de ce moment, l'avocat peut-être assisté d'un confrère chargé de le représenter et de défendre ses intérêts. C'est ce que choisissent 45,8% des avocats dont l'affaire est instruite.

Le rapporteur doit procéder à une instruction contradictoire – il doit donc auditionner l'avocat incriminé⁸⁴ – et établir un rapport dans les 4 mois. Ce délai peut être prolongé de 2 mois à sa demande auprès du président du C.R.D. – c'est le cas dans 3,22% des affaires. A l'issue de l'instruction, là encore, un certain nombre d'affaires s'arrête (16,7%). Au final, seules 61,3% des affaires ayant donné lieu à une saisine du C.R.D. passeront effectivement en audience sur la période 2005-2012. D'un taux de saisine moyen de 0,25% par an depuis la création du C.R.D., on aboutit alors à un taux de jugement de 0,15% par an. Celui de Paris, par comparaison, s'établit à 0,52% en moyenne par an depuis 2009.

A l'issue de l'instruction, là encore, un certain nombre d'affaires s'arrête. C'est, par exemple, le cas de l'affaire n°12 présentée dans l'encadré 2. En tout, 16,7% des affaires instruites n'iront pas jusqu'à l'audience du Conseil de discipline⁸⁵. Au final, seules 61,3% des affaires ayant donné lieu à une saisine du CRD passeront effectivement en audience sur la période 2005-2012. D'un taux de saisine moyen de 0,25% par an depuis la création du CRD, on aboutit alors à un taux de jugement de 0,15% par an. Celui de Paris, par comparaison, s'établit à 0,52% en moyenne par an depuis 2009.

L'audience constitue la dernière étape de la procédure. Selon les textes, l'avocat poursuivi doit être convoqué au moins 8 jours à l'avance. La 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a rappelé que la citation doit comporter, sous peine de nullité, l'indication précise des faits poursuivis et la référence des dispositions législatives ou réglementaires réprimant les manquements professionnels reprochés (arrêt du 17 juillet 1996). Elle note encore que la juridiction disciplinaire ne peut statuer que sur les faits précisés dans la citation.

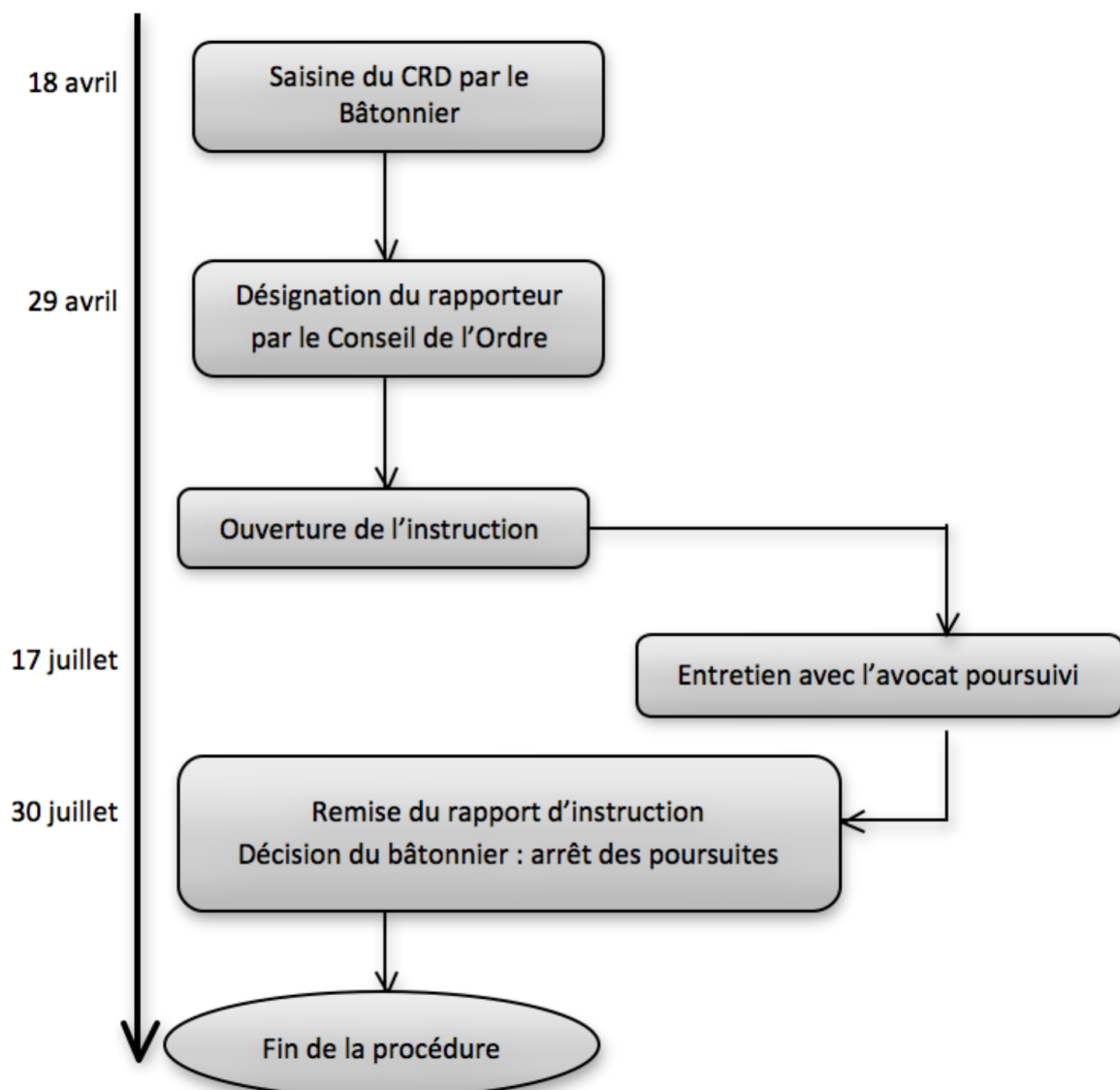
⁸³ En fait, dans 71% des cas, il s'agit de saisines motivées par un manquement aux heures de formation. La plupart n'ont ainsi pas donné lieu à ouverture de l'instruction, l'avocat ayant fourni suite à la saisine les justificatifs des heures de formation effectuées au Bâtonnier.

⁸⁴ Le rapporteur ne possède pas, toutefois, de pouvoir de coercition si les personnes qu'il convoque refusent de se présenter ou de répondre à ses demandes (y compris l'avocat poursuivi, comme c'est le cas dans une des affaires du C.R.D.) En outre, un avocat poursuivi devant le C.R.D. a obtenu la nullité de la procédure pour n'avoir pas été convoqué par le rapporteur.

⁸⁵ Là encore, un nombre élevé d'affaires concernant des manquements aux heures de formation, finalement rattrapées durant la phase d'instruction et ne nécessitant donc pas de décision de la part du Conseil de discipline.

Encadré 2 : Chronologie de l'affaire n°12

Le dossier de cette affaire débute par la lettre de saisine du Conseil, rédigée par le Bâtonnier, et datée du 18 avril. 11 jours plus tard, le Conseil de l'Ordre de l'avocat poursuivi se réunit et désigne un rapporteur. L'instruction est ouverte. Environ deux mois et demi plus tard, le rapporteur entend l'avocat poursuivi. Le rapport d'instruction est remis au Président du Conseil de Discipline 14 jours plus tard ; il souligne que le motif des poursuites n'a plus lieu d'être et propose de les arrêter. La procédure prend fin, trois mois et demi après la saisine.



Pour que l'audience puisse avoir lieu, 5 membres au moins doivent siéger, et toujours en nombre impair⁸⁶. L'assemblée statue à la majorité des voix et, en cas de partage des voix,

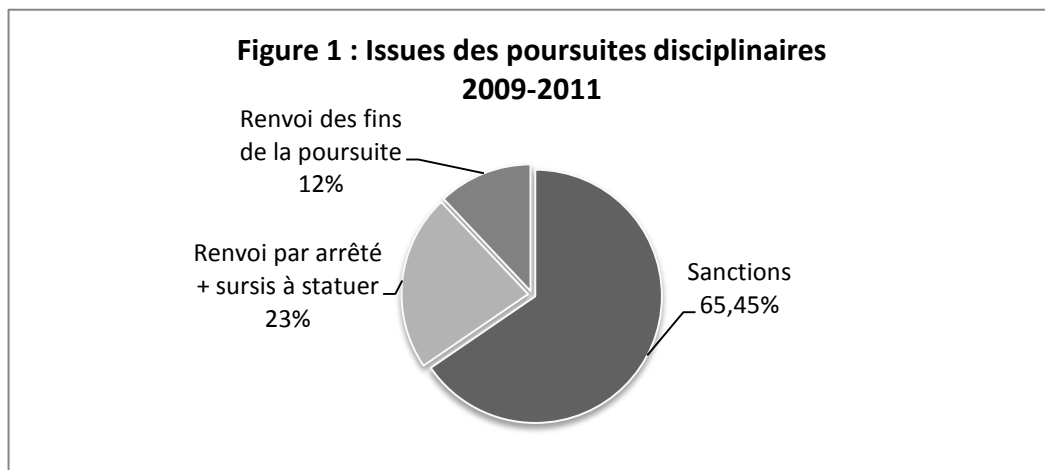
⁸⁶ Si le nombre d'avocats disponible pour l'audience est pair, alors un membre tiré au sort devra se retirer.

celle du Président permet de dégager la majorité. En pratique, les décisions rendues par le C.R.D. enquêté ont toutes été prises à l'unanimité.

Les débats sont publics, sauf si l'instance disciplinaire statue le contraire, ce qui peut se produire à la demande de l'avocat poursuivi ou de l'autorité de poursuite, généralement dans les cas susceptibles de porter atteinte à l'intimité de la vie privée, de l'avocat mais aussi d'un tiers. Le huis clos peut aussi être nécessaire pour la sauvegarde de secret professionnel. Aucune des audiences du C.R.D. enquêté n'a nécessité le huis clos⁸⁷.

III.2. Les sanctions disciplinaires

Toutes les audiences disciplinaires n'aboutissent pas, évidemment, au prononcé d'une peine disciplinaire. S'ils estiment que les comportements incriminés ne constituent pas une faute disciplinaire, les pairs renvoient aux fins des poursuites. C'est le cas, sur la période 2009-2011, de 12% des affaires passées devant les deux conseils (figure 1). Moins de 66% des affaires passant en audience donnent lieu à une sanction disciplinaire. Alors que le nombre de saisines du Conseil du discipline ramené au nombre d'avocats inscrits aux barreaux établis dans la Cour d'appel concernée est de 0,25% par an depuis la création du C.R.D., on obtient un taux de sanction de 0,11%. Nettement plus élevé à Paris, le taux moyen de sanction s'établit à 0,32% en 2011.

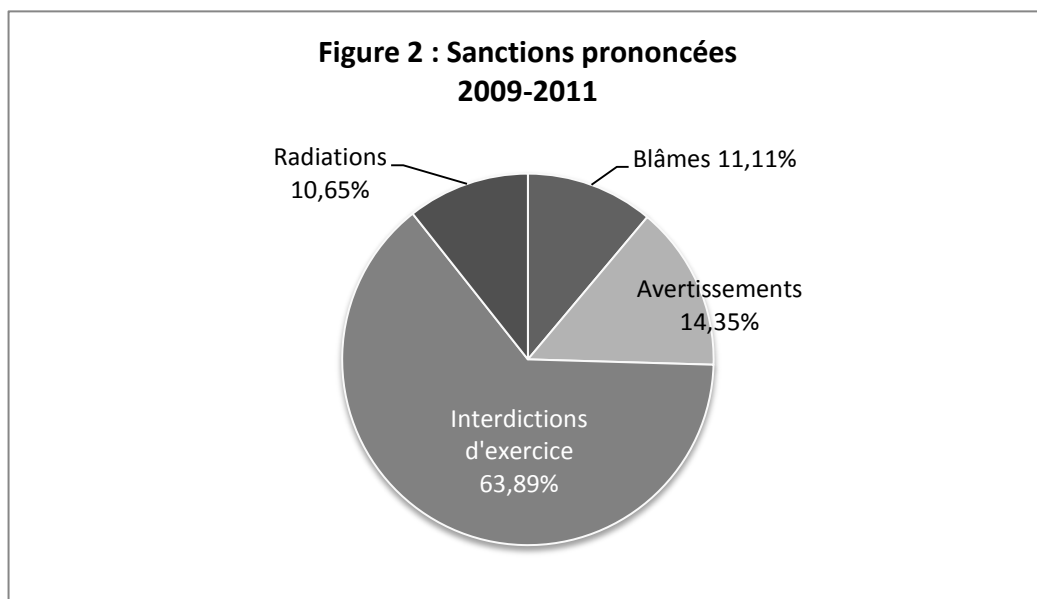


Les peines disciplinaires pouvant frapper un avocat sont, par ordre croissant de gravité : (i) l'avertissement ; (ii) le blâme ; (iii) l'interdiction temporaire d'exercice – qui ne

⁸⁷ Pour une analyse de la levée progressive du secret des professions et de l'introduction du principe de publicité dans leurs institutions disciplinaires, voir Serverin (2007).

peut excéder trois années ; (iv) la radiation du tableau⁸⁸ – c'est-à-dire une interdiction définitive d'exercer la profession d'avocat.

La figure 2 détaille les sanctions disciplinaires prononcées par les deux conseils depuis 2009. On observe ainsi que la radiation et l'interdiction d'exercice constituent les sanctions très majoritairement prononcées, soutenant la thèse d'une justice disciplinaire effective : si le taux moyen de sanction peut sembler faible, les sanctions prononcées ne le sont pas. En effet, blâme et avertissement, qui ne produisent aucun effet particulier, forment seulement un quart des peines prononcées ; dans ce cas, l'activité de l'avocat se poursuit normalement. Ils constituent néanmoins des précédents dont les pairs tiendront compte en cas de nouvelle poursuite. Les sanctions disciplinaires sont en effet établies au cas par cas, et leur gravité dépend de la nature de la faute commise, mais aussi des antécédents disciplinaires de l'avocat. Ainsi de cet avocat parisien traduit deux fois en discipline à 9 mois d'intervalle, sanctionné une première fois par un avertissement puis, la seconde fois, par une interdiction temporaire d'exercice. Dans ce cas, ainsi que dans celui d'une radiation, c'est au Parquet général d'assurer la diffusion de la sanction⁸⁹.



Lorsque l'avocat est interdit d'exercice, il ne peut plus offrir ses services mais son cabinet a toujours une existence légale. Celui-ci fonctionne sous l'administration provisoire

⁸⁸ Ou le retrait de l'honorariat si l'avocat poursuivi est un avocat honoraire. Les Conseils de discipline sont compétents pour statuer quant aux infractions commises par d'anciens avocats inscrits au tableau à l'époque des faits qui leur sont reprochés.

⁸⁹ Dans les faits, note le Guide de la procédure disciplinaire établi par la Conférence des Bâtonniers (2006), les avocats sanctionnés s'efforcent de continuer à travailler sous le manteau. Les procureurs généraux n'ont pas tous « une vue identique sur l'étendue et la portée de la peine de suspension » (p. 29).

d'un confrère du barreau. La condamnation à l'interdiction d'exercer peut être assortie du sursis ; c'est d'ailleurs le cas dans 76% des interdictions d'exercice prononcées dans les Conseils de discipline enquêtés (tableau 2). Dans ce cas, la peine n'est pas exécutée dans l'immédiat, aucun administrateur provisoire n'est nommé. Si dans un délai de 5 ans, l'avocat est de nouveau sanctionné disciplinairement, alors il devra exécuter la première peine non encore exécutée, sans confusion avec la seconde – comme le précise l'article 184 du Décret du 27 novembre 1991⁹⁰.

Tableau 2 : détail des modalités des interdictions d'exercice

Durée moyenne d'interdiction d'exercer	10,8 mois
Durée médiane ⁹¹	5 mois
Interdictions d'exercer assorties du sursis	76%
Durée moyenne du sursis	5,9 mois
Sursis de la totalité de la durée de la peine	76%

Les peines disciplinaires peuvent s'accompagner de sanctions accessoires, en particulier de la privation du droit de faire partie du Conseil de l'ordre (et donc d'être Bâtonnier) ou d'une autre instance professionnelle (comme le C.N.B.), pour une durée maximale de 10 ans (tableau 3).

Tableau 3 : détail des sanctions accessoires (en % des sanctions prononcées)

Privation du droit de faire partie d'une instance professionnelle	28,23%
Durée moyenne de la privation	6,5 ans
Durée médiane de la privation	5 ans
Publicité de la peine	12,94%
Condamnations aux dépens	32%
Cumul sanctions accessoires ⁹²	17,65%

Autre sanction complémentaire – qui peut se cumuler avec la précédente mais ce n'est pas toujours le cas – le jugement peut exiger la publicité de la peine disciplinaire – en général

⁹⁰ Les sanctions disciplinaires et leur gradation au sein de la profession d'avocat correspondent à celles que peut prononcer tout employeur à l'égard d'un salarié. On peut en effet mettre en parallèle l'interdiction temporaire d'exercer avec la mise à pied disciplinaire qui suspend le contrat de travail, et la radiation du tableau avec un licenciement disciplinaire, c'est-à-dire un licenciement pour faute grave ou lourde. Notons que si la mise à pied disciplinaire ne peut excéder 8 jours dans l'entreprise, la durée de l'interdiction temporaire d'exercice est nettement plus longue – au minimum 10 jours dans notre échantillon – et peut durer jusqu'à 3 ans – 12% des cas.

⁹¹ La médiane sépare l'échantillon en deux parties égales. Ainsi, la moitié des interdictions temporaires d'exercice prononcées condamnent l'avocat à ne pas pratiquer sa profession pendant moins de 5 mois et l'autre moitié le condamne à ne pas exercer pendant plus de 5 mois.

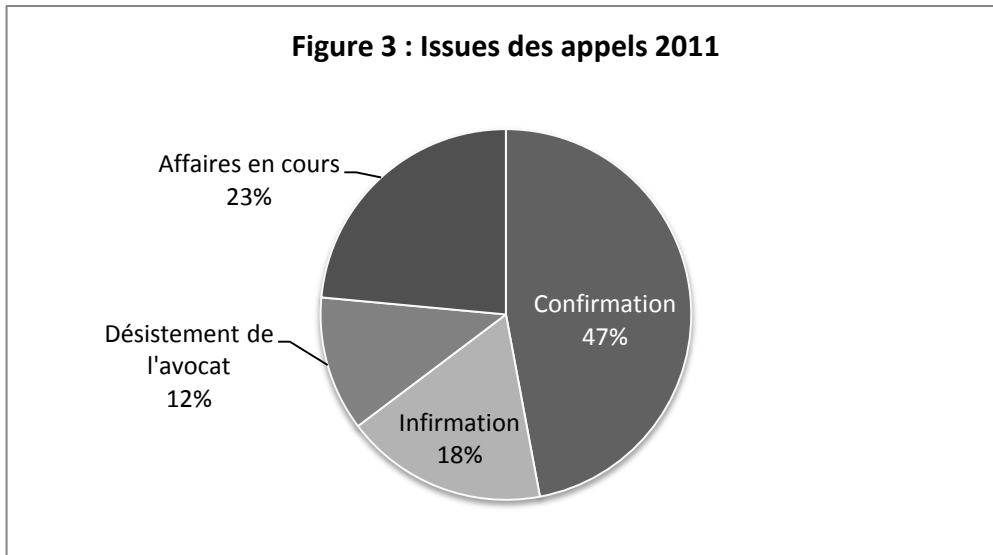
⁹² Au moins deux peines accessoires sont prononcées, quelques cas (4,7%) voyant leur peine disciplinaire alourdie à la fois d'une privation des droits, d'une publicité de la peine et du paiement des dépens.

dans les locaux du Conseil de l'ordre. Enfin, l'avocat peut être condamné à payer les dépens de la procédure disciplinaire. A cet égard, aucun financement spécifique n'est attribué aux instances disciplinaires, dont les membres ne sont pas rémunérés. C'est au Conseil de l'ordre de l'avocat condamné de s'acquitter du coût de la procédure, sauf lorsqu'est prononcée une condamnation aux dépens. On observe aussi que la majorité des radiations est associée à une condamnation aux dépens et à la publicité de la peine – la profession leur donnant donc une certaine visibilité.

III.3. Les voies de recours

Tant qu'il n'est pas fait appel, la discipline de la profession demeure interne à celle-ci, incarnant pleinement l'idée d'une autorégulation de la profession. Le Conseil de discipline peut toutefois être saisi par le Procureur Général, extérieur à la profession. Mais une fois qu'il est saisi, l'affaire disciplinaire est entièrement gérée par la profession. Un confrère, membre du Conseil de l'ordre de l'avocat poursuivi, instruit l'affaire et le Conseil de discipline, uniquement composé de confrères, membres des barreaux établis dans la Cour d'appel, décide de son issue. Instruction et jugement sont ainsi autorégulés par les membres de la profession.

Le Conseil de discipline est assimilable à une juridiction de premier degré. L'avocat sanctionné, mais aussi l'autorité de poursuite ou le Parquet, peuvent en effet former un recours contre sa décision devant la Cour d'appel, dans un délai d'un mois. A partir de ce second degré – le cas pouvant ensuite être pourvu en Cassation – l'avocat n'est plus jugé par ses pairs, mais par des magistrats des juridictions supérieures. Le recours extrait donc la discipline du champ de l'autorégulation professionnelle, dont les décisions disciplinaires sont dès lors contrôlées judiciairement. Autrement dit, la déontologie de la profession, droit autorégulé, s'inscrit dans un ordre juridique plus global, évitant alors sa réduction à un pur droit d'intérêts particuliers. . « Le contentieux disciplinaire échappe ainsi en partie à son image de 'contentieux uniquement professionnel' » (Moret-Bailly, 2007b, p. 87).



