

L'AVOCAT, UN AGENT ÉCONOMIQUE COMME LES AUTRES ?

Alexia AUTENNE

Chercheuse qualifiée du F.N.R.S.
Professeur à l'Université catholique de Louvain
et à l'Université libre de Bruxelles

Éric BAUAT

Chargé de cours à l'Université de Mons
Bâtonnier du barreau de Mons

Nicolas THIRION

Professeur ordinaire à l'Université de Liège

1. Longtemps, et parfois même jusqu'à aujourd'hui, dans les systèmes juridiques d'inspiration française (à l'instar des droits belge et italien⁽¹⁾, par exemple), les professions libérales ont été exclues du champ de la commercialité. C'est que la division du droit privé en deux branches — le droit civil, d'une part, le droit commercial, d'autre part — était fondée, en définitive, sur une conception peu élogieuse du commerçant⁽²⁾ : le Code de commerce de 1807 fut d'ailleurs longtemps qualifié de « Code des boutiquiers », appellation révélatrice de la piètre estime en laquelle étaient tenus les destinataires de ce dispositif normatif. Dans cette perspective, il

(1) S'agissant du droit italien, jusqu'au *Codice civile* de 1942 en tout cas.

(2) Napoléon, à qui l'on doit la codification du droit commercial après celle du droit civil, aurait déclaré un jour : « Le premier intérêt de la France est l'agriculture, le second est l'industrie, le troisième, le commerce ». On peut peut-être rapprocher ce trait de la conception romaine de la classe des marchands (on sait combien la Révolution française et l'épisode napoléonien se sont abreuvés à une certaine vision de Rome et de son rayonnement), dans laquelle agriculteurs et soldats (dont l'armement, dans la conception napoléonienne, était assuré par le secteur industriel) étaient tenus en haute estime alors que les commerçants, en revanche, étaient profondément méprisés, au point que seules les classes inférieures se livraient à ce type d'activités.

était inconcevable que les professions intellectuelles et, à plus forte raison, les professions libérales pussent être confondues avec pareille pitaille. Il paraissait évident, alors, que l'âme damnée du commerce, en l'occurrence l'esprit de lucre, et les méthodes parfois expéditives utilisées pour y satisfaire étaient tout à fait étrangères à des activités dont les titulaires estimaient, à tort ou à raison, qu'elles relevaient de préoccupations plus hautes et, à ce titre, emportaient une respectabilité qui appelait, du point de vue juridique, l'application du noble droit civil et non celle du vulgaire droit commercial.

Depuis lors, la théorie de la commercialité et la répartition des compétences qui en a résulté, respectivement pour le droit civil et pour le droit commercial, ont progressivement perdu de leur importance, jusques et y compris dans les traditions juridiques où elle tenait le haut du pavé, en raison d'influences extérieures, dont la moindre ne fut pas celle du droit de l'Union européenne. En particulier, les règles de concurrence, pierre angulaire du marché intérieur, s'appliquent aux « entreprises », notion fonctionnelle transcendant la distinction traditionnelle, dans les droits français et belge, entre commerçants et non-commerçants. À défaut d'une définition dans le corps même du Traité (sur le fonctionnement de l'Union européenne désormais, ci-après TFUE), la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, C.J.U.E.) a été amenée à préciser les contours du concept d'entreprise. Par là, il faut entendre, selon elle, « toute entité exerçant une activité économique⁽³⁾, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »⁽⁴⁾. Par ailleurs, est économique « toute activité consistant dans l'offre de produits ou de services sur un marché donné »⁽⁵⁾.

À l'aune de ces définitions particulièrement larges, la question s'est posée de savoir si les titulaires de professions libérales rentraient eux aussi dans la catégorie des « entreprises » et s'ils étaient dès lors soumis, à titre de principe à tout le moins, aux règles de concurrence. À plusieurs reprises, la Cour a répondu par l'affirmative, en particulier pour les avocats⁽⁶⁾. Après tout, les avocats ne peuvent-ils pas être considérés comme des agents économiques offrant certains types de services (en

(3) C'est nous qui soulignons.

(4) C.J.U.E., 13 avril 1991, aff. C-41/90, *Höjfer et Elser c. Macrottron*, *Rec.*, I, 1991, pp. 2010 et s., point 21. Plus récemment, voy. C.J.U.E., 10 septembre 2009, aff. C-97/08P, *Alzo Nobel*.

(5) C.J.U.E., aff. 118/85, *Commission c. Italie*, *Rec.*, 1987, pp. 2599 et s.; aff. C-82/01 P, *Aéroports de Paris*, *Rec.*, I, 2002, pp. 9297 et s.; aff. jtes C-264/01, C-354/01 et C-355/01, *AOK-Bundesverband e.a.*, *Rec.*, I, 2004, pp. 2493 et s.; aff. C-49/07, *MOTOE*, *Rec.*, I, 2008, pp. 4863 et s.

(6) C.J.U.E., 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters*, *Rec.*, I, pp. 1577 et s.

l'occurrence, des prestations de conseil et de défense en matière juridique) contre rémunération, sur un marché qui, à l'instar de n'importe quel marché, doit en principe être gouverné par une concurrence effective ? Dans le même temps, s'agit-il d'agents économiques comme les autres ou, pour l'écrire en d'autres termes, tout ou partie de leurs activités ne recèlent-elles pas des spécificités qui justifieraient certaines dérogations à l'application pure et simple des règles juridiques destinées à organiser, préserver ou stimuler les mécanismes de marché ? Par-delà même les règles spécifiques en matière de concurrence, faut-il conclure à une spécificité à ce point irréductible de la profession d'avocat que celle-ci devrait échapper, d'une manière ou d'une autre, au régime juridique applicable à tout ou partie des opérateurs économiques ? C'est à ces questions qu'est consacré le présent hommage.

