

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

SYNTHESE

- 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

Responsable du projet : Sophie HARNAY

Octobre 2013

SYNTHESE GENERALE ET PROBLEMATIQUE

L'objectif du rapport de recherche intitulé « régulations professionnelles et pluralisme juridique : une analyse économique de la profession d'avocat » est d'analyser le pluralisme juridique à l'œuvre sur le marché des services juridiques produits par les avocats. En effet, 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. Précisément, plusieurs modes réglementaires s'articulent sur le marché des services juridiques :

- 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 professionnelle. 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 régit 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 fonctionnement du marché des services juridiques. 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.

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. Le rapport étudie donc la conjugaison de logiques régulatoires plurielles sur le marché des services juridiques, leur caractère substituable ou complémentaire, ainsi que leurs modalités de mise en œuvre et les effets. Il s'attache par conséquent à dépasser les approches économiques traditionnelles de la réglementation en termes d'intérêt public et d'intérêts privés, qui 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 montrons 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.

Intégrer le pluralisme juridique dans une analyse économique de la régulation professionnelle du marché des services juridiques soulève plusieurs questions de recherche essentielles, qui constituent le cœur des quatre analyses détaillées dans le rapport (une synthèse individuelle de ces analyses est fournie ci-après).

- (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 ?

La démarche retenue pour répondre à ces questions est la suivante.

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 1 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 réglementaires. 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 réglementaires. 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 réglementaires 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 réglementaires 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 auto-réglementation 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.

SYNTHESE DE L'ANALYSE 1

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

La 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.