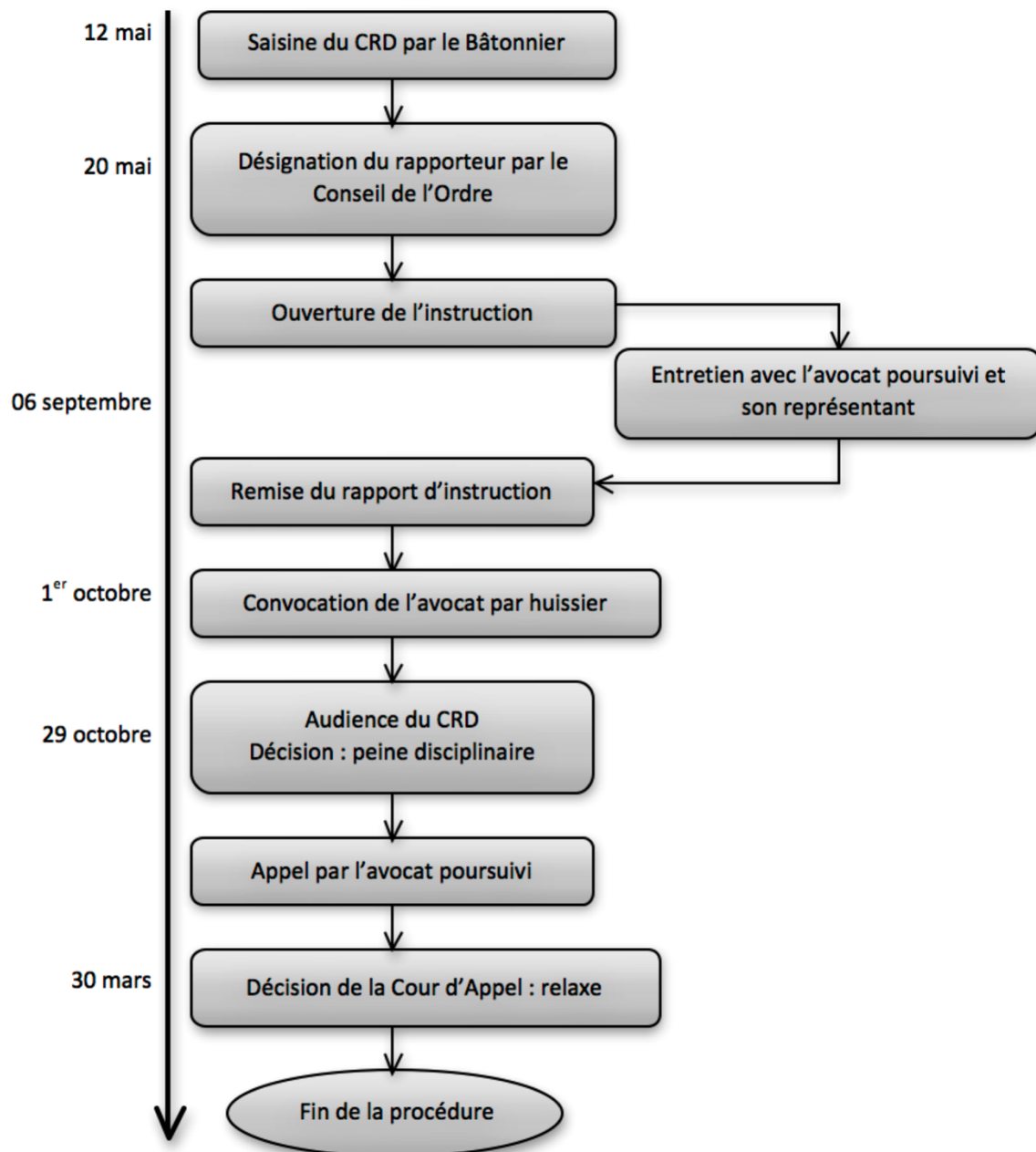
18,4% des jugements prononcés par les conseils étudiés (soit 24,7% des sanctions) ont fait ou font l'objet d'un recours, dans 95% des cas formé par l'avocat poursuivi. La figure 3 illustre les suites des appels formés en 2011. Les Cours d'appel confirment majoritairement les sanctions prononcées par les instances disciplinaires.

L'encadré 3 présente le déroulement de l'affaire n°3, depuis la saisine du C.R.D. jusqu'au jugement de la Cour d'appel⁹³.

⁹³ On trouvera dans l'annexe 2 le déroulement de l'affaire n°25, faisant partie du petit nombre de dossiers ayant fait l'objet d'une enquête déontologique préalable à la saisine du Conseil de discipline. On observe alors le déroulement d'une affaire ayant donné lieu à toutes les étapes possibles de la procédure disciplinaire.

Encadré 3 : chronologie de l'affaire n°3

Le Conseil de Discipline est saisi par le Bâtonnier le 12 mai. Le Conseil de l'ordre désigne un rapporteur huit jours après, l'instruction se trouve ainsi ouverte. L'avocat poursuivi, assisté d'un confrère, est entendu par le rapporteur le 6 septembre. Suite à la remise du rapport d'instruction, l'avocat et son représentant sont convoqués à l'audience du Conseil de Discipline fixée au 29 octobre. A l'issue, l'avocat est sanctionné. Il décide de faire appel. La décision de la Cour d'Appel, à la date du 30 mars, relaxe l'avocat de la sanction disciplinaire prononcée à son encontre. En tout, la procédure aura duré 10 mois et demi – dont moins de 6 mois pour la procédure disciplinaire



proprement dite.

Section IV – Les responsabilités de l’avocat : civile, pénale et disciplinaire

Après avoir examiné les sanctions disciplinaires et la procédure dont elles sont l’issue, nous proposons d’analyser les fautes qu’elles répriment. Tel le bâtonnier qui ventile les plaintes des justiciables, nous devons d’abord distinguer les différents types de fautes qu’est susceptible de commettre l’avocat. Relèvent de sa responsabilité disciplinaire les seuls manquements à ses obligations déontologiques. Le premier article du R.I.N. de la profession rappelle celles nées du serment prononcé par le jeune avocat, qu’il complète par l’énoncé des principes fondamentaux du métier (encadré 4). Pas moins de 16 valeurs encadrent ainsi l’activité de l’avocat, qu’une abondante jurisprudence disciplinaire, hier ordinale, aujourd’hui régionale, mais aussi nationale et européenne, est venue préciser. Elle distingue, d’abord, la faute disciplinaire de la faute civile et du dommage social sanctionné au pénal.

Encadré 4 : Extraits du R.I.N. relatifs à la discipline

Les qualités attendues d’un avocat sont précisées dans le RIN, notamment dans son 1er article intitulé « Les principes essentiels de la profession d’avocat » :

Profession libérale et indépendante

1.1 La profession d’avocat est une profession libérale et indépendante quel que soit son mode d’exercice. (...) ⁹⁴

Respect et interprétation des règles

1.3 Les principes essentiels de la profession guident le comportement de l’avocat en toutes circonstances. L’avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment.

Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d’honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie.

Il fait preuve, à l’égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence.

Discipline

1.4 La méconnaissance d’un seul de ces principes, règles et devoirs, constitue en application de l’article 183 du décret du 27 novembre 1991 une faute pouvant entraîner une sanction disciplinaire.

1.5 Devoir de prudence

En toutes circonstances, la prudence impose à l’avocat de ne pas conseiller à son client une solution

⁹⁴ Deux enquêtes statistiques menées auprès d’avocats soulignent l’importance du principe d’indépendance, en pratique, pour ces derniers. Lorsqu’on les interroge en effet sur les trois valeurs qui, pour eux, sont les plus importantes de leur profession, 41% (dans la première enquête) et 47% (dans la seconde exclusivement en région) mentionnent l’indépendance, devant d’autres principes fondamentaux, comme le secret professionnel (autour de 35%). Notons que les valeurs collectives telles que l’honneur ou la confraternité sont peu mises en avant par les avocats eux-mêmes (respectivement 11% et 3,11% des avocats interrogés lors de chaque enquête mettent en avant l’importance de l’honneur). Ceci explique peut-être le nombre élevé de manquements à ces principes dans les griefs retenus contre les avocats sanctionnés. Dans notre base, alors que l’indépendance n’est jamais opposée en tant que telle à un avocat poursuivi devant le C.R.D., elle est explicitement mentionnée dans presque 20% des griefs retenus à l’encontre des avocats parisiens, tout comme le manquement à la prudence.

s'il n'est pas en mesure d'apprécier la situation décrite, de déterminer à qui ce conseil ou cette action est destiné, d'identifier précisément son client.

A cette fin, l'avocat est tenu de mettre en place, au sein de son cabinet, une procédure lui permettant d'apprécier, pendant toute la durée de sa relation avec le client, la nature et l'étendue de l'opération juridique pour laquelle son concours est sollicité.

Lorsqu'il a des raisons de suspecter qu'une opération juridique aurait pour objet ou pour résultat la commission d'une infraction, l'avocat doit immédiatement s'efforcer d'en dissuader son client. A défaut d'y parvenir, il doit se retirer du dossier.

IV.1. Responsabilité civile vs responsabilité disciplinaire

Comme tout travailleur actif, l'avocat est responsable des conséquences des erreurs (involontaires) qu'il commet à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle. Entre autres exemples, s'il laisse passer un délai de prescription, oublie de réclamer des pièces indispensables, ne renseigne pas bien son client sur les procédures à suivre, ses délais ou ses formalités, ou encore s'il engage une procédure manifestement vouée à l'échec, alors il peut être poursuivi en responsabilité professionnelle devant le Tribunal de Grande Instance.

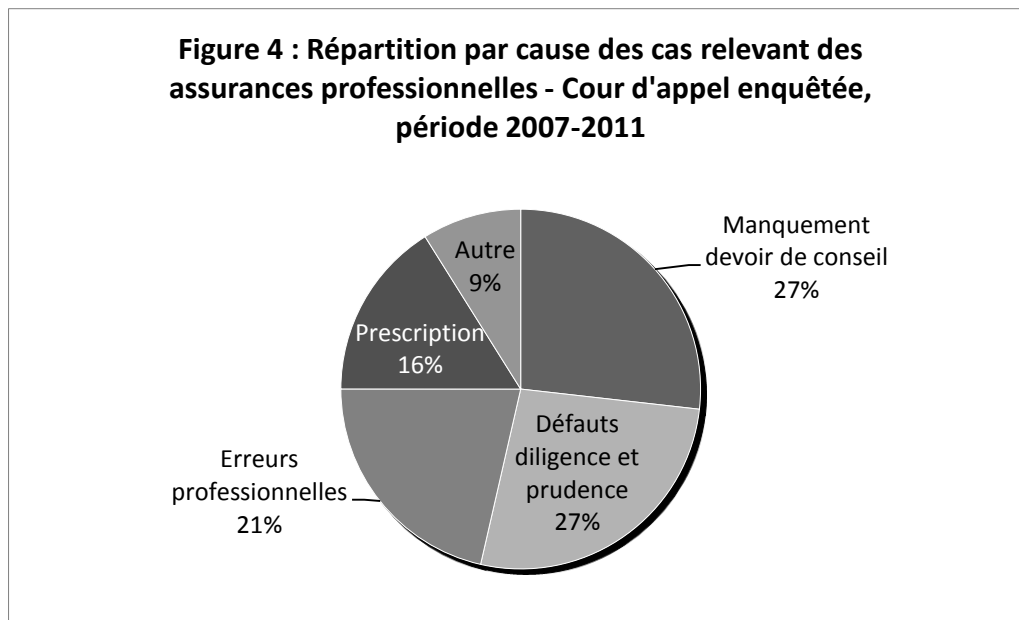
Déontologie et droit professionnel sont donc distincts. Ce dernier définit les règles de fonctionnement de l'ensemble des instances professionnelles (barreaux, C.N.B., C.R.D., etc.), les règles relatives aux structures d'exercice (types de sociétés, groupements, réseaux etc.) et les règles de responsabilité professionnelle. Celles-ci ne sont donc pas considérées comme relevant de la déontologie et l'avocat commettant une erreur ou une négligence dans son activité n'est pas passible, *a priori*, d'une peine disciplinaire, mais d'une sanction civile le condamnant, le cas échéant, à payer des dommages et intérêts à la victime de son erreur ou de sa négligence.

La loi oblige la profession à se doter d'assurances en responsabilité civile et d'une garantie manquement de fonds. Ces assurances sont généralement souscrites par l'Ordre pour garantir les dommages causés par les avocats inscrits au tableau⁹⁵. Lorsque l'avocat commet une faute, les assurances recherchent s'il y a eu préjudice et, le cas échéant, à combien il s'élève. Le préjudice causé à autrui caractérise la responsabilité civile de l'avocat. L'action disciplinaire, elle, ne réprime pas l'atteinte au droit d'autrui, qui serait alors fondé à réclamer des dommages et intérêts, mais la faute d'un membre du groupe professionnel. C'est pourquoi l'avocat peut être sanctionné déontologiquement sans pour autant avoir commis une faute professionnelle. Ainsi aussi de l'avocat, sanctionné disciplinairement pour manquement à la délicatesse qui, en liquidation judiciaire, a poursuivi son activité sans en tenir la comptabilité. Exempt de tout reproche professionnel selon ses confrères, cet avocat a commis une faute

⁹⁵ Ainsi, la police d'assurance du barreau de Paris garantit les dommages causés par les avocats inscrits au tableau. Le site du barreau précise même que « le plafond de garantie est de 4 000 000€ par assuré et par sinistre. Il comporte une franchise à la charge de l'avocat correspondant à 10 % du montant de l'indemnité, mais plafonné à 3 049 € ».

déontologique sans pour autant avoir lésé autrui et n'est donc pas passible d'une sanction civile⁹⁶.

Notre enquête laisse apparaître plusieurs saisines des Conseils de discipline relatives à un manquement aux obligations de formation continue. Il n'y a pas là faute professionnelle devant donner lieu à des poursuites devant la juridiction civile. En effet, la loi du 11 février 2004 instaure l'obligation pour tous les avocats de suivre une formation continue. Le décret du 3 avril 2012 explicite qu'une telle formation « assure la mise à jour et le perfectionnement des connaissances nécessaires à l'exercice de [l]a profession ». L'article 85 se poursuit en spécifiant que « la durée de la formation continue est de vingt heures au cours d'une année civile ou de quarante heures au cours de deux années consécutives ». L'avocat n'ayant pas transmis les justificatifs au Bâtonnier chargé de veiller au respect de cette obligation est passible de sanction. Etant donné qu'en n'effectuant pas ses heures ou la totalité de ses heures de formation continue, il n'a pas causé de préjudice à autrui, l'avocat n'engage pas ici sa responsabilité civile, mais disciplinaire. Dans notre base, si un tiers des saisines du C.R.D. est motivé par le manquement à l'obligation de formation continue, seuls 10% donnent lieu à une sanction disciplinaire. La plupart ne conduisent pas, en effet, à une audience du Conseil car les avocats concernés ont rattrapé ou se sont engagés à rattraper les heures de formation manquantes rapidement, certains avant même le début de la phase d'instruction de la procédure disciplinaire.



⁹⁶ Lemaire (1975) rappelle aussi que, jusqu'en 1956 et un arrêt de la Cour de cassation, si l'avocat pouvait poursuivre en civil son client qui ne réglait pas les honoraires, une telle démarche était sanctionnée déontologiquement en tant que manquement au désintéressement et à la délicatesse.

Il peut donc y avoir faute déontologique sans pour autant qu'il y ait faute professionnelle – et, inversement l'absence de faute disciplinaire n'empêche pas la présence de faute civile (Jacques, 2007)⁹⁷. Les deux peuvent parfois se confondre. Ainsi, durant la période 2007-2011, les statistiques concernant les fautes couvertes par les assurances professionnelles souscrites par les barreaux de la Cour d'appel enquêtée⁹⁸ montrent un peu plus de deux fois plus de fautes professionnelles répertoriées que de manquements disciplinaires donnant lieu à la saisine du Conseil de discipline. 59% des cas ont été réglés à l'amiable, seuls 41% conduisant par conséquent à des poursuites judiciaires. Le principal grief donnant lieu au versement d'une compensation est le manquement au devoir de conseil ; il concerne presque 27% des cas de responsabilité professionnelle (figure 4). Le défaut de diligence et celui de prudence représentent, additionnés, le même nombre de cas. Comme l'a noté Avril (2011), ces manquements déontologiques sont aussi considérés comme des fautes professionnelles passibles de poursuites judiciaires.

IV.2. Condamnations pénales puis disciplinaires

Si la répression disciplinaire se fonde sur des manquements déontologiques, elle peut aussi s'exercer sur la base de contraventions à la loi et aux règlements. Ainsi, on observe 12,8% de saisines disciplinaires faisant suite à une condamnation pénale de l'avocat poursuivi. La proportion est un peu plus élevée en région qu'à Paris, et la saisine provient dans la plupart des cas du Parquet général. Plus des deux tiers des comportements sanctionnés ont lieu hors du contexte professionnel. L'avocat est en effet tenu de respecter les engagements de son serment « en toutes circonstances », comme le précise l'article 1.3 du R.I.N (cf. *supra*, encadré 4), c'est-à-dire non seulement dans son activité professionnelle, mais aussi dans sa vie privée. L'article 183 du décret du 27 novembre 1991 stipule clairement que tout manquement « même se rapportant à des faits extra-professionnels, expose l'avocat qui en est l'auteur aux sanctions disciplinaires ». Un avocat condamné par le tribunal

⁹⁷ Ainsi le cas d'un avocat, condamné en juridiction civile à payer des dommages et intérêt à son client pour n'avoir pas tiré les conséquences de l'évolution pourtant prévisible d'une jurisprudence (Cass. 1^{ère} ch. civ. 14 mai 2009). Bien que la compétence soit considérée comme une obligation déontologique (article 1.3 du R.I.N.), l'avocat n'a pas été poursuivi en discipline. En fait, la jurisprudence présente une distinction peu tranchée entre les responsabilités civile et disciplinaire de l'avocat (Avril, 2011, p. 13) ; une part des règles déontologiques relève « des obligations de pur droit civil : la compétence, la diligence et la prudence ». Ainsi de l'avocat sanctionné disciplinairement pour manquement au devoir de prudence car il n'a pas procédé aux vérifications suffisantes des pièces apportées par les parties à une opération financière qu'il qualifie pourtant lui-même « d'inhabituelle » et de « floue ». L'absence de remboursement d'une des parties a conduit cette dernière à assigner, plus tard, l'avocat en responsabilité. On a là l'exemple d'un comportement non déontologique, sanctionné comme tel par le Conseil de discipline et donnant lieu, pour le même manquement, à des poursuites civiles.

⁹⁸ Ces statistiques générales nous ont été fournies par la Société de courtage des barreaux, principal courtier des ordres régionaux pour l'assurance professionnelle.

correctionnel pour conduite en état d'ivresse est ainsi sanctionné ensuite par le Conseil de discipline, même si ce fait relève de sa vie privée – et c'est le cas de la quasi-totalité des avocats poursuivis pour la même raison (conduite en état d'ébriété), selon nos entretiens. L'issue de ces affaires pénales est une peine disciplinaire. En effet, à part un cas de nullité sur la période couverte par notre base, les Conseils de discipline condamnent à nouveau les avocats ayant déjà été condamnés par une juridiction pénale⁹⁹.

Le Conseil de discipline peut surseoir à statuer si l'avocat poursuivi fait l'objet de poursuites pénales. Même si, en principe, les deux actions sont réputées autonomes, l'article 24 de la loi du 11 février 2004⁷ stipule en effet que « lorsque l'urgence ou la protection du public l'exigent », le Conseil peut suspendre l'avocat de ses fonctions pour une durée de 4 mois, renouvelable une fois, par mesure de sûreté. En moyenne, 3,66% des avocats poursuivis devant le Conseil de discipline de Paris par an sont d'abord suspendus, et le Conseil de l'Ordre utilise toujours la possibilité de renouvellement. Les avocats sont donc suspendus (au maximum) 8 mois. Dans la totalité des cas, les avocats sont accusés de fraude, parfois multiples et, en tout état de cause, sont passibles d'une sanction pénale. Dans tous ces cas, la radiation est prononcée à la troisième audience devant le Conseil de discipline – les deux premières audiences ayant décidé de la suspension et de son renouvellement. Si nous ajoutons ces cas de suspension puis radiation aux cas précédents de sanctions disciplinaires faisant suite à une sanction pénale, alors nous trouvons que 22,4% des saisines sont activées dans l'attente ou suite à une condamnation pénale de l'avocat.

Section V – La gestion collégiale des manquements déontologiques

Les manquements déontologiques les plus fréquemment poursuivis nous semblent témoigner du souci de la profession pour son image ou sa réputation collective (Matthews, 1991 ; Moret-Bailly, 2007a). Dans le contexte actuel d'une concurrence accrue sur des services juridiques toujours plus diversifiés, le discours de la profession met en avant la déontologie de l'avocat et son importance pour le client. Ce discours participe d'un processus de singularisation (Karpik, 2007) destiné à différencier les services fournis par la profession de ceux des concurrents non-avocats sur certains segments du marché du droit. Toutefois, la crédibilité de cet engagement à fournir des services d'une qualité supérieure dépend aussi de la visibilité et l'effectivité de la justice disciplinaire (Canning et O'Dwyer, 2001).

⁹⁹ Lorsqu'un avocat est doublement sanctionné pour un même fait, alors la sanction pénale s'exécute avant la peine disciplinaire. Notons que si le travailleur salarié ne peut être sanctionné disciplinairement que pour des actes commis dans l'exercice de ses fonctions, l'avocat peut être poursuivi devant le Conseil de discipline pour des faits relevant de sa vie privée.

A cet égard, l'analyse des dossiers du C.R.D. et des chiffres du Conseil de discipline de Paris mettent en évidence la multiplicité des griefs retenus à l'encontre des avocats poursuivis, ce que l'on peut interpréter comme le signal d'une activité pré-contentieuse réelle de la part du Bâtonnier. De plus, nous mettons en évidence que les manquements déontologiques les plus fréquemment réprimés portent sur des valeurs professionnelles collectives. La profession semble ici soucieuse de maintenir son organisation collégiale et se substitue au marché pour soutenir la qualité de sa production de services.

V.1. Une multiplicité de griefs

L'analyse des affaires disciplinaires met en évidence la multiplicité des griefs retenus à l'encontre des avocats poursuivis. Dans un peu plus de 52% des cas, les avocats sont poursuivis pour plusieurs griefs simultanément (tableau 4). Ce taux s'élève à 57% des affaires disciplinaires ne faisant pas suite à une condamnation pénale de l'avocat (qui est alors poursuivi en discipline pour avoir manqué à la déontologie professionnelle dans son ensemble).

Tableau 4 : statistiques générales des griefs poursuivis (en % des affaires traitées)

Griefs multiples	42,15%
Grief pécuniaire	40,38%
Grief frauduleux	11,76%
Manquement à un principe fondamental	6,86%

La multiplicité des manquements semble précisément motiver les poursuites : en présence de griefs multiples, la sanction disciplinaire paraît devenir inévitable. L'interprétation pessimiste de cette observation est de considérer les affaires disciplinaires comme les cas où les manquements déontologiques ne peuvent pas être « couverts » par la profession, du fait de leur multiplicité. Dans cette optique, la profession ne sanctionne ses membres que lorsque les griefs se multiplient et deviennent de ce fait trop importants. A l'opposé, une interprétation plus optimiste explique le lien entre multiplicité des manquements et poursuites disciplinaires par l'activité pré-contentieuse substantielle du Bâtonnier : les poursuites sont associées majoritairement à des griefs multiples car le Bâtonnier règle en amont les manquements isolés ou les conflits les moins graves entre avocats – ceux ne présentant pas de conséquences directes pour des clients. Les entretiens réalisés, ainsi que le rapport Darrois (2009), soutiennent cette thèse selon laquelle, si la discipline n'est pas visible, elle n'en est pas moins effective.