2. Après avoir rappelé quelques principes théoriques sur les qualifications en droit et, en particulier, sur l'utilisation du substantif « entreprise » et de l'adjectif « économique » dans le discours juridique (I), nous nous efforçons de montrer comment les outils de l'analyse économique permettent d'éclairer le débat (II) et élargissons ce dernier à partir des questions soulevées par l'obligation de déclaration imposées aux avocats par la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (III).

I. Qualifier en droit : un acte de volonté

3. Lorsqu'un organe d'application du droit⁽⁷⁾, tel que la Cour de justice dans l'ordre juridique européen, définit la notion d'entreprise par référence à l'exploitation d'une activité économique, et cette dernière comme toute offre de biens ou de services sur un marché donné et lorsque, de surcroît, il identifie, à partir de ces définitions, les personnes, physiques ou morales, susceptibles d'être qualifiées d'« entreprises », il paraît émettre de simples énoncés constatifs, indépendants de sa volonté propre. Seul un ensemble d'activités de connaissance (savoir ce qu'est une entreprise, savoir ce qu'est une activité économique) et d'application

(7) Pour reprendre les termes de KEISEN (*Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, trad. fr. Ch. Eisenmann, spéc. pp. 463 et s.). La notion d'organe d'application du droit désigne une personne, ou un ensemble de personnes, habilitée(s) par une norme juridique à produire de nouvelles normes juridiques. À ce titre, le législateur ou le constituant dérivé sont tout autant des organes d'application du droit, au sens keisien de l'expression, qu'un juge ou une autorité administrative.

tion de cette connaissance à la réalité (tel individu ou tel groupement exploite-t-il une activité économique et doit-il en conséquence être qualifié d'« entreprise » ?) semblent entrer en jeu dans un tel processus.

Du reste, il n'est pas rare que ces organes (en droit de l'Union, non seulement la Cour, mais aussi le Tribunal de première instance ou la Commission) se prévalent des enseignements de la science économique, c'est-à-dire d'un savoir académique, pour déterminer dans quelle mesure certaines activités appellent une analyse en termes de marché et, partant, de logique concurrentielle. L'opération de qualification trouve ainsi un appui sur une discipline scientifique, en tout cas présentée comme telle, devant laquelle l'organe d'un système juridique donne s'incline respectueusement en reprenant parfois explicitement à son compte ses enseignements.

4. Or cette présentation est biaisée. En effet, le passage, dans le discours juridique, d'un énoncé appartenant à l'origine à une autre discipline (en l'occurrence, la science économique) en modifie profondément le statut. Si l'on admet, avec Popper⁽⁸⁾, que ce qui fait la scientificité d'un jugement, c'est de s'exposer à pouvoir être réfuté, il en résulte qu'il peut toujours être remis en question à un stade ultérieur du processus de découverte dans la sphère de la science à laquelle il appartient. *A fortiori*, dans des domaines aussi peu formalisés que les sciences humaines et sociales, un énoncé parvient rarement à faire l'unanimité de la communauté scientifique intéressée au problème, fût-ce à un moment donné ; la plupart du temps même, il n'y parvient jamais. Il est presque toujours controversé ou susceptible de le devenir.

Le rapatriement, dans le champ proprement juridique, d'un énoncé à prétention scientifique ne peut toutefois s'opérer utilement sans, du même coup, rejeter cette marge d'indétermination ou de réfutabilité liée au discours scientifique. Par conséquent, lorsqu'un organe d'application du droit prétend s'appuyer, dans le processus de qualification des êtres et des faits soumis à son appréciation, sur les enseignements d'une discipline scientifique déterminée, il n'en est pas moins nécessairement conduit à simplifier, à uniformiser et à choisir, parmi les thèses en présence, l'une d'elles, généralement celle qui remporte la majorité des suffrages au sein de la communauté où elle est discutée⁽⁹⁾.

(8) K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1973.

(9) Cette majorité peut du reste changer d'une époque à l'autre : ainsi, à s'en tenir à la discipline économique, à l'époque où l'État-providence tenait lieu de modèle économique dominant, la nécessité de faire échapper de nombreuses activités à la logique de marché et, dans cette perspective, de les tenir pour non économiques ou extraéconomiques était tenue pour une évidence aussi forte que celle qui, aujourd'hui, joue en faveur de l'extension des

En d'autres termes, il s'agit, dans de telles circonstances, de transformer un énoncé descriptif (toujours sujet à contestation) en un énoncé à prétention prescriptive, non susceptible d'être remis en cause, aussi longtemps en tout cas que les agents du système juridique n'auront pas pris la mesure des éventuelles controverses de l'énoncé sur lequel ils se sont appuyés dans le champ scientifique d'où il provient.

La métamorphose ainsi opérée à l'intérieur du discours juridique sur les disciplines qu'il s'approprie en modifie profondément le statut : non plus, à proprement, discours scientifique (donc réfutable à tout moment), mais discours dérivé de la science et s'imposant sans discussion aux sujets. Ce double mouvement (recours à des énoncés scientifiques, par définition contestables, et transformation de ceux-ci en énoncés prescriptifs, irréfutables dans le système juridique où ils ont été importés) participe de ce que l'on pourrait appeler, en termes nietzschéens ou foucauldien, le « régime de vérité » du droit : l'invocation des enseignements d'une discipline scientifique est censée assurer au régime juridique qui y recourt une solidité (ou, si l'on veut utiliser un mot plus brumeux, une « légitimité ») plus grande, puisque ce dernier prétend être fondé sur des énoncés de type scientifique, donc sur la vérité ; simultanément toutefois, sous couvert d'un tel respect affiché pour le savoir dont il use, le locuteur d'un discours juridique en adopte plutôt une version simplifiée, d'une certaine façon « dénaturée », afin de l'adapter à la satisfaction des objectifs qu'il s'est préalablement assignés. Par exemple, il n'est pas inutile de rappeler, à propos du problème qui nous occupe, que la Cour de justice a étendu le champ d'application personnel des règles de concurrence aux professions libérales, mais aussi à certains organismes sociaux ou à certaines institutions d'intérêt public, essentiellement à partir de la fin des années 1980, c'est-à-dire au moment où le néolibéralisme anglo-américain — dont l'une des originalités consiste précisément à promouvoir une analyse économique de l'ensemble des comportements humains⁽¹⁰⁾ — a commencé d'exercer une certaine domination intellectuelle et politique au sein de l'Union européenne. Ce qui, auparavant, était tenu éloigné de toute analyse économique et échappait donc, pour une grande part, à la logique marchande, s'y trouve désormais soumis. C'est qu'en dernière instance,

bienfaits de la logique concurrentielle, avec cette conséquence qu'un nombre croissant d'activités humaines appelle désormais la qualification d'« économiques ».

(10) Voy., par exemple : G. BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, The Chicago of University press, 1976 ; L. ROBBINS, « Théorie de la maximisation et anthropologie économique », in M. GODELIER (dir.), *Un domaine contesté : l'anthropologie économique*, Paris, Mouton, 1974, pp. 104 et s.

la Cour et, plus largement, les instances communautaires ont *décidé* de considérer comme « économiques » des activités et comme « entreprises » des personnes, sur le fondement de thèses qui, pour controversées qu'elles restaient dans le champ scientifique dont elles étaient issues⁽¹¹⁾, n'en étaient pas moins désormais dominantes, aussi bien dans la discipline académique à laquelle elles appartenaient que dans les cénacles, politiques et médiatiques, où elles étaient vulgarisées et popularisées⁽¹²⁾.

5. En synthèse, derrière de telles opérations de qualification, c'est moins un mode de *description* des faits ou des êtres humains qui est en cause qu'un ensemble de mécanismes destinés à appliquer à ces faits ou à ces êtres le régime juridique qu'on entend leur imputer : « toute qualification se ramène à un fondamental acte d'*évaluation*, c'est-à-dire consiste à *donner le nom* non pas qui "revient", mais que "mérite" la chose, ou encore qui "convient" non pas à la chose elle-même, mais au sort qu'on veut lui faire subir en vertu de déterminations foncièrement politiques »⁽¹³⁾.

Appliquée à la question soulevée dans la présente contribution, la démarche de qualification est donc de facture purement nominaliste : en dernière instance, est « économique », l'activité, ou « entreprise », la personne, que l'organe d'application du droit *décide* de qualifier comme telle. Il n'y a aucune limite « naturelle » à ces notions dans la sphère juridique, c'est-à-dire s'imposant comme telle à la volonté de l'organe d'application du droit. Tout dépend, en fin de compte, du contexte économique, social, politique, idéologique, dans lequel la décision pour ainsi dire discrétionnaire du juge (dans le cas qui nous occupe) se place.

Il en résulte que la qualification des titulaires de professions libérales en termes d'« entreprise » n'est pas un acte de pure connaissance ; c'est un acte de volonté, en d'autres termes, une décision politique. Selon cette volonté à l'œuvre dans un système juridique donné, l'avocat pourra ou non être considéré comme un agent économique — une entreprise dans le vocabulaire du droit de l'Union européenne — exploitant, comme tel, une activité économique. Si, pendant longtemps, une vision extraéconomique de la profession d'avocat a été privilégiée en Europe continentale,

(11) Controversées, dès lors, en tout cas, qu'elles se déployaient sous les auspices d'un discours à prétention scientifique.

(12) De la même manière qu'apparavant ces mêmes institutions avaient *décidé* (et qu'elles pourraient à nouveau décider demain) de considérer comme non économiques ces mêmes activités et, par voie de conséquence, de ne pas inprimer la qualification d'entreprises aux mêmes personnes ou groupements.

(13) O. CAVIA, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, pp. 8 et s., spéc. pp. 9-10.

tel est moins le cas, assurément, à l'heure actuelle, notamment sous l'impulsion du droit de l'Union européenne. D'où l'intérêt d'examiner brièvement, dans les lignes qui suivent, les possibles enseignements d'une analyse économique de la profession d'avocat et les conséquences à en tirer sous l'angle du statut juridique le plus adéquat.

II. Les enseignements de l'analyse économique

6. L'approche du droit comme acte de volonté développée précédemment constitue un des thèmes majeurs de la théorie dite « réaliste » du droit. En réponse à la posture formaliste, qui considère que le juge applique le droit de manière impartiale et cohérente, l'approche réaliste estime que toute interprétation de la norme emporte une part de pouvoir discrétionnaire⁽¹⁴⁾. En effet, les méthodes formelles d'interprétation, fondées sur la littéralité du texte, l'intention du législateur ou la synthèse doctrinale, sont impuissantes à fournir des analyses parfaitement objectives de la norme juridique. En d'autres termes, il n'existe aucune vérité absolue dont le droit serait le véhicule et que des méthodes herméneutiques adéquates permettraient de découvrir. L'indétermination foncière du concept d'entreprise est particulièrement exemplative à cet égard. Envisagée dans son historicité, la question de savoir si et dans quelle mesure les titulaires de professions libérales sont des entreprises l'est tout autant.