Nous observons par ailleurs que 40,4% des affaires comportent un grief d'ordre financier ou pécuniaire (retard de cotisation, dettes, erreurs de manipulation voire

détournement de fonds). Un certain nombre de peines disciplinaires sanctionnent aussi des comportements frauduleux (que ceux-ci aient été ou non réprimés par la justice pénale). Enfin, seulement moins de 7% des affaires concernent la violation d'un principe fondamental de la profession tel que l'indépendance, le secret professionnel ou l'absence de conflits d'intérêt.

Consulter la lettre de saisine et/ou le rapport d'audience du Conseil de discipline permet de saisir les motifs de poursuite ou de sanction. On peut ainsi lire que telle sentence disciplinaire prononcée par le C.R.D. est motivée par le fait que l'avocat « a ainsi commis un manquement aux principes de probité, de loyauté et de délicatesse ». Toutefois, s'ils se réfèrent aux textes énonçant les règles déontologiques, tous les rapports d'audience ne détaillent pas pour quel(s) manquement(s) spécifique(s) l'avocat est poursuivi ou condamné. Ainsi de celui-ci dont l'énoncé des faits justifiant les poursuites se conclut par « les faits précités constituent une violation de l'article 183 du décret du 27 novembre 1991 » – ce qui n'informe pas précisément quant aux manquements visés, mais rappelle simplement de manière plus générale que l'avocat a commis, selon les termes de l'article en question, une « infraction aux règles professionnelles [ou un] manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse ». Les statistiques du tableau 5 ont été établies à partir des seuls cas dans lesquels les manquements déontologiques poursuivis apparaissaient clairement dans l'acte de saisine et/ou dans le rapport d'audience. Ces cas représentent 67,25% de notre échantillon initial, à l'exclusion des demandes de suspension provisoire d'exercice¹⁰⁰.

Tableau 5 : motifs déontologiques de poursuite (en % des affaires traitées)

Dévouement	11,3%
Compétence	11,3%
Humanité	11,3%
désintéressement	12,1%
Conscience	12,9%
Indépendance	12,9%
Modération	13,7%
Prudence	14,5%
Diligence	16,1%
Courtoisie	16,9%
Dignité	16,9%
Loyauté	18,5%
Confraternité	25,0%
Délicatesse	25,0%
Probité	26,6%
Honneur	27,4%

¹⁰⁰ Nous rappelons que nous n'avons pas eu accès à l'intégralité des dossiers du Conseil de discipline de Paris, et que nous nous appuyons dans ce cas principalement sur les statistiques que nous avons obtenues concernant son activité.

V.2. La collégialité professionnelle

Le tableau 5 fait apparaître la place *a priori* égale accordée aux deux dimensions, individuelle et collective, de la déontologie de la profession. En effet, les manquements à l'honneur, la probité, la délicatesse et la confraternité sont notablement plus fréquents (ou plus fréquemment poursuivis) que les autres manquements ; on les relève dans au moins un quart des affaires. Les défauts à la probité et délicatesse, qui constituent des valeurs individuelles, apparaissent ainsi avec environ la même fréquence que les défauts à des valeurs collectives de la profession, telles que l'honneur et la confraternité.

La probité et la délicatesse renvoient en effet au comportement individuel de l'avocat, notamment vis-à-vis de ses clients – c'est aussi le cas d'autres valeurs comme la diligence, la compétence ou la prudence. Manquer à l'une ou à l'autre qualifie un comportement opportuniste de l'avocat susceptible de directement réduire la qualité du service rendu au client. L'honneur et la confraternité sont, elles, des valeurs plutôt d'ordre collectif – l'avocat manquant à l'honneur ternit ainsi l'image de la profession¹⁰¹. Ces valeurs sont orientées vers l'entretien du bon fonctionnement de la profession, qualifié de collégial (Karpik, 1995 ; Lazega, 2001). La collégialité caractérise l'organisation des relations entre experts « théoriquement égaux à leur niveau d'expertise mais spécialisés dans des domaines différents » (Lazega, 1992, p. 560). Garantie de leur indépendance, elle implique l'autorégulation des professionnels, et repose en cela sur le jugement collectif des pairs notamment concernant le contrôle et la régulation de la qualité de la production (Lazega et Bessis, 2009). Si l'honneur et la confraternité n'encadrent pas directement le comportement individuel de l'avocat dans sa prestation de service au client, elles ont toutefois un rôle d'unification de la profession qui soutient indirectement la qualité des services fournis.

La collégialité exige des avocats des comportements de coopération selon deux ordres : celui des rapports interindividuels, fondés sur la confraternité, la courtoisie et la loyauté, et celui des rapports avec l'ordre et les autres instances professionnelles. Chaque avocat doit en effet participer aux charges communes du barreau, cotiser au C.N.B., payer les droits de plaidoirie, etc. Si l'on ajoute aux chiffres précédents l'ensemble des poursuites pour manquements à ces obligations financières envers les instances professionnelles, on obtient un taux de 60% des peines disciplinaires sanctionnant des manquements à la collégialité.

L'intérêt de la profession d'avocat à sanctionner ces manquements à la collégialité augmente avec la concurrence sur le marché du droit. Face à une concurrence accrue, la

¹⁰¹ La Cour de cassation a ainsi estimé qu'un avocat manquant à l'honneur (pour cause de conduite en état d'ivresse) porte « atteinte à la considération due à l'ensemble des avocats » (Cass. 1^{ère} ch. civ. 30 mars 2005).

profession a intérêt, en premier lieu, à maintenir son unité. La communauté professionnelle s'est en effet fortement diversifiée ces vingt dernières années. De plus en plus nombreux, les avocats sont de plus en plus spécialisés, et l'activité de l'avocat traditionnel s'éloigne inexorablement de celle de l'avocat conseil (Karpik, 2003) ; comme le relèvent de Lamaze et Pujalte (2009, p. 26), « en Ile-de-France [...] la moitié d'entre eux n'a aucun contact direct avec les différentes juridictions ». Or la déontologie s'applique uniformément à tous les avocats, indépendamment de leur domaine d'activité. Le rappel disciplinaire des valeurs les plus collectives permet ainsi de maintenir l'intérêt collectif d'une profession de plus en plus différenciée.

En second lieu, la profession a intérêt à sanctionner le non-respect des valeurs pour lesquelles la sanction de marché n'opère pas. On a ainsi pu observer que des manquements aux obligations de compétence, de diligence ou encore de prudence, sont aujourd'hui assimilés à des fautes professionnelles, relevant des assurances professionnelles et pouvant donner lieu à des poursuites en responsabilité civile (cf. *supra* figure 4). Ces valeurs, individuelles, concernent en effet plus directement la qualité de la relation interindividuelle avocat-client, et leur infraction peut conduire à une sanction de marché, sous la forme d'une réduction de la demande des services de l'avocat condamné. Cette sanction est toutefois d'autant plus faible que les services échangés sont des biens de confiance et que le client est incapable d'en apprécier la qualité *ex ante* et *ex post* (Darby et Karni, 1973). Mais, surtout, le marché ne sanctionne pas les manquements des avocats aux valeurs collégiales. Celles-ci ne portent pas directement atteinte aux droits des clients, mais à l'organisation et à l'action collective entre membres de la profession. Autrement dit, on observe une large part de sanctions disciplinaires à l'encontre de manquements à des valeurs collégiales, parce que seule la profession peut les réprimer et y trouve un intérêt.

Section VI – Récapitulatif, résultats et conclusions

La discipline professionnelle sanctionne les manquements au Serment de l'avocat. Elle réduit alors théoriquement le risque de production par lui de services juridico-judiciaires de mauvaise qualité. Le contrôle du respect de la déontologie, qu'on a défini comme une morale aussi bien individuelle que collective, participe ainsi à la construction et au maintien de la réputation collective de la profession.

Notre enquête fournit le premier recensement des procédures disciplinaires engagées à l'encontre des avocats contrevenant à la déontologie professionnelle en France. Elle établit l'effectivité relative de la justice disciplinaire des avocats dans un contexte d'autorégulation professionnelle où cette justice disciplinaire est parfois critiquée pour sa partialité supposée et son caractère éventuellement corporatiste. Notre analyse souligne également le rôle collectif

structurant joué par la déontologie pour la profession d'avocat, la mise en avant de cette dernière permettant aux avocats de se distinguer de ses concurrents sur le « marché du droit ». L'intérêt collectif de la profession à la préservation de sa bonne réputation explique en ce sens les pratiques disciplinaires observées dans le cadre de notre enquête.

Deux conclusions peuvent être tirées de ce travail.

Première conclusion : la communication extrêmement restrictive pratiquée par la profession d'avocat en matière disciplinaire – dont témoignent notamment les difficultés considérables d'accès aux données – fait question. En effet, si une justice disciplinaire patente et visible est essentielle pour éviter une assimilation trop directe entre autorégulation de la profession et droit d'intérêts purement privés, l'accroissement de la transparence de la procédure disciplinaire tant auprès des confrères qu'à l'égard du public, ne peut être que bénéfique à la réputation de la profession. D'une part, une communication plus ouverte autour des questions de discipline serait davantage à même de jouer un rôle pédagogique à l'encontre des contrevenants éventuels. D'autre part, elle pourrait devenir le signe positif d'une forte vigilance professionnelle soutenant la qualité des services des avocats.

Deuxième conclusion : la remise en cause de la déontologie professionnelle, dans le contexte actuel de concurrence accrue sur le marché du droit soutenue, notamment, par la Commission européenne (2004 ; 2005) et l'O.C.D.E. (2007), fait également question. En effet, augmenter le degré de concurrence vise à rapprocher la profession d'avocat du monde marchand. Or, dans ce dernier, et au contraire du monde professionnel, l'action disciplinaire n'a pas lieu d'être. La sanction du marché réprime les seuls comportements condamnés par les juridictions civile et pénale – dont le nombre est d'autant plus réduit sur le marché qu'il s'y échange des biens de confiance dont la qualité est difficilement observable. Pour ces biens, la sanction traditionnelle du marché, qui voit la demande des produits de faible qualité se réduire, ne s'applique pas. La régulation professionnelle de la qualité des services des avocats ne saurait donc se résumer à une simple analyse marchande, mais doit au contraire intégrer des déterminants de la qualité définis par la profession elle-même.

Références

Abel, R.L. (2008), *Lawyers in the dock: learning from attorney disciplinary proceedings*, Oxford : Oxford University Press.

Attali, J. (sous la présidence de) (2008), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, Paris : La Documentation française.

Avril, Y. (1981), *Responsabilité des avocats. Civile, disciplinaire, pénale*, Paris : Dalloz.

Avril, Y. (2011), « L'autonomie partielle de la règle juridique dans la profession d'avocat », *Gazette du Palais*, n°74, 13-15 mars, p. 13.

Canning, M., O'Dwyer B. (2001), « Professional accounting bodies' disciplinary procedures: accountable, transparent and in the public interest? », *The European Accounting Review*, vol. 10 n°4, pp. 725-749.

Commission Européenne (2004), *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, COM(2004) 83.

Commission Européenne (2005), *Progress by Member States in renewing and eliminating restrictions to Competition in the area of Professional Services*, COM(2005) 405.

Conférence des Bâtonniers (éd.) (2006), *Guide de la procédure disciplinaire*, 9^e édition.

Conseil Supérieur de la Magistrature (2011), Rapport d'activité 2011, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/all/themes/csm/rapports/CSM_Rapport_2011.pdf

Damien, A., Ader, H. (2006), *Règles de la profession d'avocat*, 11^e édition, Paris : Dalloz.

Darby, M.R., Karni, E. (1973), « Free competition, and the optimal amount of fraud », *Journal of Law and Economics*, 16, pp. 111-26.

Darrois, J.-M. (sous la présidence de) (2009), *Vers une grande profession du droit*, Paris : La Documentation Française.

Dulleck, U., Kerschbamer, R. (2006), « On doctors, mechanics, and computer specialists: The economics of credence goods », *Journal of Economic Literature*, 44(1), pp. 5-42.

Gehrig, T., Jost, P.J. (1995), « Quacks, lemons, and self-regulation: A welfare analysis », *The Journal of Regulatory Economics*, 7, pp. 309-325.

Jacques, P. (2007), « Les rapports entre la faute civile et la faute disciplinaire », in Ancel, P., Moret-Bailly, J. (dir), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, Publications de l'Université de Saint Etienne, pp. 175-205.

Karpik, L. (1995), *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché*, Paris : Gallimard.

Karpik, L. (2003) « Est-ce que les avocats peuvent affronter les défis posés à leur profession ? », *Hermès*, n°35, pp. 203-211.

Karpik, L. (2007), *L'économie des singularités*, Paris : Gallimard.

de Lamaze E., Pujalte, C. (2009), *L'avocat, le juge et la déontologie. Questions judiciaires*, PARIS : PUF.

Lazega, E. (1992), « Analyse de réseaux d'une organisation collégiale : les avocats d'affaires », *Revue française de sociologie*, 33, pp. 559-589.

Lazega, E. (2001), *The collegial phenomenon: The social mechanisms of cooperation among peers in a corporate law partnership*, Oxford University Press.

Lazega, E., Bessis, F. (2009), « Les coûts cachés de la qualité du travail professionnel : L'entretien de la collégialité et des réseaux sociaux », in Favereau, O., Bessy, C., Bessis, F., Chaserant, C., Harnay, S., Karpik, L., Lazega, E., *Les avocats entre ordre professionnel et ordre marchand*, Paris : Lextenso / Gazette du Palais.

Lemaire, J. (1975), *Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris*, Paris : LGDJ.

Matthews, R.C.O. (1991), « The economics of professional ethics: should the professions be more like business? », *The Economic Journal*, 101, pp. 737-50.

Miller, J. (1985), « The FTC and voluntary standards: maximizing the net benefits of self-regulation », *The Cato Journal*, 4, pp. 897-903.

Ministère de la Justice (2012), *Statistiques sur la profession d'avocat*, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_commentaires2012.pdf

Moret-Bailly, J. (2007a), « Qu'est-ce que la déontologie ? », in Beigner, B., Blanchard, B., Villacèque, J. (eds), *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, Paris : LGDJ.

Moret-Bailly, J. (2007b), « Les institutions disciplinaires, un état des lieux », in Ancel, P., Moret-Bailly, J. (dir), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, Publications de l'Université de Saint Etienne, pp. 77-101.

Núñez, J. (2001), « A model of self-regulation », *Economics Letters*, 74, pp. 91-97.

Núñez, J. (2007), « Can self-regulation work? A story of corruption, impunity, and cover-up », *Journal of Regulatory Economics*, 31, pp. 209-233.

Observatoire du CNB (2011), *Avocats : évolutions et tendances de la profession*, http://cnb.avocat.fr/docs/cahiers/AVOCATS_Evolutions-Tendances2011.pdf

OCDE (2007), « Competitive restrictions in legal professions », *Series Roundtables in Competition Policy*.

Ogus, A. (1995), « Rethinking self-regulation », *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, pp. 97-108.

Ordre des avocats de Paris (éd.) (2011), *Code de déontologie*, 4^e édition, annotée par T. Revet.

Prada, M. (sous la présidence de) (2011), *Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité de la place de Paris*, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et Ministère de la Justice.

Serverin E. (2007), « La justice disciplinaire, de l'ombre à la lumière », in Ancel, P., Moret-Bailly, J. (dir), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, Publications de l'Université de Saint Etienne, pp. 53-76.

Shaked, A., Sutton, J. (1981), « The self-regulating profession », *Review of Economic Studies*, 48, pp. 217-234.

Stigler, G.J. (1971), « The theory of economic regulation », *Bell Journal of economics and management science*, 2, pp. 3-21.

Stigler, G.J., Friedland, C. (1962), « What can regulators regulate? The case of electricity », *Journal of Law and Economics*, 5, pp. 1-16

Taisne, J.-J. (2007), *La déontologie de l'avocat*, Paris : Dalloz.

Annexe 1 – Trois sources de sentiments d’injustice relatifs aux sanctions (où à l’absence de sanctions) disciplinaires appréhendées à partir d’entretiens qualitatifs

A l’occasion d’une série d’entretiens auprès d’avocats de la région Rhône-Alpes, nous avons recueilli des jugements sur le respect des règles de la profession au sein de différents barreaux. Au-delà de la bienveillance que manifeste la plupart des avocats à l’égard du travail (« lourd » et « peu valorisant ») effectué par le Bâtonnier ou les membres du Conseil de l’ordre, ces entretiens ont également permis d’exprimer un sentiment d’iniquité voir d’impunité qui relèvent d’au moins trois niveaux : institutionnel, moral et économique.

Niveau institutionnel

Il y a d’abord une condamnation de l’ancienne organisation du disciplinaire dans laquelle la proximité entre tous les acteurs tendait à produire aux yeux des enquêtés une discipline à deux vitesses:

« Jusqu’à présent, la discipline c’était vraiment du copinage. Si vous êtes faible, et pas très introduit vous serez sanctionné durement pour des fautes bénignes, et si vous êtes fort, puissant et bien introduit, jamais vous aurez une sanction »

Dans cette optique, le fait que la décision finale de sanctions éventuelles passe désormais par la Cour d’appel est plutôt bien perçu, même s’il est encore trop tôt pour apprécier les conséquences de ce changement. En particulier, les risques d’arrangements locaux ne sont pas complètement évacués dans la mesure où la décision de saisir ou non la Cour d’appel reste décentralisée. De plus, les nouvelles contraintes de procédure associées à cette saisie (en particulier la production de rapports) peuvent décourager les Bâtonniers lorsqu’il ne s’agit pas de graves infractions. Mais les infractions légères ne disposent plus du niveau de sanction adapté depuis que la Cour de Cassation a rappelé que l’admonestation paternelle du bâtonnier ne valait pas sanction disciplinaire.

« C’est un niveau de sanction qui existait qui n’existe plus et qui manque aux Bâtonniers. C’est-à-dire que cet aspect de le formaliser quand même un petit peu de manière précise, ça n’existe plus. »

Niveau moral

Il y a ensuite des jugements de la part d'avocats à l'égard de comportements de certains leurs confrères qui n'appellent pas nécessairement de sanctions bien qu'ils soient en infraction avec les valeurs déontologiques. Lorsqu'on interroge les avocats directement sur le travail de l'Ordre, les infractions qui leur viennent spontanément à l'esprit concernent des cas peu problématiques au sens où ceux-ci souffrent peu de discussion qu'il s'agisse d'être à jour de ses cotisations, de respecter les vingt heures par an de formation continue, ou, dans une moindre mesure, de problèmes de communication de pièces dans un dossier (parfois plus discutables). En évoquant au cours de ces mêmes entretiens les valeurs et les différents exercices de la profession, on obtient de nouveaux jugements sur le rôle de l'Ordre en matière de discipline, portés par des exigences morales plus fortes mais néanmoins toujours liées aux règles de déontologie, qu'il s'agisse par exemple de désintéressement ou de compétence :

« Il y en a qui font l'unanimité sur le fait que ce sont de véritables tiroirs caisses... qui tendent la facture avant de tendre la main pour dire « bonjour » ! Pour moi ça, même si derrière ce sont peut-être de bons juristes, déjà là on oublie un petit mot de notre serment, humanité, on n'est pas des tiroirs caisses »

« Un confrère qui arrive à l'audience, qui connaît pas son dossier par cœur, c'est pas sérieux ça ! Un dossier, on se doit de le connaître, faut pas être pris en défaut sur une pièce qu'on aurait pas lu, c'est pas possible ça ! (...) Il y a des gens auxquels je n'enverrai jamais de client, parce que, pour moi, ils ne s'inscrivent pas dans les critères de bases essentiels, le socle, de notre serment tout simplement (...). Certains même font toute leur carrière et je me demande comment notre juridiction, notre Ordre, n'a pas sévit depuis fort longtemps ! »

Plus difficiles à caractériser, les attitudes incriminées n'en conduisent pas moins à des jugements définitifs voir à des diagnostics macabres :

« La profession d'avocat sur le plan éthique est une profession qui se meurt, qui n'est pas suffisamment rigoureuse, qui laisse impunie des actes... D'ailleurs, d'où l'animosité des magistrats (...). Quand on voit des confrères qui racontent n'importe quoi devant le juge... Il y a un affaissement, un effondrement de la crédibilité très important »

Si ces comportements ne sont pas publiquement dénoncés c'est sans doute aussi parce qu'ils n'entrent pas directement en conflit avec les intérêts des avocats qui les observent alors même que saisir le Bâtonnier est perçu comme une action radicale :

« Généralement on règle nos problèmes nous-mêmes. Arriver au Bâtonnier c'est vraiment qu'il y a un méga conflit entre deux confrères »

Et cette passivité peut également concerner des infractions plus évidentes :

« Il y a des choses qu'on n'a pas le droit de faire. De dire, par exemple, à un client « Je vous prends mais vous n'avez pas le droit à un commis d'office, il faut me payer » alors que le client a droit à un commis d'office. Un avocat n'a pas le droit de faire ça. Je vous dis parce que je l'ai vu il y a une quinzaine de jours, une consœur a pris un dossier en disant au client vous n'y avez pas droit alors qu'il y avait droit. Un avocat digne de ce nom n'a pas le droit de faire ça. »

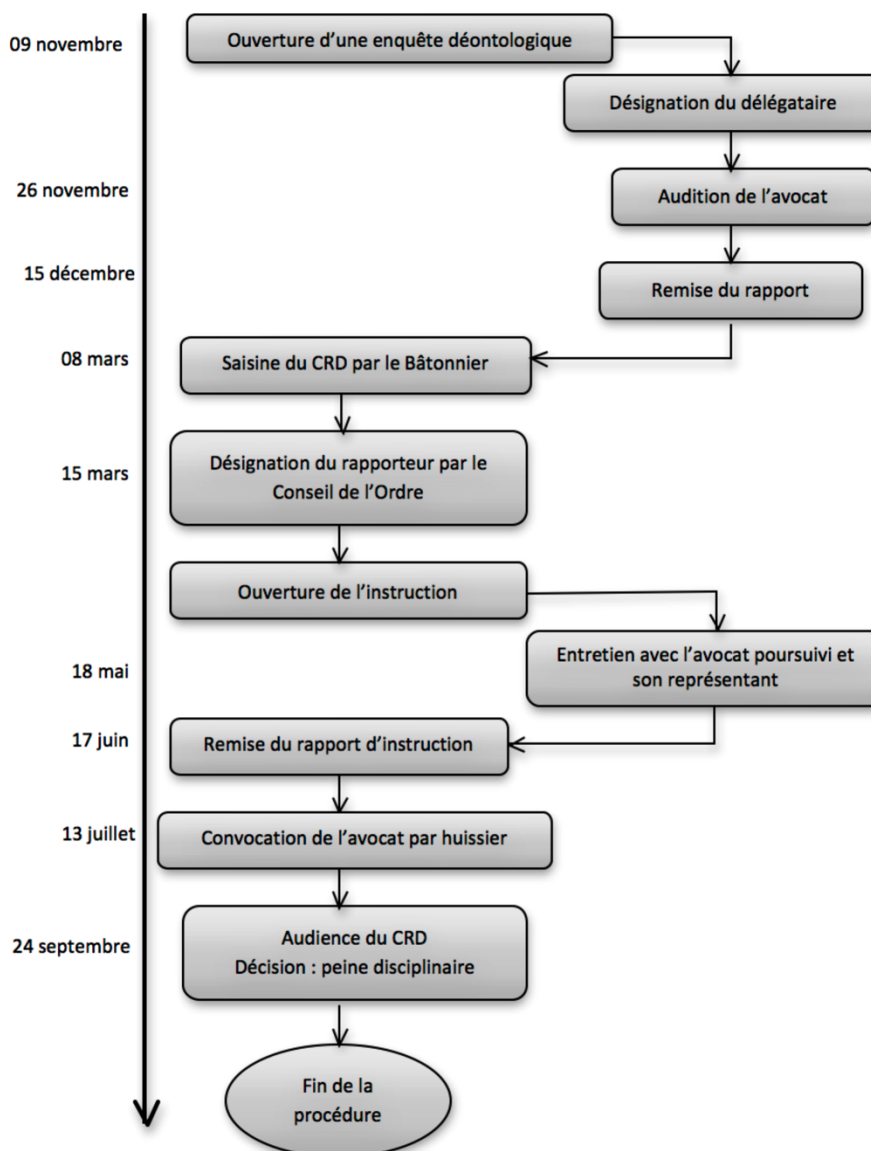
Niveau économique

Il y a enfin des inégalités ressenties liées aux différences de fonctionnement entre les barreaux, ou plus précisément aux différentes manières dont, selon les barreaux (ou les Cours d'Appel), on interprète certaines règles et soulève d'éventuels manquements. Il ne s'agit pas ici de classer les barreaux selon leur plus ou moins grande vertu ou souplesse à l'égard des règles mais de souligner avec certains avocats enquêtés que ces différences peuvent en partie fausser la concurrence entre cabinets relevant de différents barreaux :

« Je trouvais qu'avant il y avait deux poids deux mesures. On avait l'impression que quoi qu'on fasse on essayait de vous mettre la tête sous l'eau. L'Ordre des avocats était un carcan qui vous freine. Je trouvais que c'était compliqué, alors qu'on a pas du tout de ça au barreau à côté, il y a certains cabinets qui communiquent, des campagnes de mailing sont mises en place et qui viennent empiéter sur notre territoire, il y a une concurrence qui est très clair entre le barreau d'à côté et notre barreau. Aussi, on a de plus en plus d'avocats d'à côté qui viennent se positionner ici. C'est à nous de communiquer. C'est à nous de nous mettre en avant. Mais avant on nous disait « surtout pas de pub ! ». C'est aberrant »

Annexe 2 : Chronologie de l'affaire n°25

Cette affaire débute par la décision du Bâtonnier de procéder à une enquête déontologique, suite à la réunion du Conseil de l'ordre du 09 novembre. Le Bâtonnier désigne un délégataire, chargé de diligenter l'enquête, qui auditionne l'avocat le 26 novembre puis remet son rapport le 15 décembre. L'enquête déontologique aura ainsi duré un peu plus d'un mois. Le Bâtonnier décide alors d'exercer une action disciplinaire, qu'il motive dans la lettre de saisine du Conseil de discipline, datée du 08 mars. Le Conseil de l'ordre désigne le 15 mars un rapporteur, différent du délégataire désigné pour l'enquête déontologique. Ce rapporteur entend l'avocat poursuivi assisté d'un confrère le représentant le 18 mai et remet son rapport d'instruction le 17 juin. La citation à comparaître est datée du 13 juillet ; elle fixe l'audience du Conseil de Discipline au 24 septembre, soit 6 mois et demi après la saisine et presque 8 mois après le début de l'enquête déontologique. Le Conseil prononce une peine disciplinaire dont l'avocat condamné ne fera pas appel.



ANALYSE 4
LA PROFESSION D'AVOCAT SOUS LE PRISME DU DROIT DE LA
CONCURRENCE

Silvia Pietrini

Analyse 4 – La profession d’avocat sous le prisme du droit de la concurrence

On le sait, l’Europe est « fondamentalement construite autour des idées de marché, de libre concurrence, de libre-échange et de libre circulation des biens, des personnes et des capitaux »¹⁰². Depuis 1993, la Commission européenne manifeste son intention d’appliquer le droit de la concurrence aux professions libérales. En 2004, elle a consacré un rapport aux professions réglementées¹⁰³. Puis, en 2005, elle a publié une nouvelle communication visant à établir les étapes de la libéralisation de ces professions¹⁰⁴. L’année suivante, le Parlement européen a adopté une Résolution sur le suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, dans laquelle il a encouragé une dérégulation des professions libérales¹⁰⁵. En juillet 2011, la Commission européenne a commandé une étude sur les activités réservées liées aux qualifications professionnelles dans le but d’évaluer leur impact au niveau national et européen. A la même époque, le Conseil européen a publié une recommandation sur le programme de stabilité de la France pour la période 2011-2014 dans laquelle il a fait état de l’existence de plusieurs obstacles à la concurrence dans le cadre des professions réglementées¹⁰⁶.

L’étude, commandée en 2011 par la Commission européenne et réalisée par le CSES (Centre for Strategy and Evaluation Services), a été publiée le 14 février 2012. Elle présente un inventaire complet des activités réservées dans treize Etats membres dans trois secteurs économiques (construction, services aux entreprises et tourisme). L’étude évalue également les impacts économiques de ces activités réservées, notamment en termes de structure de marché, productivité, chiffre d’affaires et emploi. Enfin, le 8 juin 2012, la Commission européenne a publié une communication sur la mise en œuvre de la directive « services » pour

¹⁰² Y. Lecuyer, « L’autonomie des barreaux : plaidoyer pour la disparition d’un particularisme français », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 2011 n° 2, p. 383 et spéc. p. 388.

¹⁰³ Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales du 9 février 2004, COM(2004) 83 final.

¹⁰⁴ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions du 5 septembre 2005, Services professionnels - Poursuivre la réforme - Suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, COM(2004) 83, du 9 février 2004, SEC(2005) 1064), COM(2005) 405 final.

¹⁰⁵ Résolution du 12 octobre 2006 (2006/2137(INI)).

¹⁰⁶ Recommandation concernant le programme national de réforme de la France pour 2011 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité actualisé de la France pour la période 2011-2014, 7 juin 2011, SEC(2011) 806 final.

la période 2012-2015 dans laquelle elle a fixé les prochaines échéances afin de moderniser le cadre réglementaire pour les services professionnels.

Les universitaires¹⁰⁷ et les praticiens¹⁰⁸ français se sont penchés à plusieurs reprises sur la conception purement marchande des professions libérales¹⁰⁹ et l'applicabilité du droit de la concurrence à ce secteur. La profession d'avocat est depuis longtemps soumise au respect du principe de la libre concurrence. La réflexion entamée par la Commission européenne, qui se montre de moins en moins sensible aux spécificités de cette profession au nom de la nécessité d'assurer une libre concurrence, a d'ailleurs poussé les Etats membres à adopter des mesures pour mettre fin à certaines restrictions de concurrence¹¹⁰.

Une analyse rétrospective du droit européen et du droit français permet d'affirmer que la profession d'avocat est aujourd'hui sous le prisme du droit des pratiques anticoncurrentielles. Néanmoins, les contours de l'application du droit de la concurrence à la profession d'avocat ne sont pas complètement définis (I). Dans une dimension prospective, la profession d'avocat pourrait être soumise également au contrôle des concertations (II).

Section I – La profession d'avocat sous le prisme du droit des pratiques anticoncurrentielles

¹⁰⁷ V. à titre d'exemple, M.-D. Hagelsteen, « Les professions libérales et le droit de la concurrence », *D. Administratif*, n°3, mars 2006, p. 6 ; I. Luc, « Les professions libérales et le droit de la concurrence », *Droit et Patrimoine*, n° 153, nov. 2006, p. 64 ; Id., « Ordres professionnels et concurrence », *Les Petites Affiches*, 24 sept. 2004, n° 192, p. 5 ; C. Prieto, « La modernisation du droit de la concurrence et le marché des professions libérales » in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Coll. Droit et économie, LGDJ, Paris, 2006, p. 397-438 ; Id., « Les professions libérales sous le joug de la politique européenne de concurrence ? », *JCP G*, 7 avril 2004, n° 15, p. 665 ; L. Idot, « Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu », *Europe*, mai 2002, n° 5, p. 5, pt. 32 ; Id., « Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels », *JTDE*, avr. 1997, p. 73.

¹⁰⁸ V. à titre d'exemple, M. Benichou, « L'Europe, les avocats et la concurrence (1^{re} partie) », *Gazette du Palais*, 7-8 mars 2007, p. 671 ; Id. « L'Europe, les avocats et la concurrence », *L'Observateur de Bruxelles*, 2011, n° 85, p. 13.

¹⁰⁹ La qualification des avocats comme des « marchands de droit » est largement dénoncée par la profession mais également par des universitaires. V. à titre d'exemple, C. Jamin, « Services juridiques : la fin des professions ? » in *Les avocats*, Revue française d'études constitutionnelles et politiques, 2012, n° 140, p. 33. L. Assier-Andrieu, *Les avocats. Identité, culture et devenir*, Lextenso éditions, 2011 ; Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste et question. A propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Paris, Société de législation comparée, 2006.

¹¹⁰ Sur ce point, v. à titre d'exemple, C. Perlat, B. Rentmeister, « Competition law and the legal profession : An overview of EC law and national reforms », *Concurrences*, n° 1-2007, p. 197.

Depuis longtemps, les autorités de concurrence et les juridictions nationales et européennes appliquent le droit des pratiques anticoncurrentielles à la profession d'avocat. La pratique décisionnelle nous offre plusieurs illustrations (I.1). A l'instar de toute entreprise soumise au droit de la concurrence, les avocats bénéficient également d'échappatoires. Dans certains cas, les autorités de concurrence prennent en considération les spécificités de cette profession et adoptent une approche plus souple dans l'application des règles visant à sanctionner les pratiques anticoncurrentielles (I.2).

I.1. Le principe : l'application du droit de la concurrence à la profession d'avocat

L'application du droit de la concurrence à la profession d'avocat est subordonnée à l'identification des auteurs (I.1.1), du marché pertinent (I.1.2) et des pratiques potentiellement restrictives de concurrence (I.1.3).

I.1.1. Les auteurs : avocats, cabinets d'avocats et barreaux

La pratique décisionnelle des autorités de concurrence et des juridictions européennes et nationales montre que les avocats (y compris les cabinets d'avocats) (1) et les barreaux (2) sont soumis au respect des règles de la concurrence.

1. L'avocat et le cabinet d'avocat : des professions libérales exerçant une activité économique

L'avocat est tout d'abord une profession libérale (a). L'avocat et le cabinet d'avocat sont ensuite considérés des entités économiques, soumises, comme toute entreprise, aux règles de concurrence (b).

a. L'avocat : une profession libérale

Le Rapport sur la définition des professions libérales et son impact, publié en octobre 2011, fait état d'une grande variété d'approches tant en Europe qu'outre-Atlantique¹¹¹. L'étude menée en 2005 par la direction générale du Trésor et de la politique économique (DGTPE) avait déjà montré qu'il n'existe pas de définition homogène des professions

¹¹¹ Rapport « Mission sur la définition des professions libérales et son impact », établi en octobre 2011, par Marie-José Palasz, Michel Laroque, Marie-Christine Degrandi et Michel Rispe, consultable sur le site Internet de l'Association de gestion agréée – Profession libérale www.arapl.org, p. 11 et s.

libérales au sein de l'Union européenne. Malgré l'absence de définition homogène de ces professions, il est néanmoins possible d'identifier quatre critères : le caractère personnel, la prestation de service, le haut niveau de qualification professionnelle et la réglementation¹¹².

Au niveau européen, la Commission s'est inspirée de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes pour retenir une définition large de la profession libérale (a.1). Quant à la France, la notion de profession libérale est restée longtemps privée de définition législative. La loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives a mis fin aux certitudes que pouvait soulever cette notion (a.2).

a.1 La définition de profession libérale en droit européen

Dans son rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales de 2004, la Commission européenne a défini les professions libérales comme des « métiers qui requièrent une formation spécifique » et se caractérisent « par un niveau élevé de réglementation, imposée par l'Etat ou par des organisations professionnelles »¹¹³. Puis, en 2005, dans le cadre de la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, le Parlement européen et le Conseil ont défini les professions libérales comme « toute profession exercée sur la base de qualifications professionnelles appropriées, à titre personnel, sous sa propre responsabilité et de façon professionnellement indépendante, en offrant des services intellectuels et conceptuels dans l'intérêt du client et du public »¹¹⁴.

Cette définition s'inspire, en réalité, de l'arrêt rendu le 11 octobre 2001 par lequel la Cour de justice des Communautés européennes a défini les professions libérales comme « des activités qui, entre autres, présentent un caractère intellectuel marqué, requièrent une qualification de niveau élevé et sont d'habitude soumises à une réglementation professionnelle précise et stricte. Il convient d'ajouter que dans l'exercice d'une telle activité, l'élément personnel a une importance spéciale et qu'un tel exercice présuppose, de toute manière une grande autonomie dans l'accomplissement des actes professionnels »¹¹⁵. Dès

¹¹² V. sur ce point, Conseil fédéral suisse, Professions libérales en Suisse. Rapport du Conseil fédéral établi en réponse au postulat Cina du 19 décembre 2003 (n° 03.3663), consultable sur le site Internet <http://www.bbt.admin.ch>.

¹¹³ Rapport de la Commission européenne sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, *précité*.

¹¹⁴ Considérant n° 43. Ce considérant prévoit également que « l'exercice de la profession peut être soumis dans les Etats membres, en conformité avec le Traité à des obligations juridiques spécifiques, basées sur la législation nationale et la réglementation établie dans ce cadre de manière autonome par l'organe professionnel représentatif compétent, qui garantissent et améliorent le professionnalisme, la qualité du service et la confidentialité des relations avec le client ».

¹¹⁵ CJCE, arrêt du 11 octobre 2001, *Christiane Adam, épouse Urbing c/ Administration de l'enregistrement et des domaines*, aff. C-267/99, Rec., 2001, p. I-7467, point 39.

lors, la profession d'avocat se distingue d'autres professions par trois éléments : l'indépendance, une qualification de niveau élevé, une réglementation professionnelle précise et stricte et une grande autonomie dans l'accomplissement des actes professionnels.

Parmi ces critères, l'indépendance de l'avocat constitue un trait essentiel de la profession d'avocat. Dans un arrêt du 6 septembre 2012, la CJUE a consolidé sa jurisprudence sur cette notion en affirmant que « la conception du rôle de l'avocat dans l'ordre juridique de l'Union, qui émane des traditions juridiques communes aux États membres, (...), est celle d'un collaborateur de la justice appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin »¹¹⁶. Selon la Cour, « l'exigence d'indépendance de l'avocat implique l'absence de tout rapport d'emploi entre ce dernier et son client (...). En effet, (...), la notion d'indépendance de l'avocat est définie non seulement de manière positive, à savoir par une référence à la discipline professionnelle, mais également de manière négative, c'est-à-dire par l'absence d'un rapport d'emploi »¹¹⁷.

a.2 La définition de profession libérale en droit français

En droit français, l'article 1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifié par la loi n°2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel¹¹⁸, définit la profession d'avocat comme « une profession libérale et indépendante »¹¹⁹. Néanmoins, jusqu'à récemment, aucune définition de *profession libérale* ne figurait dans les textes législatifs et réglementaires.

En 2008¹²⁰, la Direction du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales a affirmé qu'il existe quatre critères communs à l'exercice libéral, notamment « l'indépendance dans l'exercice de l'art ou de la science, (...) la prestation de service à caractère intellectuel exigeant un niveau élevé de connaissances spécialisées, (...) le respect

¹¹⁶ CJUE, arrêt du 6 septembre 2012, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej et République de Pologne c/Commission européenne*, affaires jointes C-422/11 P et C-423/11 P, non encore publiée au Recueil, point 23. V. également, CJCE, arrêt du 18 mai 1982, *AM & S Europe/Commission*, aff. C-155/79, Rec. p. 1575, point 24; CJCE, arrêt du 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission*, aff. 550/07, Recueil 2010 I-08301, point 42, et CJCE, ordonnance du 29 septembre 2010, *EREF/Commission*, C-74/10 P et C-75/10 P, Recueil 2010 I-00115, point 52.

¹¹⁷ CJUE, arrêt du 6 septembre 2012, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej et République de Pologne c/Commission européenne*, précité, point 24. V. également, l'arrêt *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission*, précité, point 45.

¹¹⁸ JORF n°0021 du 26 janvier 2011, p. 1544.

¹¹⁹ Cette définition a été reprise par l'Autorité de la concurrence dans son avis n° 10-A-10 du 27 mai 2010 relatif à l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé (point 27).

¹²⁰ DCASPL, *Les entreprises libérales in PME/TPE en bref*, juin 2008, n° 34, p. 1 et spéc. p. 3, consultable sur le site Internet <http://www.pme.gouv.fr>.

de règles d'éthique et (...) la responsabilité professionnelle »¹²¹. Plus récemment, dans le Rapport sur la définition des professions libérales et son impact de 2011¹²², l'Association de gestion agréée – Profession libérale a souligné qu'en droit français, il existe une définition traditionnelle par défaut et différentes définitions positives. Selon la première définition, le professionnel libéral se différencie des agriculteurs, des commerçants et des artisans, définis par la loi, en considération de leurs activités respectives, et de l'absence de lien de subordination juridique¹²³. Toutefois, nombreux sont les aménagements introduits par le législateur à ce propos. Ainsi, en vertu de l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, l'avocat est libre d'exercer sa profession en qualité de salarié. Afin de concilier ce statut avec celui de professionnel indépendant, dans l'exercice des missions qui lui sont confiées, l'avocat « bénéficie de l'indépendance que comporte son serment et n'est soumis à un lien de subordination à l'égard de son employeur que pour la détermination de ses conditions de travail »¹²⁴.

Concernant les définitions positives, le Code de la sécurité sociale et le Précis de fiscalité livrent une liste de personnes considérées comme exerçant des professions libérales parmi lesquelles figurent les avocats¹²⁵. Le Rapport sur la définition des professions libérales et son impact de 2011 a également évoqué l'effort de la doctrine de contribuer à l'élaboration d'une définition des professions libérales, caractérisées par « un travail purement intellectuel », l'existence d'« un certain désintéressement, dans la mesure où le profit n'est pas, comme dans le commerce, la considération essentielle » et « la *confiance personnelle* portée par le client à celui qui exerce la profession »¹²⁶.

¹²¹ V. à titre d'exemple, la définition de la Commission Nationale de Concertation des Professions Libérales (CNCPL) : « (e)st considérée comme libérale, toute personne physique ou morale, exerçant, en toute indépendance, à titre individuel ou sous forme sociale, une activité civile par nature, qui s'analyse en une prestation de services à caractère intellectuel exigeant un niveau élevé de connaissances spécialisées et qui implique que la personne physique ou morale exerce son art ou sa science dans le respect des règles d'éthique, de confidentialité et de responsabilité professionnelle ». En 2002, l'Union Nationale des Professions Libérales (UNAPL) a donné la définition suivante de la profession libérale : « le professionnel libéral est celui dont la fonction sociale est d'apporter à des personnes physiques ou morales qui l'ont librement choisi, des services non commerciaux sous des formes juridiquement, économiquement et politiquement indépendantes, et qui, dans le cadre d'une déontologie garantissant le respect du secret professionnel et d'une compétence reconnue, demeure personnellement responsable de ses actes ».

¹²² Rapport « Mission sur la définition des professions libérales et son impact », établi en octobre 2011, par Marie-José Palasz, Michel Laroque, Marie-Christine Degrandi et Michel Rispe, consultable sur le site Internet de l'Association de gestion agréée – Profession libérale www.arapl.org.

¹²³ Rapport « Mission sur la définition des professions libérales et son impact », *précité*, p. 14 et ss.

¹²⁴ *Id.*, p. 15.

¹²⁵ Dans le Précis de fiscalité, il est précisé que dans ces professions « l'activité intellectuelle joue le principal rôle » et ces professions « consistent en la pratique personnelle, en toute indépendance, d'une science ou d'un art » (point 500).

¹²⁶ Rapport « Mission sur la définition des professions libérales et son impact », *précité*, p. 17, citant R. Roblot, G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, LGDJ, 2010.

La loi du 22 mars 2012¹²⁷ a mis fin aux certitudes que pouvait soulever la notion de profession libérale¹²⁸, en prévoyant, dans son article 29, que « (l)es professions libérales groupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant ». Cette définition constitue une synthèse des traits fondamentaux déjà identifiés par la jurisprudence et la doctrine puisqu'elle fait référence au caractère personnel, indépendant et intellectuel (ou technique) de la prestation de service fournie, à une qualification et à une déontologie professionnelle.

De cette brève analyse du droit européen et du droit français, il résulte que la profession d'avocat se caractérise par une activité principalement intellectuelle et une pratique personnelle, exercée en toute indépendance. Le facteur intellectuel et l'existence de règles déontologiques n'ont pas cependant empêché de considérer l'avocat un véritable entrepreneur soumis aux règles de concurrence¹²⁹.

b. L'avocat et le cabinet d'avocat : des opérateurs économiques

En droit européen, l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne fait référence aux « accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées ». L'avocat est considéré une entreprise et, de ce fait, soumis aux règles de concurrence (b.1). En France, l'article L. 420-1 du Code de commerce ne requiert pas expressément la qualité d'entreprise pour être soumis au droit des pratiques anticoncurrentielles, l'exercice d'une activité sur le marché étant suffisante (b.2).

¹²⁷ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, JORF n°0071 du 23 mars 2012, p. 5226.

¹²⁸ La jurisprudence s'est toujours basée sur un faisceau d'indices pour définir la notion de profession libérale. Sur ce point, v. F. Vialla, *Introduction du fonds libéral en droit positif français*, préf. de J.-J. Daigre, LITEC, 1999.

¹²⁹ Sur ce point, v. M. Bénichou, « L'Europe, les avocats et la concurrence », *Gazette du Palais*, 7-8 mars 2007, n° 66-67, p. 2 ; Id., « L'Europe, les avocats et la concurrence », *Gazette du Palais*, 9-10 mars 2007, n° 68-69, p. 7 ; plus récemment, v. C. Jamin, « Services juridiques : la fin des professions ? » in *Les avocats, Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 2012, n°140, p. 33 et ss.

b.1 L'avocat et le cabinet d'avocat : des entreprises au sens du droit européen de la concurrence

Depuis longtemps, la Commission européenne¹³⁰ et la Cour de justice des Communautés européennes¹³¹ considèrent que « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹³².

L'activité se qualifie d'économique dès que le professionnel offre des services contre une rémunération¹³³ et en assume les risques financiers. Ainsi, dans l'affaire *Wouters*¹³⁴, la CJCE a affirmé que les avocats exercent « une activité économique et, partant, constituent des entreprises » au sens du droit européen de la concurrence, car ils « offrent contre rémunération, des services d'assistance juridique consistant dans la préparation d'avis, de contrats ou d'autres actes, ainsi que dans la représentation et la défense en justice » (...) tout en assumant les risques financiers afférents à l'exercice de ses activités¹³⁵. La CJCE a précisé que « la nature complexe et technique des services qu'ils fournissent et la circonstance que l'exercice de leur profession est réglementé » n'est pas « de nature à modifier une telle conclusion »¹³⁶.