Peut-on néanmoins trouver dans un savoir extérieur au droit des outils intellectuels permettant de surmonter les impasses de la posture formaliste ? En particulier, les sciences économiques ne fournissent-elles pas une aide théorique déterminante pour mieux comprendre le droit et, le cas échéant, orienter la décision de l'organe d'application ? Telles sont les deux questions posées par l'analyse économique du droit, dont la caractéristique est d'utiliser les outils économiques pour analyser les phénomènes juridiques⁽¹⁵⁾.

7. Sans entrer dans une analyse exhaustive, les développements qui suivent s'interrogent précisément sur la portée de l'analyse économique pour appréhender le statut juridique de l'avocat. On notera d'ailleurs

(14) B. DEFFAINS et S. FERREY, *Agir et juger — Comment les économistes pensent le droit*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 68.

(15) La diversité des recherches déployées dans le domaine de l'analyse économique du droit rend délicate toute tentative de définition de cette approche. On peut néanmoins considérer que celle-ci s'intéresse aux soubassements économiques des règles juridiques. Voy. à ce sujet S. HARNAY et A. MARCIANO, *Richard A. Posner — L'analyse économique du droit*, Paris, Michalon, 2003.

que, au niveau européen, des arguments économiques sont utilisés par les régulateurs (pouvoirs publics et ordres professionnels) ou par les juges confrontés à cette question.

Ainsi, les développements de la jurisprudence de la C.J.U.E.⁽¹⁶⁾ s'appuient sur des arguments de nature économique pour qualifier d'abord l'avocat d'entreprise et ensuite considérer, dans des limites strictes, que certaines restrictions anticoncurrentielles sur le marché des services juridiques et judiciaires peuvent néanmoins être nécessaires pour préserver l'intérêt général.

Dans une autre veine, en 2005, la Commission européenne s'est nourrie de réflexions économiques relatives à la concurrence dans le secteur des professions libérales en vue de déterminer si ces secteurs, nonobstant leur soumission de principe au droit de la concurrence, ne devaient pas être assujettis, compte tenu de leurs particularismes, à des réformes proconcurrentielles spécifiques⁽¹⁷⁾. Parmi ces professions, les services rendus par les avocats ont fait l'objet d'une attention spécifique, dans le dessein de moderniser ces derniers pour amplifier la concurrence et, par voie de conséquence, la croissance économique⁽¹⁸⁾.

Dans cette perspective, cinq types de normes relatives au statut des avocats ont été identifiés par la Commission⁽¹⁹⁾ comme posant question au regard de l'efficacité économique :

(16) C.J.C.E., 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters, Rec.*, 2002, I-01577 ; C.J.C.E., 19 février 2002, aff. C-35/99, *Arduino, Rec.*, 2002 I-01529 ; C.J.C.E., 5 décembre 2006, aff. C-94/04 et C-202/04, *Cipolla, Rec.*, 2006, I-11421. Dans cette dernière affaire, la C.J.U.E. a rappelé, au considérant 64 de son arrêt, que « la protection, d'une part, des consommateurs, notamment des destinataires des services judiciaires fournis par des auxiliaires de justice, d'autre part, de la bonne administration de la justice sont des objectifs figurant au nombre de ceux qui peuvent être considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction à la libre prestation des services (...) à la double condition que la mesure nationale en cause au principal soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ».

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

(18) Commission européenne (2005), « Progress by Member States in Reviewing and Eliminating Restrictions to Competition in the area of Professional services », COM (2005), 405.

(19) L'analyse de la Commission européenne partage de nombreux points de convergence avec les résultats d'une étude subséquente de l'O.C.D.E. sur le même sujet. Voy. O.C.D.E., « Competitive restrictions in Legal Professions », DAF/COF (2007) 39, Series Policy Roundtables, consultable via <http://www.oecd.org/legreform/sectors/40080343.pdf>.

1° les règles prescrivant des conditions d'accès à la profession d'avocat ;
2° les règles déterminant des services dont l'avocat a le monopole (comme la défense en justice, par exemple) ;

3° les règles régissant les honoraires ;

4° les dispositions relatives à l'interdiction totale ou partielle de la publicité personnelle et du démarchage ;

5° la réglementation des sociétés d'avocats et autres structures d'exercice de l'activité.

8. Ces analyses ne sont pas indiscutables. En effet, elles s'inscrivent, plus largement, dans le débat classique, mais loin d'être épuisé, relatif à l'économie dite « du marché des professions », marqué par les enseignements de l'économie publique et de l'économie industrielle⁽²⁰⁾. Au cœur de cette littérature, se situe en particulier l'étude, à la fois positive et normative, de l'alternative entre la réglementation et la dérégulation. Il s'agit, dans la première hypothèse, de justifier l'édiction de normes visant à « particulariser » la profession d'avocat sous l'égide d'associations professionnelles exerçant une double fonction de contrôle et de réglementation. Dans la seconde hypothèse, par contre, une dérégulation est préconisée pour neutraliser les effets négatifs liés aux phénomènes de capture par des intérêts corporatistes et assujettir autant que faire se peut les avocats aux règles classiques d'un marché concurrentiel.

9. L'efficacité des réglementations particulières concernant la profession d'avocat est économiquement défendable sur la base d'un argument en termes de défaillances de marché qui, lui-même, se décline en trois approches : d'abord, l'asymétrie d'informations ; ensuite, les externalités ; enfin, la notion de « bien public »⁽²¹⁾.