Quant aux cabinets d'avocats, ils sont considérés comme une entité économique unique sur le marché. En effet, selon une jurisprudence établie, la notion d'entreprise, « placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique (...) même si, du point de vue juridique, cette unité économique est

¹³⁰ Décision *ABD* du 14 décembre 1989 concernant un pharmacien, J.O.C.E. 1990, L 18, p. 35 ; décision *CNSD* du 22 juin 1993 concernant des agents expéditeurs en douane, J.O.C.E. n° L 203 du 13 août 1993, p.27, décision *COAPI* du 30 janvier 1995 concernant des agents en propriété industrielle, J.O.C.E. n° L 122 du 2 juin 1995, p. 37 ; décision *IMA* du 14 avril 1999 concernant des conseils en brevet, J.O.C.E. du 23 avril 1999, n° L 106, p. 14.

¹³¹ C.J.C.E., 18 juin 1998, *Commission / Italie*, aff. C 35/96, Rec. I, 3851 ; TPI, 30 mars 2000, *Expéditeur en douane / Commission*, aff. T-513/93, Rec. II, p. 1810 ; et à propos des médecins, C.J.C.E., 12 septembre 2000, *Pavlov et a.*, aff. Jointes C-180/98 à C-184/98, Rec. I, 6551, pt 77.

¹³² C.J.C.E., 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, Rec. I, p. 1979, § 21.

¹³³ L'article 57 du TFUE affirme que « sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Les services comprennent notamment: a) des activités de caractère industriel, b) des activités de caractère commercial, c) des activités artisanales, d) les activités des professions libérales ».

¹³⁴ CJCE, 19 févr. 2002, *Wouters*, aff. C-309/99, Recueil 2002 I-01577 ; v. L. Idot, *Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu*, Europe, mai 2002, chron. 6 ; S. Poillot-Peruzzetto, *Contrats Conc. Consom.* 2002, comm. 64 ; C. Prieto, *JDI* 2002-2, p. 595.

¹³⁵ Id. point 48.

¹³⁶ Id., point 49.

constituée de plusieurs personnes physiques ou morales »¹³⁷. Chaque entité économique est « une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminé »¹³⁸. A la lumière de cette jurisprudence, les cabinets d'avocat sont des entreprises à part entière puisque les personnes qui les composent poursuivent ensemble un but économique déterminé.

b.2 L'avocat et le cabinet d'avocat : des opérateurs exerçant une activité économique sur le marché au sens du droit français de la concurrence

En France, l'article L. 420-1 du Code de commerce s'applique à toute entité qui se livre « à des activités de production, de distribution ou de services »¹³⁹, peu importe la qualité ou le statut juridique de l'opérateur mis en cause. Ce texte ne pose pas comme condition de son application la qualité d'entreprise des parties à l'entente mais, de façon constante, les juridictions exigent qu'au moins une des parties exerce une activité sur le marché¹⁴⁰. Bien que l'ancien Conseil de la concurrence ait qualifié l'avocat « d'auxiliaire de justice »¹⁴¹, il n'a pas hésité à le sanctionner sur le fondement du droit de la concurrence. Il a d'ailleurs rendu plusieurs décisions relatives à des professions libérales, qu'il s'agisse de pharmaciens, d'architectes, de chirurgiens dentistes, de géomètres experts et de barreaux (v. *infra*)¹⁴².

¹³⁷ TPICE, arrêt du 12 janvier 1995, *VIHO Europe BV/Commission*, aff. T-102/92, Rec., 1995, p. II-17, point 50 ; CJCE, arrêt du 12 juillet 1984, *Hydrotherm*, aff. C-170/83, Rec. 1984 p. 2999, point 11. Plus récemment, v. CJCE, arrêt du 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e.a./Commission*, aff. C-97/08 P, Rec. p. I-8237, points 55 ; CJCE, arrêt du 29 mars 2011, *ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a.* aff. C-201/09 P et C-216/09 P, non encore publié au Recueil, point 95 ainsi que CJCE, arrêt du 19 juillet 2012, *Alliance One International et Standard Commercial Tobacco/Commission et Commission/Alliance One International e.a.*, aff. Jointes C-628/10 P et C-14/11 P, non encore publié au Recueil, points 42.

¹³⁸ TPICE, arrêt du 10 mars 1992, *Shell/Commission*, aff. T-11/89, Rec. p. II-757, point 311 ; TPICE, arrêt du 20 mars 2002, *HFB e.a./Commission*, aff. T-9/99, Rec. p. II-1487, point 54.

¹³⁹ V. L. Idot, *L'actualité du droit français de la concurrence*, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n° 28, n° 1739.

¹⁴⁰ V. par exemple, CA Paris, 29 février 2000, *Contrats Concurrence Consommation*, 2000, n° 95, obs. Malaurie-Vignal.

¹⁴¹ Conseil de la concurrence, avis n° 97-A-12 du 17 juin 1997 relatif à une demande d'avis présentée par l'Ordre des experts-comptables, les syndicats professionnels IFEC (Institut français des experts-comptables), ECF (fédération des experts-comptables de France) et l'association syndicale « Promouvoir la profession comptable », portant sur la restriction d'exercice de leur activité professionnelle dans le domaine juridique.

¹⁴² Voir à ce sujet, L. Idot, *Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels*, J.T.D.E. 1997, p. 73 et s.

2. Les barreaux : une entité soumise aux règles de concurrence

A l'instar des avocats, les barreaux sont soumis au droit européen (a) et français de la concurrence (b).

a. Les barreaux : des associations d'entreprises au sens du droit européen de la concurrence

Au niveau européen, les barreaux peuvent être qualifiés d'associations d'entreprises. Dans l'arrêt *Wouters*, la CJCE a affirmé que l'ordre professionnel peut être considéré comme une association d'entreprises lorsque les réglementations arrêtées par l'ordre professionnel sont imputables *exclusivement* à celui-ci et constituent l'*expression de la volonté* des représentants d'une *profession* tendant à obtenir de ses membres qu'ils adoptent un comportement déterminé dans le cadre de leurs activités économiques¹⁴³. En revanche, lorsque l'organisme est composé d'une majorité de représentants des pouvoirs publics et est soumis dans l'exercice de ses fonctions à des critères d'intérêt général, il échappe au droit de la concurrence¹⁴⁴.

b. Les barreaux : des entités pouvant intervenir dans une activité de service au sens du droit français de la concurrence

Faute d'avoir intégré dans le Code de commerce la notion européenne d'association d'entreprises, les ordres professionnels sont considérés comme des *entreprises*¹⁴⁵. Dans son rapport de 2006, l'ancien Conseil de la concurrence a rappelé que sont exclus de cette définition seulement les organismes dont les activités ne présentent pas un caractère économique, c'est-à-dire « les organismes dont la fonction est purement sociale (...) ou qui sont chargés de missions de service public et investis de prérogatives de puissance publique »¹⁴⁶. D'ailleurs, par un arrêt en date du 16 mai 2000, la Cour de Cassation avait déjà énoncé qu'« (u)n ordre professionnel représente la collectivité de ses membres et qu'une pratique susceptible d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel mise en œuvre par un tel

¹⁴³ Voir en particulier, points 68 et 64 de l'arrêt *Wouters*.

¹⁴⁴ CJCE, 5 octobre 1995, *Centro Servizi Spediporto Srl c/ Spedizioni Marittima del Golfo Srl.*, aff. C-96/94, Rec., 1995, p. I-2883

¹⁴⁵ Cette définition n'est retenue qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles. En effet, en matière de pratiques restrictives, le législateur a exclu, à titre d'exemple, que les professions libérales puissent être considérées des « producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

¹⁴⁶ Rapport de 2006, p. 83.

organisme révèle nécessairement une entente entre ses membres »¹⁴⁷ qui doit être sanctionnée conformément aux règles du droit de la concurrence.

Enfin, dans une décision du 26 septembre 2012 relative à des pratiques dans le secteur du blanchiment et de l'éclaircissement des dents, l'Autorité de la concurrence est revenue sur l'applicabilité des règles de concurrence aux ordres professionnels¹⁴⁸.

L'Autorité a rappelé tout d'abord que les ordres professionnels sont investis d'une mission de service public consistant à assurer le respect des devoirs et la défense de l'honneur de la profession¹⁴⁹. Si un ordre professionnel prend des décisions dans l'accomplissement de la mission de service public, l'Autorité ne se sera pas compétente pour se prononcer sur la légalité de décisions « dès lors qu'elles sont de nature administrative, cette dernière notion impliquant non seulement que la décision en cause ait été prise dans l'accomplissement de la mission de service public de l'organisme privé dont elle émane, mais, en outre qu'elle comporte l'exercice d'une prérogative de puissance publique »¹⁵⁰. En revanche, lorsqu'un ordre professionnel, sortant de sa mission de service public, « adresse à des tiers un courrier ou une note dans lequel il se livre à une interprétation de la législation applicable à son activité, il intervient dans une activité de services entrant dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du Code de commerce »¹⁵¹. Dès lors, dans sa décision du 26 septembre 2012 et en consolidant sa pratique décisionnelle antérieure, l'Autorité de la concurrence a affirmé que pour trancher la question de compétence en matière de comportements imputables à des ordres professionnels, il est nécessaire de distinguer entre « les comportements qui, parce qu'ils invitent les professionnels ou des tiers à adopter telle ou telle attitude sur le marché, constituent une intervention dans une activité de services » et « ceux qui ne sont pas détachables de l'exercice du pouvoir de contrôle et du pouvoir disciplinaire confié à l'ordre (...) qui constituent des prérogatives de puissance publique »¹⁵². Seul dans le premier cas, « l'Ordre intervient dans une activité de services qui relève du champ de compétence de l'Autorité en application de l'article L. 410-1 du code de commerce »¹⁵³. Autrement dit, l'Autorité n'est compétente que pour examiner « l'ensemble des comportements (...) détachables, tant sur le fond que dans la forme, de l'exercice du pouvoir régulateur confié à l'Ordre et qui n'emportent aucune prérogative de puissance publique »¹⁵⁴.

¹⁴⁷ Cass. Com., arrêt du 16 mai 2000, n° de pourvoi: 98-12612, Bulletin 2000 IV n° 100, p. 89.

¹⁴⁸ Décision n° 12-D-19 du 26 septembre 2012 relative à des pratiques dans le secteur du blanchiment et de l'éclaircissement des dents, consultable sur le site Internet <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

¹⁴⁹ Id., point 71.

¹⁵⁰ Décision n° 09-D-17 du 22 avril 2009 concernant l'Ordre des pharmaciens.

¹⁵¹ Décisions n° 97-D-26 du 29 juillet 2009, n° 02-D-14 du 28 février 2002, n° 03-D-52 du 18 novembre 2003 et n° 05-D-43 du 20 juillet 2005.

¹⁵² Décision n° 1é-D-19 du 26 septembre 2012, *précité*, point 74.

¹⁵³ Id., point 78.

¹⁵⁴ Id., point 79.

I.1.2. L'identification du marché

L'appréciation des pratiques potentiellement restrictives de la libre concurrence impose de délimiter tout d'abord le marché pertinent. Cette étape est essentielle même si le degré d'analyse est différent selon la nature de la pratique, l'approche étant plus souple lorsque la pratique relève des ententes. Au regard de la profession d'avocat, l'identification du marché des services est loin d'être aisée. L'Autorité de la concurrence a souligné à deux reprises les difficultés liées à l'évaluation de ce marché (1). Quant à l'identification du marché géographique, celle-ci dépend de la dimension nationale, européenne ou internationale des dossiers des clients (2).

1. L'identification du marché pertinent

Le marché pertinent se définit comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. Dans son rapport annuel de 2001, l'ancien Conseil de la concurrence a rappelé qu'une substituabilité parfaite se rencontre rarement et, pour cette raison, sont considérés comme substituables les produits et les services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande¹⁵⁵.

S'agissant de la définition du marché pertinent, l'ancien Conseil de la concurrence a identifié, dans un avis du 17 juin 1997¹⁵⁶, l'existence d'un marché des prestations juridiques aux entreprises comprenant le conseil, la rédaction d'actes, ainsi que l'assistance et la représentation devant les juridictions¹⁵⁷. Dans cet avis, l'autorité de concurrence a souligné toutefois que « l'évaluation de ce marché est difficile. En effet, à l'exception de l'activité

¹⁵⁵ Dans la communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, la Commission a défini le marché pertinent comme le marché comprenant « tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés » (considérant 7).

¹⁵⁶ Avis 97-A-12 du 17 juin 1997 relatif à une demande d'avis présentée par l'Ordre des experts comptables, les syndicats professionnels IFEC (Institut français des experts comptables), ECF (fédération des experts comptables de France) et l'association syndicale « Promouvoir la profession comptable », portant sur la restriction d'exercice de leur activité professionnelle dans le domaine juridique.

¹⁵⁷ En France, l'avocat a, du fait de la fusion opérée en 1990 entre les professions d'avocat et de conseil juridique, essentiellement deux types d'activités : d'une part, l'assistance et la représentation en justice et, d'autre part, la consultation et la rédaction d'actes juridiques. La loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel a fusionné les professions d'avoué - juriste chargé jusqu'au 31 décembre 2011 de la représentation (postulation) du justiciable auprès des cours d'appel - et d'avocat afin de simplifier les règles de représentation devant les juridictions en permettant au justiciable d'être représenté par un seul auxiliaire de justice tant en première instance qu'en appel.

d'assistance et de représentation pour laquelle, sous réserve de certaines exceptions très limitées, un monopole est reconnu aux avocats, l'activité de conseil et de rédaction d'actes peut être exercée par différentes professions et pas seulement celles qui appartiennent au secteur des professions juridiques et judiciaires »¹⁵⁸.

Plus récemment, dans un avis du 27 mai 2010 relatif à l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé¹⁵⁹, l'Autorité a considéré qu'« au regard des difficultés qu'il y a à appréhender les déterminants de la demande sur le marché des prestations de conseil et de rédaction d'actes juridiques, ce constat reste d'actualité » et qu'il n'existe pas suffisamment d'éléments pour modifier l'analyse du marché pertinent à laquelle a procédé l'avis du 17 juin 1997. Par conséquent, l'analyse concurrentielle doit porter sur le marché des prestations juridiques aux entreprises, sans opérer des distinctions supplémentaires.

2. L'identification du marché géographique

Dans la communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, la Commission a défini le marché géographique comme « le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des

¹⁵⁸ Les professions juridiques réglementées se caractérisent par l'existence de monopoles légaux et par des conditions d'accès et d'exercice régies par des statuts particuliers. Dans son avis du 27 mai 2010 relatif à l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé, l'Autorité de la concurrence affirme que « les notaires ont le monopole de la réception des actes auxquels les parties veulent donner un caractère authentique et de ceux dont la loi a prescrit ou rendu nécessaire ce caractère authentique. Les avocats ont le monopole de l'assistance ou de la représentation, de la postulation et de la plaidoirie devant les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires de toutes natures, sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et les avoués près les cours d'appel. Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ont le monopole de la représentation des parties et de la plaidoirie devant ces juridictions. (...) Les commissaires-priseurs judiciaires et les huissiers de justice exercent l'activité de vente judiciaire aux enchères publiques de meubles et effets mobiliers corporels. Les huissiers de justice bénéficient en outre du monopole de la signification des actes judiciaires et extrajudiciaires et de l'exécution forcée des titres exécutoires. La plupart de ces professions exercent également des activités soumises à la concurrence, sans qu'il soit aisé, à défaut d'études économiques précises, de déterminer si ces activités concurrentielles sont liées ou non à une clientèle captive acquise grâce à l'activité monopolistique ». en outre, « (l)es modalités d'exercice de l'activité de consultation et de rédaction des actes juridiques sont donc tributaires des conditions réglementaires et déontologiques propres à chacune des professions qui intervient dans le périmètre du droit, avec une différence marquée entre les professions juridiques et judiciaires réglementées, réputées posséder la compétence juridique appropriée, et les autres professions règlementées qui, à l'instar des experts-comptables, peuvent exercer l'activité dans les limites autorisées par la réglementation qui leur est applicable. Quant aux professions non règlementées dont les membres sont autorisés, sur agrément du ministre de la justice, et le plus souvent après une procédure complémentaire de certification, à effectuer des prestations de conseil juridique à titre accessoire, elles sont une vingtaine, parmi lesquelles celles de conseils en management, conseils en patrimoine, cabinets d'audit, experts immobiliers, experts agricoles et fonciers, consultants en assurance et consultants financiers » (points 15 – 23).

¹⁵⁹ AdIC, avis n° 10-A-10 du 27 mai 2010 relatif à l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé, points 85 et ss.

services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable »¹⁶⁰. A cette fin, il faudra prendre en compte les caractéristiques des services ainsi que leur substituabilité du point de vue de la demande et de l'offre.

Une distinction doit être établie entre les prestations de services à dimension nationale et les prestations juridiques à dimension européenne. Dans le premier cas, le marché géographique devrait être limité au territoire français, car les clients sollicitent en principe des cabinets situés en France pour des dossiers de droit français. Néanmoins, les cabinets étrangers peuvent concurrencer les cabinets nationaux s'ils entrent sur le marché français. En revanche, si les dossiers ont une connotation européenne, le marché géographique retenu sera européen¹⁶¹. Dès lors, lorsque la pratique considérée affectera le commerce entre Etats membres, on appliquera le droit européen de la concurrence. Si les effets sont purement nationaux, on appliquera le droit national de la concurrence.

Dans le cadre de ce marché ainsi défini, nombreuses sont les pratiques pouvant restreindre la concurrence.

1.1.3. Les pratiques mises en œuvre par les avocats

Le rapport de la Commission européenne sur la concurrence dans le secteur des professions libérales du 17 février 2004 a identifié cinq catégories de règles potentiellement restrictives de la libre concurrence : les prix imposés, les prix recommandés, les restrictions en matière de publicité, les restrictions d'accès et les tâches réservées, ainsi que les réglementations relatives à la structure des entreprises. Selon la Commission, de telles règles risquent de restreindre, voire de supprimer la concurrence entre les prestataires de services et de décourager les professions libérales de réduire leurs coûts, leurs prix, d'améliorer la qualité ou encore d'innover.

Les pratiques mises en œuvre par les avocats sont analysées exclusivement sous le profil des ententes illicites (1). Tant la Commission européenne que l'Autorité de la concurrence considèrent, en effet, que ces pratiques ne peuvent pas constituer des abus de position dominante collective (2).

¹⁶⁰ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, Journal officiel C 372 du 9 décembre 1997, point 8.

¹⁶¹ Il est possible de retenir une dimension encore plus large si le dossier a une connotation internationale.

1. Des pratiques pouvant tomber sous l'interdiction des ententes illicites

Au regard de la jurisprudence européenne et française, il résulte qu'un ordre professionnel peut être sanctionné pour entente illicite (a). La Cour de justice des Communautés européennes¹⁶², puis la Cour de justice de l'Union européenne¹⁶³, a considéré qu'un certain nombre de pratiques ne relève pas du contrôle des pratiques anticoncurrentielles (b). Enfin, l'analyse de la pratique décisionnelle européenne et française montre que plusieurs questions restent à ce jour sans réponse (c).

a. Les pratiques sanctionnées

La question des barèmes d'honoraires fixés par les ordres est sans doute celle qui se pose de la manière la plus aiguë dans le cadre de l'application du droit de la concurrence aux ordres professionnels.

Les accords de fixation de prix sont considérés des pratiques anticoncurrentielles. Qu'il s'agisse de fixer des prix minima ou des prix indicatifs ou prix recommandés¹⁶⁴, ces accords constituent des ententes illicites puisqu'ils visent à fixer de façon directe ou indirecte les prix.

En 2004, la Commission européenne a sanctionné l'ordre des architectes de Belgique¹⁶⁵ estimant que la fixation d'un prix même simplement indicatif ou recommandé constitue une décision ayant pour objet de restreindre la concurrence. Au cas d'espèce, les honoraires ont été calculés en pourcentage de la valeur des travaux réalisés par l'entrepreneur et appliqués à tous les services. Selon la Commission, le jeu de la concurrence a été affecté par le fait que ce mécanisme a permis « à tous les participants de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle sera(it) la politique de prix poursuivie par leurs concurrents, surtout si aux dispositions relatives aux prix indicatifs est jointe la possibilité de contrôles et de sanctions ».

En France, l'ancien Conseil de la concurrence a condamné à plusieurs reprises des barreaux pour avoir fixé des barèmes d'honoraires¹⁶⁶.

¹⁶² Ci-après « CJCE ».

¹⁶³ Ci-après « CJUE ».

¹⁶⁴ CJCE, 30 janvier 1985, *BMIC*, aff. 123/83, Rec. 1985, I, 391 et en matière de services, la décision de la Commission du 19 juillet 1989, *Banque des Pays-Bas*, J.O.C.E. n° L 253 de 1989, p.1.

¹⁶⁵ Décision du 24 juin 2004, JOCE L 4 du 6 janvier 2005, p.1.

¹⁶⁶ V. Comm. conc. 19 nov. 1981, *Ordre des avocats Paris*, BOSP 5 août 1982 ; C. conc., décision n° 97-D-30 du 14 mai 1997, *Ordre des avocats de Clermont-Ferrand* ; C. conc., décisions n° 98-D-01 et 98-D-02 du 7 janvier 1998 ; C. conc., décisions n° 98-D-05 à 98-D-02 du 14 janvier 1998, *Ordre des avocats des Alpes de*

A titre d'exemple, dans la décision n° 00-D-52 du 15 janvier 2001 relative à des pratiques en matière d'honoraires mises en œuvre par l'Ordre des avocats au barreau de Nice, l'ancien Conseil de la concurrence a affirmé que la fixation de barèmes - soient-ils indicatifs - est bien constitutive d'une entente au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce. Au cas d'espèce, l'Ordre des avocats au barreau de Nice avait établi et diffusé des recommandations concernant les honoraires des avocats et des honoraires d'usage pratiqués en matière juridique, ces documents juridiques comportant une liste de prestations judiciaires et juridiques susceptibles d'être fournies dans le cadre de diverses procédures. Le premier document prévoyait notamment le coût horaire des vacations d'expertises, d'enquêtes ou d'instructions sur la base de deux seuils minimums horaires et deux seuils minimum horaires applicables pour la détermination des honoraires établis en fonction du temps réel. En outre, en cas d'option pour des honoraires forfaitaires, le document mentionnait une quarantaine de prestations judiciaires en face desquelles figuraient des montants forfaitaires ou des seuils minimums d'honoraires. Pour les procédures de divorce, des fourchettes d'honoraires comportant des seuils minimum et maximum. Le deuxième document comportait une centaine de prestations juridiques au regard desquelles figuraient des montants forfaitaires d'honoraires, des montants minimum d'honoraires affectés de pourcentages applicables au-delà de certains montants d'affaires.

Au regard de ces pratiques, le Conseil de la concurrence a considéré que « s'il est loisible à un organisme professionnel de diffuser des informations destinées à aider ses membres dans l'exercice de leur activité, l'aide à la gestion ainsi apportée ne doit pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de la profession » ; en particulier, « les indications données ne doivent pas pouvoir avoir pour effet de détourner les membres de cette profession d'une appréhension directe de leurs propres coûts, qui leur permette de fixer individuellement leurs prix ».

Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a estimé que « les documents en cause comportent de multiples indications d'ordre normatif ; qu'en élaborant et en diffusant ces documents, l'Ordre des avocats au barreau de Nice a pu conduire ses membres à fixer leurs honoraires, non pas selon les conditions propres de leurs cabinets, mais en se référant aux indications des barèmes » et que « recensant la plus grande partie des prestations que peuvent effectuer les avocats dans les affaires courantes et ayant été diffusés à l'ensemble des membres du barreau, ces barèmes ont pu avoir un effet anticoncurrentiel sur le marché local des prestations juridiques et judiciaires, même si leur influence directe ne peut être mesurée ».

Dès lors, selon le Conseil de la concurrence, l'Ordre des avocats au barreau de Nice a mis en œuvre des pratiques qui ont eu pour objet et ont pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché considéré.

Haute-Provence, Aurillac, Colmar, Grenoble, et Marseille, Rap. C. conc. pour 1998, p.48, confirmée par CA Paris, 10 novembre 1998, BOCCRF, 28 novembre ; C. conc., décision n°00-D-23 du 31 mai 2000, *Ordre des avocats de Bonneville* ; C. conc., décision n° 00-D-52 du 15 janvier 2001, *Ordre des avocats de Nice*, confirmée par CA Paris, 11 septembre 2001, BOCCRF 23 octobre 2001 ; C. conc., décision n° 01-D-35 du 6 juillet 2001, *Ordre des avocats de Bordeaux*.

La Cour de cassation a confirmé la ligne de conduite du Conseil de la concurrence en matière de fixation de barèmes d'honoraires¹⁶⁷. Selon la Cour, cette pratique de fixation de barèmes indicatifs d'honoraires est « de nature à inciter les professionnels à fixer leurs honoraires selon les montants suggérés plutôt qu'en tenant compte des critères objectifs tirés des coûts de revient des prestations fournies en fonction de la structure et de la gestion propre à chaque cabinet ; sa diffusion aux clients était aussi de nature à les dissuader de discuter librement le montant des honoraires minima »¹⁶⁸.

b. Les pratiques admises

Les juridictions européennes n'ont exclu l'application du droit de la concurrence aux barreaux que dans trois domaines : la fixation des barèmes par l'Etat (b.1), l'accès à l'exercice de l'activité d'avocat (b.2) et la publicité des professions libérales (b.3).

b.1 La fixation des barèmes par l'Etat

Les barèmes fixés par les avocats n'échappent pas au droit de la concurrence. Le sort des barèmes fixés par l'Etat est différent.

- L'arrêt *Wouters*

Dans l'arrêt *Wouters*, la Cour de justice a exclu l'application du droit de la concurrence aux ordres professionnels dans deux hypothèses. La première hypothèse concerne l'ordre professionnel exerçant « une activité qui par sa nature, les règles auxquelles elle est soumise et son objet, est étrangère à la sphère des échanges économiques »¹⁶⁹. La seconde hypothèse concerne l'ordre professionnel qui agit comme une autorité publique, son activité se rattachant à l'exercice de prérogatives de puissance publique¹⁷⁰. Dans ces deux hypothèses, l'organisme professionnel ne serait pas considéré comme une association d'entreprises au sens du droit européen de la concurrence.

¹⁶⁷ Cass. Com., arrêt du 13 février 2001, *Ordre des avocats de Marseille*, n° de pourvoi: 98-22698

Non publié au bulletin.

¹⁶⁸ Id.

¹⁶⁹ Point 57.

¹⁷⁰ Point 55. Dans l'arrêt *Reyners*, la CJCE a affirmé qu'« on ne saurait considérer comme une participation à l'autorité publique les activités les plus typiques de la profession d'avocat, telle que la consultation et l'assistance juridique, de même que la représentation et la défense des parties en justice, même lorsque l'interposition ou l'assistance de l'avocat est obligatoire ou forme l'objet d'une exclusivité établie par la loi » (CJCE, arrêt du 21 juin 1974, aff. C-2/74, Recueil 1974 00631). Cette affaire relève du principe de la liberté d'établissement mais il est transposable en droit de la concurrence.

La Cour a précisé, en outre, que lorsque le législateur confère à l'Ordre des avocats des pouvoirs normatifs, ce dernier peut échapper au droit de la concurrence si deux conditions sont remplies : l'État veille à définir les critères d'intérêt général et les principes essentiels auxquels la réglementation ordinaire doit se conformer et conserve son pouvoir de décision en dernier ressort¹⁷¹. En revanche, si les normes arrêtées par l'Ordre des avocats sont imputables à lui seul, il est soumis aux règles de concurrence, même lorsque celui-ci est régi par un statut de droit public.

La Cour de justice a vérifié l'existence de ces conditions dans un certain nombre d'affaires portant sur la tarification des honoraires des avocats italiens.

- *L'arrêt Arduino*

Dans l'arrêt *Arduino* du 19 février 2002 relatif aux tarifs applicables aux prestations délivrées par les avocats dans le cadre des procédures judiciaires¹⁷², la CJCE a estimé que la tarification élaborée par le Conseil national de l'ordre des avocats italiens a un caractère de réglementation étatique, car les membres de l'ordre agissent comme des experts indépendants tenus, par la loi, de fixer les tarifications en prenant en considération non seulement les intérêts des avocats, mais également l'intérêt général¹⁷³.

Selon la CJCE, l'Etat italien oblige le Conseil national à présenter tous les deux ans un projet de tarification comportant des limites minimales et maximales et conserve, en même temps, son pouvoir de décision en dernier ressort, le ministre de la Justice ayant le pouvoir de faire amender le projet par le Conseil national et étant secondé par deux organes publics dont il doit obligatoirement recueillir l'avis préalable¹⁷⁴. En outre, dans certaines circonstances exceptionnelles, le juge peut, par une décision motivée, déroger aux limites maximales et minimales fixées par la tarification¹⁷⁵.

Sur la base de ces éléments, la CJCE a estimé que l'Etat italien n'a pas délégué à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique et n'a pas non plus imposé ou favorisé la conclusion d'ententes contraires au droit européen de la concurrence¹⁷⁶.

- *Les arrêts Cipolla et Macrino*

¹⁷¹ Point 68 de l'arrêt *Wouters*.

¹⁷² CJCE, 19 février 2002, *Arduino*, aff. C-35/99, Rec. I, 1529.

¹⁷³ Points 36 et 37.

¹⁷⁴ Points 40 et 41.

¹⁷⁵ Point 42.

¹⁷⁶ Point 43.

Dans les arrêts *Cipolla et Macrino*¹⁷⁷, la CJCE a étendu le champ d'application de la jurisprudence *Arduino* aux tarifs des avocats italiens en matière extrajudiciaire. Il est intéressant de souligner que, dans cette affaire, la Cour n'a pas suivi le raisonnement de la Commission qui défendait la thèse selon laquelle il faudrait revenir sur la solution adoptée par la Cour dans l'arrêt *Arduino*, pour constater qu'une mesure étatique restreignant la concurrence viole le droit européen de la concurrence, sauf si elle peut être justifiée par des objectifs d'intérêt public et si elle est proportionnée à ces objectifs.

▪ *L'arrêt Commission/Italie*

En prolongement de cette jurisprudence, dans l'arrêt *Commission/Italie* du 29 mars 2011¹⁷⁸, la CJUE a affirmé que la Commission n'a pas réussi à démontrer que le régime de tarifs maximaux applicables aux honoraires « est conçu d'une manière qui porte atteinte à l'accès, dans des conditions de concurrence normales et efficaces, au marché italien des services en cause »¹⁷⁹. Selon la Cour, « le régime italien sur les honoraires est caractérisé par une flexibilité qui paraît permettre une rémunération correcte de tout type de prestation fourni par des avocats. Ainsi, il est possible d'augmenter les honoraires jusqu'au double des tarifs maximaux applicables par défaut dans les dossiers présentant une importance, une complexité ou une difficulté particulières, ou jusqu'au quadruple desdits tarifs pour ceux revêtant une importance exceptionnelle ou même au-delà en cas de disproportion manifeste, au regard des circonstances de l'espèce, entre les prestations de l'avocat et les tarifs maximaux prévus. Aussi, dans plusieurs situations, il est loisible aux avocats de conclure un accord spécial avec leur client pour fixer le montant des honoraires »¹⁸⁰.

Au final, ces arrêts montrent que les barèmes fixés par l'Etat les avocats échappent au droit de la concurrence. Il est intéressant de constater que, sous l'impulsion de l'autorité de concurrence italienne, le législateur italien a depuis aboli ces barèmes dans le cadre d'une vaste réforme visant à libéraliser et moderniser le secteur des professions réglementées¹⁸¹.

b.2 L'accès à l'exercice de l'activité d'avocat

Dans l'ordonnance *Mauri* du 17 février 2005, la CJCE a eu l'occasion de se prononcer sur le décret italien organisant l'accès à l'exercice de l'activité d'avocat¹⁸². En l'espèce, le demandeur considérait qu'était contraire aux règles de la concurrence le fait que, dans le cadre

¹⁷⁷ CJCE, arrêt du 5 décembre 2006, aff. jointes C-94/04 et C-202/04, Rec. I, p. 11421.

¹⁷⁸ CJCE, arrêt du 29 mars 2011, aff. C-565/08, non encore publiée.

¹⁷⁹ Id., point 53.

¹⁸⁰ Id., point 53.

¹⁸¹ Decreto Legge, 24.01.2012 n° 1, G.U. 24.03.2012, n. 71.

¹⁸² Ordonnance de la Cour du 17 février 2005, aff. C-250/03, Recueil 2005 I-01267.

de l'examen d'Etat, le jury se compose de cinq membres nommés par le ministre de la Justice, à savoir deux magistrats, un professeur de droit et deux avocats, ces derniers étant choisis par le Conseil national des avocats italiens sur proposition conjointe des conseils de l'ordre de l'arrondissement judiciaire concerné.

La CJCE a exclu l'application du droit européen de la concurrence estimant que l'Etat occupe une place substantielle au sein du jury par la présence, sur cinq membres, de deux magistrats. En deuxième lieu, le ministère de la justice dispose d'importantes compétences lui permettant de contrôler à chaque stade les travaux du jury : il nomme les membres du jury, choisit les thèmes de l'examen, peut annuler celui-ci en cas d'irrégularité et peut intervenir en désignant son propre représentant pour mettre en œuvre les instructions reçues afin de garantir la discipline et le bon déroulement des examens. En troisième lieu, une décision négative prise par le jury peut faire l'objet d'un recours devant le juge administratif qui procédera à son réexamen. Par conséquent, selon la Cour, le contrôle exercé à tous les stades de l'examen par l'Etat permet de conclure que ce dernier n'a pas renoncé à exercer son pouvoir au profit d'opérateurs privés.

Plus récemment, dans un arrêt du 2 décembre 2010, la CJUE a affirmé que l'article 101 du TFUE « ne s'oppose (...) pas à une réglementation nationale qui empêche les fonctionnaires occupés dans le cadre d'une relation de travail à temps partiel d'exercer la profession d'avocat, même s'ils sont titulaires de l'habilitation à l'exercice de cette profession, imposant leur radiation du tableau de l'ordre des avocats »¹⁸³. Après avoir rappelé la jurisprudence *Arduino* et *Cipolla* selon laquelle il y a violation du droit des pratiques anticoncurrentielles lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes illicites ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention d'intérêt économique, la Cour a retenu que « le fait qu'un État membre prescrive aux organes d'une association professionnelle tels que les conseils de l'ordre des avocats des différents barreaux de procéder à la radiation d'office de l'inscription au tableau de l'ordre des avocats des membres de cette profession qui sont également fonctionnaires à temps partiel et qui n'ont pas opté, dans un délai fixe, soit pour le maintien de l'inscription au dit tableau, soit pour le maintien de la relation de travail avec l'entité publique qui les emploie, n'est pas de nature à établir que cet État membre a retiré à sa réglementation son caractère étatique »¹⁸⁴. Selon la Cour, ces conseils « n'ont aucune influence en ce qui concerne l'adoption d'office, prescrite par la loi, de décisions de radiation »¹⁸⁵. La restriction de concurrence n'est donc pas établie.

¹⁸³ CJUE, arrêt du 2 décembre 2010, *Edyta Joanna Jakubowka c/Alessandro Maneggia*, aff. C-225/09, Recueil 2010 I-12329, dispositif de l'arrêt.

¹⁸⁴ Id., point 50.

¹⁸⁵ Id., point 50.

b.3 La publicité des professions libérales

Dans l'affaire *Ioannis Doulamis*¹⁸⁶, la Cour de justice confirme sa jurisprudence *Cipolla* à propos de la publicité des professions libérales en rappelant qu'il y a violation du droit européen de la concurrence lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes illicite ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention d'intérêt économique.

Au sujet de la législation belge en cause qui interdit aux prestataires de soins dentaires de faire de la publicité, la Cour a constaté que, non seulement il n'est pas démontré que ladite législation favorise, renforce ou codifie une entente ou une décision d'entreprises, mais en outre, qu'elle n'apparaît pas avoir été privée de son caractère étatique, en ce que l'État membre en question aurait délégué à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention d'intérêt économique.

c. Les questions ouvertes

Dans ce processus de sujétion de la profession d'avocat au respect du droit de la concurrence, nombreuses sont les questions qui restent ouvertes. Nous évoquerons en particulier celles qui seront traitées par la CJUE dans les prochains mois.

▪ Sur la formation professionnelle

En France, en vertu de l'article 12 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, hors un certain nombre de dispenses, afin d'exercer la profession d'avocat, les candidats doivent être titulaires du certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat (CAPA) dont l'obtention est subordonnée à la réussite de l'examen d'entrée à un centre de formation professionnelle des avocats. Ces centres sont les seuls à assurer la formation théorique et pratique initiale en vue de l'obtention du CAPA. S'agit-il d'un système qui relève du champ d'application du droit des pratiques anticoncurrentielles ?

Si les juridictions ne se sont pas pour l'instant prononcées sur ce point, la CJUE va bientôt le faire, puisqu'un tribunal portugais lui a soumis une question préjudicielle au sujet de la formation dispensée par l'ordre des experts comptables. Au cas d'espèce, l'ordre des experts comptables portugais avait adopté des règles contraignantes d'application générale en vertu desquelles il était le seul à assurer la formation obligatoire des experts comptables afin de garantir aux citoyens la fourniture d'un service crédible et de qualité. L'autorité de

¹⁸⁶ CJCE, arrêt du 13 mars 2008, aff. C-446/05, Recueil 2008 I-01377.

concurrence portugaise l'avait sanctionné pour violation de l'article 101 TFUE. L'ordre des experts comptables avait alors interjeté appel en s'appuyant sur les arguments suivants : il n'a pas de but lucratif et ne peut pas être qualifié d'association d'entreprises au sens du droit européen de la concurrence ; les critères élaborés pour obtenir les points de formation sont objectifs, transparents et non discriminatoires ; son activité ne relève de la sphère économique, mais de l'exercice de prérogatives de puissance publique et qu'en tant que service d'intérêt économique général, l'article 101 TFUE n'est pas applicable. Le juge chargé de l'affaire a décidé de poser à la CJUE les questions préjudicielles suivantes qui pourraient concerner également la profession d'avocat : un ordre professionnel doit-il être considéré une association d'entreprises opérant sur le marché de la formation ? Le cas échéant, faut-il interpréter l'article 101 § 2 TFUE en ce sens qu'entité qui adopte des règles contraignantes, d'application générale – pour satisfaire à des exigences légales – relatives à la formation obligatoire des experts comptables, afin de garantir aux citoyens la fourniture d'un service crédible et de qualité, est également soumise à ces règles communautaires de concurrence ? Si un ordre professionnel est tenu, en vertu de la loi, de mettre en place un système de formation obligatoire pour ses membres, l'actuel article 101 TFUE peut-il être interprété en ce sens qu'il permet de remettre en cause la création d'un système de formation exigé en vertu de la loi, pour autant qu'il se borne strictement à satisfaire à l'exigence légale ? Cette matière échappe-t-elle, au contraire, au champ d'application de l'article 101 TFUE et doit-elle être appréciée au regard des actuels articles 56 et suivants TFUE relatifs aux restrictions à la libre prestation de services ? Par ailleurs, le droit européen des pratiques anticoncurrentielles s'oppose-il à une réglementation relative à la formation des experts comptables qui n'a aucune influence directe sur l'activité économique de ces professionnels ? Enfin, à la lumière du droit de la concurrence de l'Union (sur le marché de la formation), un ordre professionnel peut-il exiger, pour l'exercice de la profession qu'il représente, une formation donnée que lui seul dispense ?

▪ **Sur la publicité**

L'article 10-2 du Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (RIN) interdit tout acte de démarchage et le démarchage juridique est règlementé en tant que tel depuis le Décret n° 72-785 du 25 octobre 1972. L'interdiction du démarchage se justifie au nom de la dignité et de l'honneur de la profession d'avocat.

Dans un arrêt du 5 avril 2011¹⁸⁷ relatif à l'interdiction du démarchage formulée par le Code de Déontologie des professionnels de l'expertise-comptable (Décret n° 2007-1387 du 27 septembre 2007), la CJUE a considéré que cette interdiction générale était contraire à l'article 24 de la directive « services ». On pourrait s'interroger sur les conséquences de cet arrêt sur la profession d'avocat. Bien que les règles relatives à la libre circulation des personnes et des services se distinguent des règles de concurrence¹⁸⁸, la position adoptée par la CJUE dans

¹⁸⁷ CJUE, arrêt du 5 avril 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable / Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*, aff. C-119/09, non encore publié.

¹⁸⁸ En effet, comme cela a été souligné par M. Bergé, « (e)n droit de l'Union européenne, les règles relatives à la libre circulation (des personnes et des services) se distinguent de celles portant sur le droit de la concurrence. Alors que les premières ont pour ambition de créer un espace européen sans frontières intérieures où les

cette affaire pourrait avoir des conséquences à moyen terme sur la compatibilité des pratiques analysées avec le droit européen de la concurrence.

▪ Sur les honoraires

En France, il n'existe pas de tarif pour la profession d'avocat. Toutefois, en adoptant la loi du 13 décembre 2011 relative à l'aménagement des règles régissant la procédure en matière familiale qui a ajouté un alinéa à l'article 10 de la loi de 1971, le législateur français a introduit une nouvelle disposition selon laquelle « l'avocat est tenu de conclure avec son client une convention d'honoraires pour les procédures de divorce. Des barèmes indicatifs des honoraires pratiqués par les avocats pour ces procédures, établis à partir des usages observés dans la profession, sont publiés par arrêté du garde des sceaux, ministre de la Justice, pris après avis du Conseil national des barreaux. Ces barèmes sont révisés au moins tous les deux ans »¹⁸⁹. Par cette loi, le législateur français semble s'inspirer du modèle italien en vigueur avant la réforme commencée en 2006 et complétée en 2012 qui a mis fin aux barèmes indicatifs des honoraires.

Reste à savoir si l'*exception Wouters*, appliquée dans l'affaire *Arduino*, joue au cas d'espèce, c'est-à-dire si la tarification ainsi élaborée a un caractère de réglementation étatique qui permet d'échapper à l'application du droit de la concurrence.

Par ailleurs, en matière d'honoraires, une décision de la CJUE est attendue en 2013. Dans une affaire portant sur la détermination des honoraires professionnels des géologues sur la base des critères de prestige et de dignité du professionnel¹⁹⁰, le Conseil d'Etat italien a saisi la Cour d'une question préjudicielle qui, au regard de l'application du droit de la concurrence à la profession d'avocat, est intéressante pour plusieurs raisons. Parmi les points que la Cour sera amenée à traiter, il faut retenir les questions suivantes : au sens de l'article 101 TFUE, la référence aux éléments de prestige et de dignité professionnels dans la fixation des honoraires professionnels emportent-ils des effets restrictifs de la concurrence professionnelle ? L'article 101 TFUE interdit-il la référence au tarif professionnel, établi par une disposition étatique, en tant que simple élément technique et professionnel de référence pour la fixation des honoraires ? L'article 101 TFUE établit-il, dans le cadre de la

personnes, les marchandises, les services et les capitaux circulent, les secondes ont pour but d'interdire un nombre défini de comportements d'entreprises ou d'Etats qui sont de nature à fausser la concurrence sur le marché européen. Ces deux droits ont chacun leur corps de règles propres. Les solutions juridiques sont différentes, les moyens de les mettre en œuvre ne correspondent pas aux mêmes procédures ou raisonnements » (J.-S. Bergé, « L'accessoire et le principal : l'incidence de la Directive Services sur le périmètre du droit (partie I : l'analyse juridique) », *Gazette du Palais*, 20 mai-22 juin 2010, p. 1459).

¹⁸⁹ Le projet de loi prévoyait initialement l'instauration de barèmes d'honoraires avec l'accord du Conseil national des barreaux et limités aux seuls divorces par consentement mutuel et à défaut de convention d'honoraires. La loi du 13 décembre 2011 étend finalement le dispositif à toutes les procédures de divorce et se contente de l'avis du Conseil national des barreaux.

¹⁹⁰ L'article 2233, paragraphe 2 du Code civil italien prévoit qu'« en tout état de cause, le montant des honoraires (professionnels) doit être adapté à l'importance des travaux et à la dignité de la profession ».

réglementation de la concurrence, l'égalité juridique entre un ordre professionnel tel que régi par des normes étatiques spécifiques en vue de la poursuite de fins institutionnelles, et les ententes et concentrations d'entreprises commerciales correspondant à des ententes anticoncurrentielles ? L'article 101 TFUE permet-il d'assimiler une contribution à l'ordre professionnel, légalement obligatoire — en vue de la poursuite des fonctions et des fins institutionnelles — à l'activité de vente de biens et services et au profit économique obtenu par le moyen de comportements anticoncurrentiels de la part de concentrations d'entreprises commerciales ? Par ailleurs, le droit communautaire de la concurrence, et en particulier la réglementation qui interdit les ententes restreignant la concurrence, peut-il être interprété en ce sens qu'une entente restrictive peut prendre la forme de règles de déontologie établies par des ordres professionnels lorsque ces règles, en indiquant comme critères de fixation des honoraires du professionnel la dignité et le prestige de la profession ainsi que la qualité et l'importance de la prestation, ont pour effet l'interdiction de déroger aux tarifs minimaux et partant ont également un effet restrictif de la concurrence en raison de cette interdiction ?

Si les autorités de concurrence et les juridictions analysent les pratiques des avocats sous le profil des ententes restrictives de concurrence, elles excluent, au moins pour l'instant, l'appréciation de ces pratiques sous le profil de l'abus de position dominante collective.