Ainsi, les services juridiques seraient des « marchandises de confiance » dont certains clients peineraient à évaluer la qualité réelle, ce qui pourrait ouvrir la voie à des comportements opportunistes. L'avocat aurait une propension à proposer des services qui ne rencontrent pas nécessairement l'intérêt du client⁽²²⁾, celui-ci pouvant difficilement éva-

(20) Pour une étude synthétisant cette littérature, voy. C. CHASERANT et S. HARNAY, « Déréguler la profession d'avocat en France ? — Les contradictions des analyses économiques », *R.I.D.E.*, 2010, vol. 2, pp. 148-183.

(21) *Ibid.*, pp. 151 et s.

(22) On parle, en économie, de sélection adverse : dans un contexte d'asymétrie d'information, un agent économique possède plus d'informations qu'un autre, ce qui augmente les risques d'opportunisme précontractuel.

luer *ex post* si la qualité du service rendu est conforme au prix payé⁽²³⁾. Ces problèmes seraient particulièrement aigus s'agissant des clients irréguliers et faibles, pour lesquels les mécanismes de fidélisation et de notoriété joueraient de façon moins efficace que pour les clients professionnels et institutionnels.

Le phénomène des externalités jouerait également un rôle, compte tenu du fait que l'activité de l'avocat conditionnerait la performance du système juridique dans son ensemble. L'efficacité de ce dernier est en effet pensée comme étant fonction, entre autres, de la qualité des services des avocats, qui pourraient ainsi influencer positivement ou négativement l'évolution du droit (en termes de qualité des décisions de justice, d'efficacité dans le traitement des litiges, etc.).

Dans le prolongement de cette approche, certains économistes analysent la justice comme un « bien public »⁽²⁴⁾, fondement essentiel de la démocratie, dont il convient de favoriser la production et la pérennité. Les litiges entre particuliers sont, certes, des transactions privées, mais ils engendrent une jurisprudence et une doctrine juridique qui bénéficieraient à la collectivité dans son ensemble. Compte tenu de ces facteurs, le marché ne fournirait pas toujours les incitations appropriées pour faire émerger les pratiques les plus efficaces (notamment du point de vue de la satisfaction des intérêts des consommateurs) et les plus aptes à assurer la réalisation d'une bonne justice. La réglementation des professions juridiques — qu'elle soit étatique ou ordinaire — pourrait, dans de telles hypothèses, constituer une réponse appropriée.

10. D'autres arguments économiques sont, par contre, mobilisés en faveur de l'assouplissement, voire de l'abrogation, du particularisme réglementaire de la profession d'avocat. Certaines doctrines économiques offrent, en effet, un soutien à une approche que, pour faire bref, nous qualifierions de « proconcurrentielle ». Dans la veine de la théorie de la capture de Stigler⁽²⁵⁾, certains travaux⁽²⁶⁾ mettent ainsi en exergue le

(23) Le concept économique est celui de l'aléa moral, à savoir ce biais comportemental par lequel un agent économique va prendre des risques excessifs dans des situations informationnelles où il ne subit pas les conséquences de sa propre action.

(24) G. SCASELLATI-SFORZOLINI, « The Economics Case for Professional Services Reform », téléchargeable sur http://www.cebc.eu/fileadmin/Asser_upload/NTCdocument/97917_8pdf1_1267613008.pdf et cité par C. CHASERAND et S. HARNAY, *loc. cit.*, 2012, p. 153.

(25) G.J. STIGLER, « The Theory of Economic Regulation », 2 *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, pp. 3-21.

(26) Voy. la doctrine citée par C. CHASERAND et S. HARNAY, *loc. cit.*, p. 160.

caractère de « groupe de pression » des avocats. Au travers de leurs associations représentatives ou tenues pour telles, ces derniers agiraient de façon à obtenir des avantages et des rentes qui ne seraient pas nécessairement contrebalancées par des effets sociaux positifs. La réglementation engendrée par l'Ordre des avocats en termes, par exemple, d'honoraires ou d'accès au marché représenterait la forme la plus emblématique de capture au service d'intérêts privés : elle induirait une concurrence faussée en organisant une contraction de l'offre de services juridiques accompagnée d'une hausse des prix attentatoire aux intérêts des consommateurs. L'hostilité des avocats à l'ouverture de leurs sociétés aux tiers constituerait une autre illustration. Seule la volonté de maintenir des rentes de situation permettrait d'expliquer cette frilosité. L'ouverture du capital et la multidisciplinarité engendreraient, en effet, des bénéfices de point de vue des économies d'échelle, de l'innovation ou de la répartition des risques. En intégrant des actionnaires extérieurs, les avocats se donneraient les moyens de contrôler plus objectivement les risques de tricherie en prix par les membres de la même corporation de métiers. Anticipant cela, ils pourraient alors adopter un positionnement prix/qualité plus en phase avec les attentes des clients. Ouvrir les sociétés d'avocats au capital extérieur permettrait également de créer des structures possédant des coûts inférieurs, certains frais pouvant être mutualisés sur la tête d'un nombre plus étendu de prestataires (secrétariat, documentation, informatique, logistique, etc.). La multidisciplinarité constituerait également un facteur crucial pour limiter la prise de risque (celui-ci étant réparti sur la tête de plusieurs professions), ainsi que pour favoriser l'émergence de nouveaux modes d'organisation (ressources humaines, management).

11. Ces deux approches économiques⁽²⁷⁾ produisent donc des recommandations contrastées. En réaction à cette impasse, des économistes français ont produit en 2007 une volumineuse étude sur les avocats mettant en évidence la pauvreté du dilemme « réglementation (pour cause de défaillances de marché) versus dérégulation (pour cause de collusion d'intérêts privés) », au motif que celui-ci évacuerait tout questionnement sur la « re-régulation » du marché et sur les modalités de cette dernière⁽²⁸⁾. Cette recherche, commandée par le Conseil national

(27) Dont on notera qu'elles ne semblent pas être départagées par l'empirie. Voy. C. CHASERAND et S. HARNAY, *op. cit.*, à cet égard.