2. Des pratiques ne relevant pas d'un abus de position dominante collective

Selon une jurisprudence constante, la position dominante se révèle par le pouvoir de s'abstraire de toute concurrence, en ayant un comportement indépendant des concurrents, des fournisseurs et des clients. Un tel pouvoir de marché peut se présumer lorsque les parts de marché de l'entreprise en cause ou des entreprises en position dominante collective sont très élevées.

En outre, comme nous rappelle l'Autorité de la concurrence dans son avis du 27 mai 2010 relatif à l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé¹⁹¹, pour considérer qu'une situation de position dominante collective existe, trois conditions doivent être réunies¹⁹². En premier lieu, « chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action ». La transparence sur le marché doit donc être suffisante pour que chaque membre de l'oligopole dominant puisse connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres. En deuxième lieu, « il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché ». En effet, pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, autrement dit

¹⁹¹ Avis précité, point 96.

¹⁹² TPICE, arrêt du 6 juin 2002, *Airtours c/ Commission*, aff. T-342/99, Rec. p. II-2585, point 62.

que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative. En troisième lieu, il doit être établi que « la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune ».

Au niveau européen, la CJCE a exclu l'application de l'article 102 TFUE aux ordres professionnels. Selon la Cour, l'ordre des avocats d'un État membre ne saurait pas être qualifié de groupement d'entreprises « dans la mesure où les avocats inscrits dans un État membre ne sont pas suffisamment liés entre eux pour adopter sur le marché une même ligne d'action qui aboutisse à supprimer les rapports concurrentiels entre eux »¹⁹³. La Cour a souligné, en effet, que « la profession d'avocat est, en effet, peu concentrée, fort hétérogène et connaît une grande concurrence interne. Faute de liens structurels suffisants entre eux, les avocats ne sauraient être considérés comme occupant une position dominante collective... »¹⁹⁴.

En France, par un avis du 27 mai 2010, l'Autorité de la concurrence s'est exprimée au regard de l'introduction en droit français du contreseing d'avocat des actes sous seing privé. La question portait notamment sur les risques d'un abus d'une éventuelle position dominante collective des avocats sur le marché des prestations juridiques aux entreprises comprenant le conseil, la rédaction d'actes, ainsi que l'assistance et la représentation devant les juridictions.

Concernant l'existence d'une éventuelle position dominante des avocats, l'Autorité a souligné que la profession d'avocat est fortement atomisée. Par conséquent, un seul avocat ou un seul cabinet d'avocat ne saurait détenir une position dominante, quel que soit le marché pertinent considéré¹⁹⁵.

Concernant l'existence d'une éventuelle position dominante collective de l'ensemble des avocats, l'Autorité de la concurrence a repris la solution de la CJCE dans l'arrêt *Wouters*, estimant que la situation de l'Ordre français d'avocats est très similaire à celle de l'Ordre néerlandais d'avocats, compte tenu, d'une part, du caractère fortement atomisé de la profession d'avocat, de l'absence de *numerus clausus* et de l'absence de tarification légale de l'activité de conseil et, d'autre part, du caractère fortement disputé du marché du conseil et de la rédaction d'actes juridiques¹⁹⁶ et d'autre part encore, de l'absence d'éléments pour prouver que le contreseing d'avocat des actes sous seing privé les conduirait nécessairement à abuser de leur position dominante¹⁹⁷.

¹⁹³ Arrêt *Wouters*, précité, point 113.

¹⁹⁴ Id., point 114.

¹⁹⁵ Avis du 27 mai 2010, précité, point 94.

¹⁹⁶ Id., point 99.

¹⁹⁷ Id., points 103 et ss.

I.2. Les échappatoires à l'application du droit de la concurrence à la profession d'avocat

Les avocats échappent aux règles du droit de la concurrence dans un certain nombre d'hypothèse tant en droit européen (I.2.1) qu'en droit français (I.2.2).

I.2.1. Les échappatoires prévues en droit européen

La plupart de ces échappatoires sont communes à toute entreprise ayant restreint par son comportement la concurrence. Les avocats peuvent tout d'abord invoquer les articles 101 § 3 et 106 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (1). Ils peuvent également invoquer l'existence d'une contrainte étatique (2). Les avocats pourraient bénéficier également de la prise en compte du contexte global par le juge dans l'appréciation de la restriction de concurrence (3).

1. Le recours aux articles 101 § 3 et 106 § 2 du TFUE

En vertu de l'article 101, § 3 TFUE, toute entreprise ayant participé à une entente illicite peut bénéficier d'une exemption à condition que la pratique contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et sans donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Au regard des avocats, il n'y a pas de décisions sur ce point. Néanmoins, dans la décision IMA¹⁹⁸, après avoir affirmé que l'interdiction totale de publicité implique un risque de cristallisation de la clientèle et le manque d'information aux consommateurs, la Commission a accordé une exemption à un régime transitoire d'interdiction totale de publicité comparative prévu dans un Code de conduite de l'Institut des mandataires agréés en brevets. Dans cette affaire, la Commission a accepté comme gain d'efficacité la sauvegarde de « l'image des professionnels » qui participent à l'œuvre de la justice, bien que cette considération ne soit pas strictement économique.

Quant à la possibilité d'invoquer l'article 106 § 2 TFUE, cet article prévoit que « (l)es entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de

¹⁹⁸ Décision de la Commission 1999/267/CE du 7 avril 1999, Code de conduite de l'Institut des mandataires agréés (IMA).

concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ». Selon la doctrine, les services d'intérêt économique général (SIEG) se caractérisent par « le caractère économique du service, l'imposition d'obligations de service public, le caractère universel du service, la continuité et la qualité du service, le caractère abordable du service, la protection des utilisateurs et la couverture géographique »¹⁹⁹. Les activités qui ont été qualifiées de SIEG sont les services fournis par les entreprises de réseaux, les transports de malades, la production et la distribution des eaux, le traitement de déchets, la radio et la télévision, les régimes sectoriels de pension professionnelle et les opérations d'amarrage des navires dans les ports²⁰⁰.

Les activités des avocats peuvent-elles constituer des SIEG ? Cela est loin d'être sûr car, pour M. Lenaerts, Président de chambre à la Cour de justice de l'Union européenne, « les dispositions gouvernant les SIEG doivent, de même que toute exception aux normes générales relevant du droit de l'Union, être soumises à une interprétation stricte. En effet, dans la mesure où les entreprises chargées de la gestion d'un SIEG bénéficient d'un avantage concurrentiel octroyé par les États membres, un contrôle peu approfondi de la façon dont les SIEG opèrent, pourrait inciter les États membres à contourner lesdites règles de concurrence, ce qui affecterait inévitablement les échanges économiques transfrontaliers »²⁰¹. De même, il a précisé que l'application du principe de proportionnalité visant à examiner « si l'octroi à un prestataire d'un SIEG de droits exclusifs susceptibles de restreindre, voire d'exclure, la concurrence, est nécessaire pour lui permettre d'accomplir sa mission d'intérêt général et, en particulier, de bénéficier de conditions économiquement acceptables » ne sera « souple » qu' « en l'absence de mesures d'harmonisation »²⁰².

2. La contrainte étatique

Il s'agit du cas où l'Etat impose aux organismes professionnels d'adopter des réglementations contraires au droit de la concurrence²⁰³. Néanmoins, l'exonération n'est possible que si deux conditions sont réunies : l'organisme n'a eu aucune marge de manœuvre

¹⁹⁹ K. Lenaerts et J. A. Gutiérrez-Fons, « Le rôle du juge de l'Union dans l'interprétation des articles 14 et 106, paragraphe 2, TFUE » in *Vers un nouveau droit européen des services d'intérêt (économique) général ?* (sous la dir. S. Rodrigues), Concurrences n° 4-2011, p. 4 et spéc. p. 6 ; v. également, W. Sauter, « Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law », *European Law Review*, 2008, p. 167.

²⁰⁰ K. Lenaerts et J. A. Gutiérrez-Fons, *précité*, p. 6.

²⁰¹ *Id.*, p. 4.

²⁰² *Id.*, p. 7.

²⁰³ CJCE, arrêt du 16 novembre 1977, *G.B.-INNO-BM/ATAB*, aff. C-13/77, Recueil 1977, p. 2115.

suite à la contrainte étatique et la délégation des pouvoirs par l'Etat à l'organisme a été suffisamment précise. En revanche, si une loi nationale se limite à inciter ou à faciliter l'adoption, par les entreprises, de comportements anticoncurrentiels autonomes, celles-ci peuvent être sanctionnées pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles²⁰⁴.

3. La prise en compte du « contexte global » dans l'appréciation de la restriction de concurrence

Dans sa communication de 2005 sur le suivi du rapport de la concurrence dans le secteur des professions libérales, la Commission a reconnu qu'il peut être nécessaire de réglementer les services offerts par les professions libérales pour trois principales raisons : 1) l'asymétrie d'information qui existe entre les consommateurs et les prestataires de services, puisqu'une des caractéristiques des professions libérales réside dans le fait que les prestataires disposent de compétences techniques de haut niveau que les consommateurs ne possèdent pas nécessairement, de sorte que ces derniers éprouvent des difficultés à juger la qualité des services qu'ils achètent ; 2) les effets externes, dans la mesure où ces services peuvent avoir une incidence sur des tiers, à l'instar d'un audit imprécis qui induirait en erreur les créanciers ou les investisseurs ; 3) le caractère de « biens publics » de certains services offerts par les professions libérales, lesquels présentent une valeur pour l'ensemble de la société, comme c'est le cas d'une bonne administration de la justice.

A la lumière de ces trois éléments, la Commission a indiqué que les États membres doivent examiner les règles applicables aux professions libérales à l'aune d'un test de proportionnalité afin d'établir si les règles restrictives sont objectivement nécessaires pour réaliser un objectif d'intérêt général clairement défini et légitime. En outre, ces règles doivent constituer le mécanisme qui restreint le moins la concurrence pour atteindre cet objectif.

Comme le rappelle l'Autorité de la concurrence dans son avis du 27 mai 2010²⁰⁵, le test s'inspire clairement de celui réalisé par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Wouters*²⁰⁶. Dans cet arrêt, la CJCE a souligné tout d'abord que l'interdiction d'une collaboration intégrée avec les experts-comptables est restrictive de concurrence par son objet, mais elle a précisé ensuite que « tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité (actuellement l'article 101 TFUE). En effet, « il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en

²⁰⁴ CJCE, arrêt du 9 septembre 2003, *Consortio Industrie Fiammiferi (CIF) c/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, aff. C-198/01, Recueil 2003, p. I-08055, point 56.

²⁰⁵ Avis n° 10-A-10 du 27 mai 2010, *précité*, point 55.

²⁰⁶ Arrêt *précité*, points 94 et ss.

cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice ».

Certains auteurs ont souligné que, par cette solution, la Cour de justice a transposé la jurisprudence en matière d'établissement et libre prestation des services au droit de la concurrence, où la CJCE a dégagé les *justifications impérieuses d'intérêt général*, soumises au double test de nécessité et de proportionnalité. Pour d'autres, en revanche, cette règle de raison n'est rien d'autre qu'une application souple des conditions exigées pour bénéficier d'une exemption au sens de l'article 101 § 3 TFUE.

1.2.2. Les échappatoires prévues en droit français

En droit français, les avocats et les barreaux peuvent en principe invoquer l'exemption prévue à l'article L. 420-4 du Code de commerce (1) ou l'exercice d'un service d'intérêt économique général (2). En s'inspirant de l'approche des juridictions européennes, l'Autorité de la concurrence prend en compte également le « contexte global » dans l'appréciation de la restriction de concurrence (3).

1. Première échappatoire à la sanction : l'exemption

L'article L.420-4 du Code de commerce français pose les conditions dans lesquelles certaines pratiques ne sont pas soumises à l'article L. 420-1 du même Code relatif à la prohibition des ententes. La première justification est constituée par le progrès économique et la mention expresse de la création et du maintien de l'emploi, à condition qu'une partie équitable du profit soit réservée aux utilisateurs et que la concurrence ne soit pas totalement éliminée. Cette justification est rarement invoquée avec succès. Dans l'affaire du barreau de Marseille, le Conseil de la concurrence, puis la Cour de cassation, ont affirmé que les objectifs de transparence et d'information objective ne pouvaient pas être atteints par la voie d'un barème établi par les représentants de la profession²⁰⁷.

Concernant les autres justifications pour obtenir une exemption – l'amélioration de la gestion des petites et moyennes entreprises et la justification relative à la pratique résultant de

²⁰⁷ Cass. Com., 13 février 2001, *précité* ; C. conc., décision n° 97-D-18 du 18 mars 1997, BOCCRF 29 avril, confirmée par Paris, 10 février 1998, BOCCRF 28 février ; rejet du pourvoi par Cass. com., 16 mai 2000, n° de pourvoi 98-12.612, BOCCRF 22 juin ; C. conc., décision n° 96-D-18 du 26 mars 1996, Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne ; C. conc., décision n° 04-D-25, 23 juin 2004, Ordre des architectes d'Aquitaine.

l'application d'un texte législatif ou réglementaire -, l'ancien Conseil de la concurrence s'est prononcé sur cette dernière hypothèse.

Comme l'OCDE l'a rappelé récemment²⁰⁸, « pour que l'exemption par autorisation de la loi soit constatée, la pratique anticoncurrentielle doit apparaître, non seulement, comme une attitude dictée par les seules exigences du texte, mais aussi, comme l'unique attitude susceptible de répondre à ses exigences ; le lien de causalité sera jugé insuffisant à chaque fois qu'un comportement, autre que celui adopté, aurait pu répondre de manière plus adéquate aux prescriptions de la loi » (§ 32).

En 2003, l'ancien Conseil de la concurrence a admis une exemption concernant la pratique mise en œuvre par le barreau de Marseille et le barreau d'Albertville qui consistait à obliger les membres du barreau à adhérer au contrat collectif d'assurance des risques professionnels des avocats souscrit par lui. Après avoir constaté que cette pratique privait chacun des membres du barreau de la possibilité de recourir à l'assureur de son choix, dans des conditions librement négociées, le Conseil de la concurrence a conclu que le texte invoqué excluait la faculté pour les avocats, lorsqu'une assurance collective de responsabilité civile professionnelle a été contractée par le barreau, de ne pas y adhérer et de s'assurer individuellement. Dans ces conditions, le Conseil de la concurrence a estimé que l'obligation de souscription collective résultait directement et nécessairement de l'application de la loi et bénéficiait donc de l'exemption prévue au paragraphe 1 de l'article L. 420-4 du code de commerce.

En revanche, il a exclu de cette exemption la couverture de certains risques qui n'étaient pas propres à l'exercice de la profession d'avocat et ne relevaient pas de leur responsabilité civile professionnelle.

2. Deuxième échappatoire : l'exercice d'un service d'intérêt économique général

Dans l'avis 27 mai 2010 sur l'introduction en droit français du contreseing d'avocat des actes sous seing privé, l'Autorité de la concurrence a rappelé que les entreprises en charge d'un service d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles de concurrence, « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie », en échappant à ces règles lorsque l'atteinte à la concurrence est justifiée et proportionnelle au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi. Mais selon l'Autorité de la concurrence, au vu des critères jurisprudentiels, il est peu probable que les avocats puissent être considérés comme exerçant, à travers le contreseing, un service d'intérêt économique général²⁰⁹.

²⁰⁸ Groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation, La justification de pratiques par l'existence d'une réglementation - France, 14 février 2011, point 32, consultable sur le site Internet de l'OCDE.

²⁰⁹ Point 109.

3. La prise en compte du « contexte global » dans l'appréciation de la restriction de concurrence

Dans l'avis 27 mai 2010 sur l'introduction en droit français du contreseing d'avocat des actes sous seing privé, l'Autorité de la concurrence a rappelé qu'une des exceptions à l'application des règles de concurrence est liée aux conditions d'application de l'article 102 TFUE, auquel une entreprise ayant commis un abus de position dominante peut échapper soit en cas de nécessité objective, soit en raison des gains d'efficacité qu'offre la pratique²¹⁰. A l'instar du critère retenu par la CJCE dans l'arrêt *Wouters*, l'Autorité de la concurrence a pris en considération le *contexte global* pour exclure toute atteinte au droit de la concurrence.

L'Autorité de la concurrence a souligné tout d'abord que l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé semble répondre à un objectif d'intérêt général consistant à renforcer la sécurité juridique des actes des entreprises et à prévenir les contentieux²¹¹, d'autant plus que les avocats sont soumis à des règles déontologiques spécifiques dans le cadre de la rédaction d'actes sous seing privé²¹² et le principe d'indépendance, la prise en compte spécifique des conflits d'intérêt et l'obligation d'assurer le plein effet de l'acte selon l'ensemble des prévisions des parties qui s'imposent à l'avocat, de même que la qualité d'auxiliaire de justice qui lui confère une expérience contentieuse, constituent des garanties d'intégrité et d'expérience de nature à répondre de façon adaptée à l'objectif de renforcement de la sécurité juridique²¹³.

Enfin, l'Autorité de la concurrence a rappelé que selon la CJCE, une réglementation n'enfreint pas les règles de la concurrence, nonobstant ses effets restrictifs, dès lors qu'elle s'avère nécessaire au bon exercice de la profession d'avocat telle qu'elle est organisée dans l'État membre concerné²¹⁴. Compte tenu des critères énoncés, l'Autorité de concurrence a considéré que les conditions concrètes d'organisation et de fonctionnement du dispositif mis en place répondent effectivement à un objectif d'intérêt général et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire à cet effet.

²¹⁰ Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises (2009/C 45/02), points 28 à 31.

²¹¹ Point 112.

²¹² Point 114.

²¹³ Point 115.

²¹⁴ Point 117.

Section II – Prospective : la profession d’avocat sous le prisme du droit des concentrations ?

Si la doctrine s’est concentrée jusqu’à présent sur l’applicabilité du droit des pratiques anticoncurrentielles à la profession d’avocat, il existe néanmoins un autre domaine qui mérite sans doute d’être exploré : le contrôle des concentrations²¹⁵. La crise économique favorise, en effet, la fusion notamment des cabinets d’affaires ayant une envergure internationale (II.1). En Europe et en France, bien que les seuils impliquant une obligation de notification ne soient pas dépassés, rien n’empêche que, dans un futur proche, les fusions de cabinets d’avocats ne tombent sous le contrôle des autorités de concurrence. A l’heure actuelle, l’application des critères élaborés pour apprécier les opérations de concentration semble exclure des problèmes de concurrence (II.2).

II.1. Le phénomène de concentration des cabinets d’affaires

Sans prétendre à l’exhaustivité, il est possible d’affirmer qu’un mouvement de concentration existe tant au niveau national qu’au niveau international. En France, le magazine *Décideurs. Stratégie Fiance Droit* fait état d’une année 2011 riche de fusions de cabinets de petites tailles. Les cabinets d’affaires ayant une taille plus importante sont également concernés par une stratégie de concentration. Ainsi, la fusion entre les cabinets d’avocats Orrick et Rambaud Martel a pris effet le 1^{er} janvier 2006. En 2011, les cabinets LSK et WSA ont fusionné dans une nouvelle structure nommée Marvell²¹⁶. En 2012, les cabinets STC Partners et Dupiré & Associés ont annoncé leur fusion²¹⁷.

Concernant les cabinets internationaux, une analyse sommaire de ces dernières années permet de conclure que les fusions de cabinets d’avocats ayant une taille très importante sont courantes.

En 2010, ont fusionné les cabinets Hogan & Hartson et Lovells. La même année, le cabinet anglais Denton Wilde Sapte et le cabinet américain Sonnenschein Nath & Rosenthal ont approuvé, à l’unanimité, la fusion de leur cabinets dans une nouvelle entité nommée SNR Denton. Le 28 novembre 2012, ce dernier a approuvé une nouvelle fusion avec les cabinets

²¹⁵ En effet, la notion d’entreprise retenue en droit des concentrations est la même que celle retenue en droit des pratiques anticoncurrentielles.

²¹⁶ « Marvell passe à l’action », publié le 22 mai 2012, *Décideurs Stratégie Finance Droit*.

²¹⁷ Entretien avec Hervé-Antoine Couderc, associé chez STC Partners et Rémi Dupiré, associé chez Dupiré & Associés, publié le 31 août 2012, *Décideurs Stratégie Finance Droit*.

d'avocat Salans LLP et Fraser Milner Casgrain (FMC) LLP en donnant lieu à une nouvelle entité nommée Dentons Salans FMC SNR Denton²¹⁸.

Le cabinet d'affaires international Norton Rose a opéré plusieurs fusions. Il s'est uni au cabinet australien Deacons en 2010, a opéré deux fusions simultanées en 2011 avec le cabinet sud-africain Deneys Reitz et avec le cabinet canadien Ogilvy Renault en 2011 et, le 14 novembre 2012, a annoncé qu'il s'unira le 1^{er} juin 2013 au cabinet d'affaires américain Fulbright & Jaworski pour créer Norton Rose Fulbright.

De même, le 1^{er} octobre 2012, les cabinets d'avocats internationaux Herbert Smith et Freehills ont annoncé leur fusion en vue de la création d'un nouveau cabinet Herbert Smith Freehills. Par ailleurs, le 5 décembre 2012, K&L Gates et le cabinet d'avocats australien Middletons ont annoncé leur fusion dans une nouvelle entité qui portera le nom de K&L Gates et entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2013.

D'une enquête menée très récemment par The Wall Street Journal²¹⁹, en 2011 au moins 60 fusions ont eu lieu aux États-Unis et à l'étranger, le plus haut niveau depuis 2008 et ce chiffre pourrait être à la hausse en 2012, compte tenu des difficultés conjoncturelles de leurs clients.

Concernant le chiffre d'affaires atteint par ces cabinets, dans son avis relatif à l'introduction du contreseing d'avocat des actes sous seing privé du 27 mai 2010²²⁰, l'Autorité de la concurrence a souligné que le chiffre d'affaires atteint par les cabinets d'avocat est de 11 milliards d'euros et, malgré son caractère atomisé, l'offre de services juridiques connaît un phénomène de concentration puisque les « big four », représentés par Fidal, Ernst & Young, Landwell et Taj, réalisent à eux seuls un chiffre d'affaires de 800 millions d'euros.

Le guide « Les cabinets d'avocats d'affaires & leurs partenaires et prestataires » publié en 2012 par le magazine *Décideurs Stratégie Finance Droit*, montre que la fusion de deux ou plusieurs cabinets d'avocats pourrait être soumis à un contrôle des concentrations²²¹.

II.2. L'applicabilité du droit des concentrations à la profession d'avocat

²¹⁸ V. le communiqué du 28 novembre 2012, consultable sur le site Internet <http://www.salans.com>.

²¹⁹ J. Smith, "Stark Choice for Lawyers – Firms Must Merge or Die", *The Wall Street Journal*, article paru le 20 janvier 2012.

²²⁰ Avis n° 10-A-10 du 27 mai 2010, *précité*.