(28) O. FAVREAU (dir.) « Les avocats entre ordre professionnel et ordre marchand — Concurrence par la qualité et socioéconomie d'une réglementation professionnelle ». *Rapport final du contrat de recherche CBN-Université Paris X-CNRS*, septembre 2008.

des barreaux en France, étude de manière critique le marché des services juridiques sur la base des enseignements récents de la théorie des incitations, de la nouvelle économie publique ainsi que de la théorie des juridique. Sans entrer dans les détails, elle met en avant la complémentarité institutionnelle, et non le seul antagonisme, entre « le modèle de l'Ordre », selon lequel la profession d'avocat est historiquement régulée par l'État sous l'égide d'une entité professionnelle forte, et « le modèle du marché », en vertu duquel la profession d'avocat est dérégulée et « déparcellisée » dans le cadre d'un marché très ouvert à la concurrence⁽²⁹⁾. Parmi les propositions normatives découlant de cette approche, on trouve l'abolition du monopole de réglementation conféré à l'Ordre des avocats, au profit d'un dispositif favorisant la coexistence de plusieurs associations professionnelles. Ces dernières disposeraient de régimes de certifications distincts et chacune d'elles serait apte à produire des règles constituant autant de « signaux » envoyés aux consommateurs quant aux services et aux prix pratiqués⁽³⁰⁾. S'agissant du fonctionnement des Ordres des avocats, une autre recommandation encourage la séparation entre les fonctions de représentation des intérêts des membres et celle de réglementation, à raison de la dimension d'intérêt général de cette dernière. Un mécanisme normatif devrait dès lors être mis en place en vue de permettre aux pouvoirs publics de contrôler ou d'approuver les règles édictées par les représentants de la profession, dans le but de protéger les intérêts de consommateurs et de neutraliser les phénomènes de capture. La réforme britannique du « Legal Service Act » en 2007 constitue, de ce point de vue, un laboratoire intéressant⁽³¹⁾.

12. Au terme de cette présentation synthétique de quelques théories économiques, il apparaît que l'économie, pas plus que le droit *stricto sensu*, ne fournit une assise univoque à la délicate question de savoir si l'avocat est un agent économique comme les autres. Du point de vue de l'économiste, le particularisme réglementaire peut tout autant être défendu que la concurrence marchande. Plutôt que de regretter cette absence de ligne claire, nous pensons qu'il faut y voir la trace de l'ab-

pp. 1-189, téléchargeable sur : <http://cnb.avocat.fr/Consequences-economiques-de-la-liberalisation-du-marche-des-services-juridiques-entre-ordre-professionnel-et-ordre-at18.html>. Un ouvrage a été édité dans le prolongement de cette recherche : O. FAVEREAU (dir.), *Les avocats, entre ordre professionnel et ordre marchand*, Lextenso éditions, 2009, (29) *Ibidem*, p. 166.

(30) Voy. C. CHASERAND et S. HARNAY, *loc. cit.*, p. 175.

(31) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/29/pdfs/ukpga_20070029_en.pdf. Voy. à ce sujet, C. CHASERAND et S. HARNAY, *loc. cit.*, pp. 175-176.

sence de dogmatisme de l'analyse économique du droit. Contrairement à ce que prétendent certains de ses détracteurs, celle-ci ne mène donc pas nécessairement à un asservissement du droit à l'économie, ni à une défense inconditionnelle du marché déréglementé. La force de l'analyse économique du droit réside plutôt dans son aptitude à faire « émerger des opinions et des positions multiples, dont les implications dépassent les simples batailles disciplinaires pour s'inscrire dans un ensemble plus vaste de débats politiques, économiques et juridiques fondamentaux »⁽³²⁾.

Par conséquent, au risque de décevoir le lecteur avide de certitudes, la qualification des titulaires de professions libérales et, singulièrement, des avocats en termes d'entreprise et les conséquences attachées à cette qualification demeurent, fondamentalement, des décisions politiques dépendantes de la volonté des autorités, ainsi que des organes d'application du droit. L'argumentaire économique fournit toutefois des outils supplémentaires pour rationaliser les enjeux et dépasser les biais corporatistes.

III. Le point de vue des acteurs : l'exemple de la directive européenne en matière de blanchiment

13. Ces hésitations sont largement relayées au sein de l'avocature proprement dite, par-delà même le débat, déjà épineux, d'une soumission généralisée de la profession à l'ordre concurrentiel. D'une part, la profession d'avocat reste largement attachée à la lecture qu'elle fait d'elle-même, notamment en termes de règles déontologiques. D'autre part, ses titulaires sont allergiques, de manière irrationnelle parfois, à l'assimilation de leur profession à une « vulgaire » activité économique, laquelle semble ainsi affectée des mêmes tares que la commercialité en son temps.

La réaction du Conseil des barreaux européens (ci-après CCBE), qui représente plus de 700 000 avocats, au sujet de l'arrêt prononcé par la C.J.U.E. sur la compatibilité de la directive sur le blanchiment des capitaux avec le droit à un procès équitable et le baroud d'honneur mené par la suite devant la Cour européenne des droits de l'homme au nom du secret professionnel en figurent une illustration topique.

(32) S. HARNAY et A. MARGIANO, *op. cit.*, p. 115.

14. L'arrêt de la Cour de justice et les critiques qu'il a suscitées de la part du CCBE méritent ainsi d'être rappelés pour comprendre comment les conséquences de la qualification en droit de la profession d'avocat restent un lieu intense de controverse.

La directive 91/508/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux⁽³³⁾, transposée en droit belge par une loi du 11 janvier 1993, contraignait certains opérateurs économiques à dénoncer aux autorités compétentes des opérations dont ils avaient connaissance et qu'ils soupçonnaient de servir à une entreprise de blanchiment.

Cette directive a été modifiée en 2001, la Commission et le Parlement, mais également certains États membres, estimant qu'il fallait étendre le champ d'application de la directive à des domaines et à des activités qui, jusqu'alors, n'étaient pas visés. L'obligation d'informer les autorités responsables d'éventuels soupçons en matière de blanchiment de capitaux a ainsi été imposée, par l'article 6 de la directive, aux notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes. La situation de ces catégories était donc alignée sur celle des opérateurs économiques d'emblée visés par la version originale de la directive.

S'agissant du thème qui nous occupe, un des enjeux résidait, en l'espace, dans la question de savoir si *tous* les actes posés par les avocats peuvent donner prise à l'obligation d'information. Parce qu'ils sont intrinsèquement et viscéralement liés au volet déontologique — non mercantile — du métier d'avocat, certains actes ne devraient-ils pas être immunisés de toute obligation de dénonciation ? La directive comportait dès lors une liste précise des opérations pour lesquelles les notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes étaient concernés. Il s'agissait, selon les auteurs de la directive, d'identifier les aspects de ces professions à l'occasion desquels l'on était en droit de craindre que des opérations favorisant le blanchiment puissent être découvertes. La représentation et la défense en justice, au cœur de la profession d'avocat depuis des lustres, étaient en revanche immunisées contre l'obligation de déclaration consacrée par la directive.

Cette extension avait été transposée en droit belge par la loi du 12 janvier 2004⁽³⁴⁾. Celle-ci prévoyait expressément que les règles relatives à

(33) J.O.C.E., L/166, p. 77.

(34) Loi du 12 janvier 2004 modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, et la loi du 6 avril 1995

la révélation des actes de blanchiment s'imposaient aux avocats. Dans la foulée de l'article 6 de la directive, l'article 14bis, § 3, de la loi précitait toutefois que « (...) les personnes visées à l'article 2ter ne transmettent pas ces informations si celles-ci ont été reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure ». En d'autres termes, les avocats sont exonérés de leur devoir de dénonciation si les informations portées à leur connaissance l'ont été à l'occasion, dans le cadre ou dans la perspective d'une procédure contentieuse où ils assurent la représentation de leur client et, par là même, exercent leur mission de défense en justice. Pour le reste, ils y sont soumis.

15. L'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, l'Ordre des barreaux flamands, l'Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles et l'Ordre des barreaux francophones et germanophone contestèrent cette disposition devant la Cour constitutionnelle, alors d'arbitrage, qui interrogea subséquentement la C.J.U.E., puisque la loi dont la constitutionnalité était soumise à son appréciation découlait de la transposition d'une directive européenne.

Intervenant à la cause, le CCBE arguait que la directive, quand bien même elle excluait de son champ d'application les actes rattachables à l'activité emblématique de l'avocat — en l'occurrence, la défense en justice —, ne permettait pas pour autant de préserver l'ensemble de l'activité traditionnelle de l'avocat. L'adjectif qualificatif « traditionnel » renvoyait, selon lui, à une série d'actes pour lesquels la confiance du public était nécessaire. Il soutenait notamment que la confiance n'était pas seulement requise dans le cadre du lien particulier entre le client et l'avocat lorsque celui-ci agit en demande ou en défense. Dans son activité de consultation ou d'ingénierie juridique, par exemple, la même confiance était requise de l'avocat et celle-ci se trouverait radicalement altérée par l'obligation de dénonciation imposée aux avocats. Selon le CCBE, il fallait dès lors retenir une interprétation large du droit à un procès équitable, impliquant que même les activités des avocats assimilables à une activité économique, au sens conféré à cette expression par

relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires financiers et conseillers en placements.

la C.J.U.E.⁽³⁵⁾, bénéficient de l'exonération et échappent ainsi à l'obligation de déclaration.

16. Dans son arrêt du 26 juin 2007⁽³⁶⁾, la C.J.U.E. a rappelé que la directive 91/508/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux devait être interprétée de manière conciliante avec le respect dû, d'une part, au Traité CE, d'autre part, aux droits fondamentaux. Elle a ainsi examiné l'affaire au regard, notamment, de la violation éventuelle de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après, la Convention) et des articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.

La C.J.U.E. circonscrit la portée de l'exonération en ces termes : « L'avocat ne serait pas en mesure d'assurer sa mission de conseil, de défense et de représentation de son client de manière adéquate, et celui-ci serait par conséquent privé des droits qui lui sont conférés par l'article 6 de la Convention, si l'avocat, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de sa préparation, était obligé de coopérer avec les pouvoirs publics en leur transmettant des informations obtenues lors des consultations juridiques ayant eu lieu dans le cadre d'une telle procédure ».

L'exonération que le Conseil et le Parlement ont insérée dans la directive est bien de nature à préserver le droit à un procès équitable et, ajoute la Cour, il y a lieu d'admettre, par ailleurs, que les exigences liées à ce principe ne s'opposent pas à ce que les avocats soient soumis aux obligations d'information et de coopération dès lors qu'ils agissent dans le cadre précis des activités énumérées à l'article 2*bis* (activités autres que la défense en justice en particulier).