²²¹ Ainsi, pour la période 2009-2010 par le cabinet Orrick Rambaud Martel a été de 61,4 millions d'euros (41 millions d'euros pour le cabinet August Debouzy ; 78,8 millions d'euros pour Allen Overy ; 71,8 millions d'euros pour White & Case, 645,2 millions d'euros pour Hogan, 531 millions d'euros pour Lovells. Gide Loyrette Nouel a atteint 250 millions d'euros (chiffre d'affaires global) et 150 millions (chiffre d'affaires en France).

Concernant le champ d'application du droit européen, l'article 1 §2 du règlement 139/2004 prévoit qu'« une concentration est de dimension communautaire lorsque: a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre ». En outre, l'article 1 § 3 prévoit qu'« une concentration qui n'atteint pas les seuils fixés au paragraphe 2 est de dimension communautaire lorsque : a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros; b) dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros; c) dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et d) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre ».

Quant au mécanisme français, l'article L. 430-2 du Code de commerce prévoit qu'« est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros (avant l'ordonnance du 25.03.2004, ce seuil était fixé à 15 millions d'euros);
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ;
- l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139 / 2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ».

Jusqu'à présent, aucune concentration dans le secteur des cabinets d'avocats n'a fait l'objet d'une analyse de la part de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission européenne. Néanmoins, au niveau national, les seuils ne semblent pas suffisamment importants pour exclure dans le futur le contrôle par l'Autorité de concurrence d'opérations de concentration de cabinets d'affaires.

Une analyse sommaire²²² des critères figurant dans les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises²²³ permet d'affirmer que l'opération de concentration entre au moins deux cabinets d'avocats devrait pouvoir se réaliser sans conditions.

Concernant le critère des parts de marchés élevées des parties à la concentration²²⁴, pour l'instant il ne semble pas qu'un cabinet dispose d'une position dominante ou de leader sur le marché. De même, concernant le critère qui consiste à analyser si les parties à la concentration sont des concurrents proches²²⁵, à l'heure actuelle, le degré de concurrence entre les cabinets d'affaires est encore assez élevé pour estimer qu'une concentration aurait des effets restrictifs de concurrence.

Concernant le critère qui consiste à analyser si les clients ont peu de possibilités de changer de fournisseur, le nombre de prestataires de services reste suffisamment élevé ; ce critère ne serait donc pas applicable. Le critère selon lequel l'entité issue de la concentration peut freiner l'expansion des concurrents²²⁶ ne devrait pas non plus être retenu, car les activités exercées ne dépendent d'une manière significative d'investissements coûteux. Toutefois, un grand cabinet a plus de moyens d'attirer les avocats les plus renommés, et selon certains auteurs, cela pourrait avoir pour effet de freiner de cette manière l'expansion des concurrents. Les données figurant dans la dernière publication du magazine *Décideurs Stratégie Finance Droit* sur les cabinets d'affaires montre que cette stratégie est largement utilisée.

Conclusion

Cette analyse montre que la profession d'avocat est de plus en plus sous le prisme du droit de la concurrence. Certaines questions ont déjà été traitées par les juridictions européennes, d'autres le seront dans les mois à venir et concerneront des domaines jusqu'à présents inexplorés²²⁷. Nul doute que les contours de l'application du principe de la libre concurrence à cette profession seront de plus en plus précisés. Par ailleurs, dans sa

²²² Sur ce point, v. P. Luc et A. Puttemans, *Droit patrimonial approfondi : les professions libérales et le droit de la concurrence*, 2006-2007, consultable sur le site Internet www.droit-eco-ulb.be.

²²³ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO C 31 du 5.2.2004, p. 5.

²²⁴ V. point 27 des lignes directrices.

²²⁵ V. point 28 des lignes directrices.

²²⁶ V. point 31 des Lignes directrices.

²²⁷ V. à titre d'exemple, le marché de la formation professionnelle.

recommandation concernant le programme national de réforme de la France pour 2011 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité actualisé de la France pour la période 2011-2014, le Conseil européen a souligné que « (d)ans le secteur des services, des barrières à la concurrence subsistent pour plusieurs professions réglementées. Un réexamen des conditions d'accès à ces professions ou la suppression progressive de certains quotas (numerus clausus) et des droits exclusifs détenus par ces professions permettrait de remédier à cette situation »²²⁸. La profession d'avocat doit s'attendre à nouvelles initiatives visant à encourager la concurrence dans les professions réglementées.

Au-delà du domaine des pratiques anticoncurrentielles, il est possible d'imaginer que les autorités de concurrence, notamment nationales, s'interrogeront à l'avenir sur l'application du droit des concentrations aux fusions entre les grands cabinets d'affaires. Ce mouvement de concentrations existe et les données recueillies permettent d'affirmer qu'il est destiné à s'accroître compte tenu de la crise financière mais également d'un phénomène de « sous-traitance » des services juridiques aux structures des pays émergents tels que l'Inde²²⁹.

²²⁸ Recommandation concernant le programme national de réforme de la France pour 2011 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité actualisé de la France pour la période 2011-2014, 7 juin 2011, (SEC(2011) 806 final, *précité*, p. 5.

²²⁹ M. Boyer, « La délocalisation des avocats », consultable sur le site Internet www.revue-du-commerce-international.info. Sur ce phénomène appelé « Legal Outsourcing », v. également le rapport « Is the global outsourcing industry in for a no-holds-barred competition? » établi par Duke University Offshoring Research Network Service Provider Survey et publié en 2009 est consultable sur le site Internet <http://www.pwc.be>.

CONCLUSION GENERALE

Conclusion générale

CONCLUSION

Notre projet de recherche proposait d'analyser le pluralisme juridique à l'œuvre sur le marché des services juridiques produits par les avocats. Son ambition était de montrer que l'articulation de régulations plurielles sur ce marché garantit la production de services juridiques de qualité par la profession d'avocat, adaptée à la demande et aux besoins des clients et, *in fine*, de l'Etat de droit. Notre hypothèse, posée en introduction de ce rapport, est que *le pluralisme juridique est essentiel à la qualité des services juridiques, compte tenu de la nature spécifique et de l'hétérogénéité des services produits par les avocats*. L'objectif était alors d'analyser comment l'articulation de différentes logiques régulatrices, incluant formes autorégulées et hétérorégulées de production du droit professionnel, organise la régulation de la qualité des services juridiques, avec des effets économiques et sociaux évidents.

Cette hypothèse a soulevé plusieurs questions de recherche.

Premièrement, partant du constat de l'importance du droit professionnel autorégulé sur le marché des services juridiques, il s'est agi de comprendre les fonctions *particulières* de ce mode régulateur sur ce marché *particulier*. Il nous est notamment apparu nécessaire de justifier ainsi la délégation, par les pouvoirs publics ou la société, de la production et de la mise en œuvre de ce droit aux opérateurs et agents économiques eux-mêmes. A ce titre, il s'est agi de comprendre pourquoi et comment l'autorégulation de la profession d'avocat peut contribuer à un droit professionnel de qualité. Ce faisant, notre objectif était de dépasser l'analyse caricaturale de l'autorégulation que propose l'analyse économique du droit standard, qui la réduit trop souvent à un droit d'intérêts particuliers produit et mis en œuvre par une communauté professionnelle soucieuse de ses seuls intérêts. L'analyse s'est donc attachée à répondre à deux questions, selon nous essentielles :

- *Pourquoi* les agents économiques consentent-ils à déléguer la production et la mise en œuvre du droit à une communauté professionnelle potentiellement intéressée ? Quel intérêt, collectif ou particulier, y trouvent-ils ? Notre réponse est que l'autorégulation de la profession d'avocat permet la production de services professionnels de qualité supérieure à celle qui serait obtenue avec un autre mode régulateur (réglementation publique ou privée par des autorités extérieures à la

profession ; mécanisme de marché), compte tenu des caractéristiques de bien de confiance de certains services produits par les avocats.

- *Comment* l'autorégulation de la profession d'avocat peut-elle conduire à des résultats collectivement efficaces et socialement souhaitables ? Quels sont les mécanismes à l'œuvre expliquant l'obtention d'un résultat optimal en termes de qualité sur le marché des services juridiques, et non pas le résultat prédit par les approches en termes d'intérêts privés ? Notre réponse est que les gains individuels et collectifs associés à une bonne *réputation collective* de la profession d'avocat incitent les avocats à produire des services juridiques de qualité, au bénéfice des consommateurs de ces services.

Deuxièmement, il nous est apparu essentiel de comprendre l'articulation des différentes formes de régulation à l'œuvre sur le marché des services juridiques, dès lors qu'elles participent conjointement de la régulation globale de la qualité des services produits par les avocats. Il s'est ainsi agi d'analyser les liens entre les différents modes régulateurs à l'œuvre dans une situation de pluralisme juridique. La question est alors d'identifier les fondements sur lesquels une régulation plurielle peut fonctionner. En d'autres termes :

- Comment les différents modes de régulations co-existent-ils sans contradiction sur le marché des services juridiques ?
- Ces modes sont-ils complémentaires ou substituables ? Comment sont-ils susceptibles d'organiser une régulation conjointe – ou une forme de co-régulation – de l'activité d'avocat ?

Notre réponse comporte des éléments à la fois d'analyse positive et d'analyse normative. Nous montrons que l'hétérogénéité des services juridiques justifie la pluralité des modes régulateurs. Ainsi, à un mode de régulation juridique, nous montrons qu'il correspond une catégorie de services juridiques dont nous nous attachons à identifier les caractéristiques. Alors que l'hétérogénéité des services juridiques est en très large part négligée par l'analyse économique du droit, l'analyse 2 met au contraire en évidence sa centralité dans les problématiques régulateurs. Chaque type de service juridique identifié appelle un mode de régulation spécifique (marchand, autorégulé) dont l'association est nécessaire pour soutenir la qualité de l'offre sur l'ensemble du marché.

Compte tenu des effets bénéfiques du pluralisme juridique sur la qualité des services juridiques produits par les avocats, de la fonction socialement positive de l'autorégulation mise en évidence dans l'analyse 1 et des gains collectifs retirés d'une régulation conjointe de la qualité des services juridiques adaptée à leur diversité mise en évidence dans l'analyse 2, il s'est agi d'étudier les modalités de mise en œuvre pratique et juridique de ce pluralisme juridique. Les analyses 3 et 4 rendent compte de ces modalités de mise en œuvre, respectivement pratique puis juridique.

Ainsi, dans un troisième temps de la recherche, il s'est agi d'étudier la régulation disciplinaire de la profession, dans le but de répondre aux questions suivantes :

- Comment la justice disciplinaire en tant que modalité de régulation propre à la profession d'avocat se distingue-t-elle, dans son fonctionnement, des modes régulateurs alternatifs ?
- La déontologie offre-t-elle une garantie de qualité effective aux clients ?
- Comment les différentes règles de responsabilité sont-elles appliquées en pratique ? Notamment, en quoi les règles disciplinaires sont-elles complémentaires des règles de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale des avocats ? Existe-t-il une complémentarité ou une substituabilité entre les sanctions prévues par les différents modes régulateurs de l'activité d'avocat ?

L'analyse 3 a ainsi proposé une étude originale et inédite à ce jour en France du fonctionnement des instances disciplinaires de la profession, à travers l'analyse des affaires soumises au Conseil régional de discipline d'une Cour d'appel française. Elle constitue le premier recensement et la première approche statistique et qualitative des pratiques de la justice disciplinaire au sein de la profession d'avocat. Nous mettons en évidence que la discipline constitue bien un mode effectif de sanction de l'offre de services juridiques de faible qualité par les avocats, réprimant les manquements déontologiques commis par les avocats, à côté et en complément des justices civile et pénale qui, elles, sanctionnent leurs comportements à l'instar de ceux des autres citoyens. En ce sens, la justice disciplinaire participe de la production et du maintien de services juridiques de qualité élevée.

Enfin, dans un quatrième et dernier temps, nous nous sommes interrogés sur la mise en œuvre et les formes juridiques du pluralisme juridique, envisageant plusieurs questions :

- Dans quelle mesure et sous quelles conditions les réglementations professionnelles sont-elles compatibles avec le droit de la concurrence à l'échelon national et à l'échelon européen ?
- Le droit existant permet-il de garantir la production de services juridiques de qualité dans le cadre de la pluralité des règles mise en évidence dans les analyses 1 et 2 ?

Notre réponse a pris la forme d'une analyse du droit européen et du droit français. Elle fait apparaître que des logiques plurielles sont bien à l'œuvre dans la profession d'avocat. Pour autant, l'analyse 4 montre que les contours de l'application du droit de la concurrence à la profession d'avocat ne sont pas, à ce jour, complètement définis. Sous le prisme du droit des pratiques anticoncurrentielles, l'avocat est aujourd'hui considéré non seulement comme un prestataire de services intellectuels, mais aussi comme une véritable entreprise, soumise au respect du droit de la concurrence. De même, les ordres professionnels, considérés comme des associations d'entreprises, doivent en respecter les règles. En outre, dans une dimension prospective, la profession d'avocat pourrait également être soumise au contrôle des

concentrations. Notre conclusion est que le flou actuel dans les contours de l'application du droit de la concurrence à la profession d'avocat est la conséquence des tensions existant, à l'heure actuelle, entre les différents modes de régulation étudiés dans les analyses 1 et 2. Il résulte ainsi du regroupement sous le même terme de « service juridique », de services hétérogènes possédant des caractéristiques économiques différentes et requérant donc, comme l'analyse 2 l'a montré, des modes de régulation différents dans un objectif de soutien de la qualité sur le marché. L'analyse 4 met dès lors en évidence la difficulté des règles de droit formel régissant la profession d'avocat à intégrer la diversité ontologique des services juridiques, qu'elles traitent comme un ensemble homogène et indifférencié. En ce sens, l'analyse juridique réalisée dans l'analyse 4 rejoint l'analyse économique du droit rappelée dans l'analyse 2, pour mettre en évidence leurs limites communes et leur appréhension globale des services juridiques.

Au terme de la recherche, il apparaît que notre hypothèse initiale est bien vérifiée : le pluralisme juridique contribue à la régulation de la qualité des services juridiques, compte tenu de la nature spécifique et de l'hétérogénéité des services produits par les avocats. La prise en compte, dans nos travaux, de la singularité des services juridiques nous permet donc de proposer une analyse dépassant les limites des approches traditionnelles de la réglementation du marché des services juridiques, en termes d'intérêt public et d'intérêts privés, dont nous avons montré qu'elles caricaturent souvent les effets des réglementations professionnelles. En mettant l'accent exclusivement, soit sur les effets protecteurs des réglementations pour les consommateurs, soit sur la défense des intérêts de la profession permis par ces réglementations, ces analyses échouent à concilier les différents aspects et effets des réglementations à l'intérieur d'un même cadre analytique, et à faire ainsi apparaître toute leur ambivalence. Notre recherche montre, à la différence de ces approches, que *le droit professionnel des avocats protège à la fois les consommateurs et les avocats*. Précisément, la profession a un intérêt collectif à contrôler ses membres et à les inciter à produire des services de bonne qualité, dans le but d'avoir une bonne réputation collective attirant des consommateurs prêts à en payer le prix. La réglementation – qu'elle soit produite par des autorités publiques, par des autorités privées – même « capturées » par le groupe professionnel des avocats, selon les termes de l'approche de la réglementation en termes d'intérêts privés – ou par autorégulation de la profession – reflète alors cet intérêt de la profession à une qualité élevée des services. L'existence d'une rente de la profession ne s'interprète donc pas uniquement négativement, mais elle comporte une contrepartie positive pour les clients, et la société, en termes de qualité.

Ce résultat a plusieurs implications en termes de politique régulatoire de la profession d'avocat.

(1) Tout d'abord, il implique qu'une réglementation peut être nécessaire sur le marché des services juridiques fournis par les avocats. En ce sens, les recommandations de libéralisation générale du marché des services juridiques apparaissent infondées, au regard des défaillances importantes qui caractérisent ce

marché, liées, en particulier, au problème de l'information des consommateurs. En l'absence d'une capacité effective de ces derniers à contrôler la qualité des services, une réglementation s'avère indispensable. Dès lors que les avocats eux-mêmes sont les mieux informés sur les conditions réelles de leur activité, une réglementation de la profession par autorégulation apparaît plus efficace. Elle est en outre socialement acceptable dès lors qu'elle s'accompagne d'un contrôle réel de la qualité au bénéfice des clients non informés. La « protection » et la rente dont bénéficie la profession grâce à l'autorégulation se justifient donc bien alors par la protection des consommateurs.

(2) Néanmoins, nos résultats n'impliquent pas pour autant la nécessité de réglementer l'ensemble des services juridiques offerts par les avocats, de façon globale et indifférenciée. Au contraire, nous avons établi que la réglementation de ces services ne saurait constituer qu'*un* mode particulier de régulation du marché des services juridiques, fonctionnant conjointement avec d'autres modes régulatoires. Ainsi, nous avons construit une typologie des modes de régulation en fonction :

- (i) des caractéristiques de services juridiques marqués par leur hétérogénéité et une grande diversité ;
- (ii) des capacités d'évaluation de la qualité réelle des services par les clients.

A un type de service doté de caractéristiques spécifiques correspondent ainsi un mode d'évaluation de la qualité par le client et un mode de régulation socialement efficace, par la réglementation ou par le marché. Les implications en termes de politique et de droit de la concurrence sont directes :

- (iii) certains services juridiques, pour lesquels l'appréciation de la qualité par les consommateurs est possible, peuvent être confiés au libre jeu du marché, efficace dans ces conditions ;
- (iv) en revanche, pour les services dont les caractéristiques ne permettent pas une évaluation informée de la qualité par les consommateurs de services juridiques, les mécanismes marchands sont inefficaces et une autorégulation de la qualité est souhaitable.

En définitive, il apparaît donc indispensable d'*articuler conjointement dispositifs de marché et réglementations en vue d'une régulation optimale de la qualité des services juridiques*. Sur chaque segment du marché des services juridiques, il convient à ce titre de mettre en place une régulation adaptée aux caractéristiques des services échangés. A l'inverse, recourir à un mode de régulation unique, à l'exclusion de tous les autres, emporte des conséquences négatives sur la qualité des services. Aussi réglementer l'ensemble des services juridiques est-il porteur d'inefficacités sur certains segments du marché, dont l'ouverture à la concurrence engendrerait des gains en efficacité, sans coût en termes de qualité du service pour les clients. Symétriquement, sur d'autres segments du marché, rabattre la régulation des services juridiques sur un mode de régulation unique, exclusivement marchand, par une

déréglementation complète et l'ouverture à la concurrence du marché des services juridiques, ne saurait se faire sans coût en termes de qualité et sans conséquence sur l'efficacité économique du système de régulation professionnelle.

Cette recherche a donc doublement mis en évidence l'existence et la nécessité d'une régulation plurielle sur le marché – ou *les* marchés – de services juridiques produits par les avocats. Ce pluralisme juridique articule différentes logiques régulatrices dans un même cadre juridique et économique associant réglementation de la qualité et mécanismes concurrentiels. Reconnaître explicitement la pluralité des logiques sur le marché des services juridiques permet d'éclairer sous un jour nouveau les difficultés aujourd'hui à l'œuvre sur ce marché et dans la profession d'avocat.

Cette pluralité explique en effet les tensions travaillant la règle juridique, tirant, d'un côté, vers la réforme du droit professionnel des avocats (généralement dans le sens d'un allègement des règles professionnelles et d'une libéralisation du marché, notamment sous l'influence des autorités européennes) et poussant, de l'autre, à une réglementation de l'activité ou au maintien des règles existantes. Notre analyse 4 témoigne de ces forces contradictoires à l'œuvre dans l'application du droit de la concurrence français à la profession d'avocat. Au terme de cette recherche, ces tensions s'expliquent par l'inefficacité relative de certaines règles actuelles sur certains segments du marché des services juridiques ; il est alors normal que les groupes professionnels correspondants cherchent à obtenir une modification du droit professionnel dans un sens favorisant l'efficacité – l'argument de l'efficacité concurrentielle du marché est le plus souvent utilisé en ce sens. Symétriquement, les tensions s'expliquent aussi par les dangers de l'application d'une régulation marchande à l'ensemble du marché – précisément, par ses coûts en termes de qualité du service, de satisfaction des clients et, *in fine*, de qualité de la justice ; l'apparente « crispation » de la profession d'avocat sur certains « privilèges » et règles « protectrices » ne doit alors pas uniquement s'interpréter comme un réflexe corporatiste, mais aussi comme une réaction à l'inefficacité de la régulation marchande sur certains segments du marché et le souci d'y maintenir un mode efficace de régulation de l'activité par la réglementation.

Cette conclusion ouvre plusieurs pistes de recherche.

Premièrement, elle nous a permis de mettre en lien l'existence et la nécessité du pluralisme juridique sur le marché des services juridiques avec certaines des tensions actuelles qui traversent la profession d'avocat – une partie de la profession s'avérant réfractaire à une évolution du droit professionnel en vigueur, et certains autres avocats et cabinets se montrant, au contraire, davantage favorables à une réforme du droit professionnel et à l'ouverture du marché à la concurrence. L'intuition généralement admise est que les seconds se recrutent davantage parmi les cabinets d'affaires ou chez les avocats travaillant pour des cabinets étrangers. Or il n'est pas impossible que nos résultats viennent remettre en cause cette

intuition première. En effet, la sensibilité aux réformes pro-concurrentielles pourrait, selon notre analyse, être fonction des caractéristiques du service produit (sa catégorisation en bien de confiance, d'expérience ou de recherche, dépendant notamment de son degré de complexité et de la capacité d'évaluation de sa qualité par les clients), au moins autant que de la spécialité de l'avocat et de sa nationalité. Un développement intéressant de l'analyse serait, par conséquent, d'étudier la démographie des segments de marché mis en évidence par notre recherche, en fonction de la taille des cabinets, de leur localisation, ou encore des caractéristiques individuelles des avocats présents. Sur cette base, on pourrait alors procéder à une analyse socio-économique des groupes en présence et de leurs comportements par rapport aux évolutions du droit professionnel des avocats, de façon à identifier les segments de marché « gagnants » à la mise en place des réformes demandées par les instances européennes, et les groupes plus menacés.

Deuxièmement, dans un contexte où la régulation marchande tend à s'imposer de plus en plus largement sur le marché des services juridiques, une autre piste de recherche porte sur l'étude des spécificités de la déontologie professionnelle des avocats non seulement par rapport à celles des autres professions du droit, mais aussi par rapport à l'éthique des prestataires de services plus standards, aux particuliers et aux entreprises. Il s'agirait alors d'étudier les avantages retirés par les avocats de leur déontologie professionnelle, en rapport avec l'hypothèse forte de rationalité individuelle de la théorie économique standard. Sur le plan théorique, il conviendrait d'élargir la conception économique de la rationalité individuelle vers une prise en compte effective des interactions avec autrui (rétroagissant sur ses préférences) pour comparer éthique des affaires et déontologie professionnelle, étendant ainsi l'analyse proposée ici à l'ensemble des professions réglementées.