17. Le CCBE n'a pas manqué d'exprimer sa déception à l'égard de cet arrêt, en ce qu'il aurait retenu une interprétation exagérément étroite du principe du droit au procès équitable.

La C.J.U.E. a, en effet, retenu une approche limitée de ce principe. Selon elle, l'activité de conseil et de consultation relève, en fin de compte, davantage du champ des activités économiques propres à l'avo-

(35) *Supra*, n° 1.

(36) C.J.U.E., 26 juin 2007, aff. C-505/05, *Ordre des barreaux francophone et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des barreaux flamands, Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles c. Conseil des ministres et en présence du Conseil des barreaux de l'Union européenne et de l'Ordre des avocats du barreau de Liège*, *Rec.*, p. I-5355.

caure et refuse en conséquence de traiter cette activité économique la différemment de celles dont les titulaires se trouvaient déjà astreints à une obligation de déclaration en vertu de la directive. En quelque sorte, la contrepartie du monopole de représentation et de défense en justice des avocats réside dans les limites de l'exonération dont ces derniers peuvent se prévaloir dans le cadre de la directive et de ses mesures nationales de transposition.

18. Une autre offensive, prenant appui cette fois sur l'article 8 de la Convention, a dès lors été lancée contre la directive « blanchiment » : celle-ci ne portait-elle pas, en effet, une atteinte injustifiée au secret professionnel des avocats ?

L'arrêt *Michaud*, prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 6 décembre 2012⁽³⁷⁾, n'a, de ce point de vue, apporté guère plus de satisfaction aux tenants de l'exceptionnalité élargie de la profession d'avocat.

L'affaire opposait M^e Patrick Michaud, avocat au barreau de Paris et membre du conseil de l'Ordre, à la République française. Celui-ci estimait que la directive de 2001 et ses mesures nationales de transposition, en créant une obligation élargie de déclaration de soupçons, sous réserve de l'exonération telle qu'interprétée par la C.J.U.E., niaient, de toute évidence, la « spécificité » de la profession d'avocat.

Dans le cas d'espèce, la question était posée en raison du fait que le Conseil national des barreaux avait adopté un règlement relatif aux procédures internes destinées à mettre en œuvre les obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. M^e Michaud considérait que sa liberté d'exercer la profession d'avocat était ainsi mise en cause.

La requête fut appuyée par le CCBE, qui persistait à considérer que les valeurs essentielles de la profession d'avocat étaient gravement menacées par la directive précitée. Selon lui, les activités des avocats sont indivisibles et la distinction opérée entre celles qui relèvent de l'expertise juridique et les autres crée une incertitude juridique pour les citoyens qui, croyant que l'avocat est tenu au secret professionnel, peuvent se trouver indirectement conduits à s'auto-incriminer. L'indivisibilité de l'activité et, par conséquent, le caractère centripète de l'acte de défense, censé « aspirer » les autres activités de l'avocat, devait l'emporter ici, au nom d'une conception particulièrement extensive du secret professionnel.

(37) C.E.D.H., 5^e sect., arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012, req. n° 12323/11.

L'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles estimait du reste qu'il y allait d'une ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 8 de la Convention, et rappela que la Cour constitutionnelle de Belgique avait précisément adopté une position en ce sens. En effet, la Cour, après avoir pris connaissance de la réponse de la C.J.U.E. à sa question préjudicielle, avait estimé, dans un arrêt du 23 janvier 2008⁽³⁸⁾ que, si la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme était un objectif légitime d'intérêt général, elle ne pouvait justifier pour autant une levée inconditionnelle et illimitée du secret professionnel de l'avocat. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle avait quitté le terrain du droit à un procès équitable pour rejoindre celui, davantage propice aux prétentions de l'avocat, du secret professionnel.

19. La Cour de Strasbourg n'en a pas moins considéré que les principes qui commandent son analyse en la matière devaient conduire à faire prévaloir, en fin de compte, certaines exigences d'intérêt public, au détriment, le cas échéant, du secret professionnel des avocats.

Dans le cas d'espèce, elle avait estimé que, si ingérence il y avait dans l'exercice des droits protégés par l'article 8 de la Convention, cette ingérence n'en était pas moins proportionnée à l'objectif poursuivi. En effet, les avocats ne sont astreints à l'obligation de déclaration de soupçons que dans deux cas, rappelle la Cour : d'une part, lorsqu'ils participent au nom et pour le compte de leurs clients à des transactions financières ou immobilières ; d'autre part, lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle, ils assistent leurs clients à la préparation de la réalisation de transactions concernant certaines opérations. Dès lors que l'obligation de déclaration est circonscrite à ces dernières opérations, la Cour estime que la disproportion n'est pas avérée.

20. Ni le droit à un procès équitable, ni le secret professionnel n'autorisent donc les avocats à échapper au devoir auquel les astreint la directive 91/308/CEE et ses mesures nationales de transposition.

* *
*

21. Aussi bien au point de vue de la théorie du droit que sous l'angle de l'analyse économique ou celui du droit positif, l'assimilation de la profession d'avocat à une activité économique comme les autres — singulièrement en ce qui concerne les aspects de la profession autres que la

(38) C. const., 23 janvier 2008, n° 10/2008.

représentation et la défense en justice — est disputée. Aucune réponse univoque ou incontestable ne peut être apportée en la matière. Tout est affaire, en fin de compte, non de connaissance (en l'occurrence, des hypothétiques traits caractéristiques « incontestables » de l'avocature d'où découlerait un régime juridique adéquat à celle-ci), mais de volonté, c'est-à-dire de décision politique, celle-ci fût-elle éclairée par les enseignements de l'analyse économique ou la prise en considération des exigences liées à la déontologie en vigueur des avocats.