L'avocat comme *homo oeconomicus* : une *reductio ab absurdum* ?

Alexia Autenne[*] et Nicolas Thirion[**]

1. L'avocat, en tant que titulaire de profession libérale, est-il un agent économique comme un autre ? L'avocat se comporte-t-il systématiquement comme un professionnel du marché, ainsi que le présume le droit européen ? Est-il parfaitement soluble dans l'entreprise ? Tel est le thème général de la présente contribution.

Si celui-ci demande, d'abord, que soit brièvement rappelé le statut des professions libérales dans le Code de droit économique (ci-après, CDE) et en droit européen, en tenant compte des dernières réformes intervenues à ce sujet (I), il appelle, ensuite et peut-être surtout, quelques remarques générales, qui empruntent aussi bien à l'histoire culturelle qu'à la théorie du droit et à l'analyse économique du droit. En effet, la question de savoir si les avocats, en tant que titulaires d'une profession libérale, sont des agents économiques, qui plus est des agents économiques avant toute chose, dépend en grande partie de facteurs extérieurs aux conceptions que ceux-ci se font de leur profession. Elle est d'abord tributaire du contexte culturel dans lequel elle est posée (II) - lequel détermine en grande partie le processus de qualification, notamment en ce qui concerne l'utilisation du substantif "entreprise" et de l'adjectif "économique" dans le discours juridique (III). Les tendances à l'œuvre méritent, ensuite, d'être éclairées par les outils de l'analyse économique, particulièrement en vogue à l'heure actuelle (IV). De brèves conclusions synthétiseront les enseignements dégagés.

I. La place des avocats, titulaires d'une profession libérale, dans le CDE et en droit européen : entre assimilation et particularisme

2. La question des rapports entre professions libérales et législation économique, qui n'a cessé, depuis une trentaine d'années maintenant, de faire couler des flots d'encre dans la littérature juridique d'Europe continentale[(1)], se pose, en droit positif, sous trois angles différents : la délimitation conceptuelle (les titulaires de professions libérales sont-ils des agents économiques comparables aux autres agents économiques ?); l'admissibilité d'un régime dérogatoire (s'ils sont des agents économiques, les titulaires de professions libérales peuvent-ils néanmoins être soumis à des règles qui leur sont spécifiques ?) et - radicalisation de l'approche précédente - le statut de l'exceptionnalité (les titulaires de professions libérales peuvent-ils échapper en totalité aux règles ou à certaines catégories de règles généralement applicables aux autres agents économiques ?).

3. Du point de vue conceptuel, les titulaires de professions libérales sont censés être des entreprises au sens de la définition générale de l'article I. 1., alinéa 1er, 1° du CDE, qui vise toutes les personnes physiques ou morales poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations[(2)(3)]. La notion de personne exerçant une profession libérale est définie, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi

---

* Chercheuse qualifiée du FNRS, Professeure à l'UCL et à l'ULB.

** Professeur ordinaire à l'Université de Liège.

1. Voy., par exemple, dans la doctrine belge, les travaux déjà anciens mais souvent cités de K. GEENS, *Het vrij beroep. Enkele theoretische beschouwingen aan de hand van een vergelijkende studie naar Belgisch recht van de reglementering ter zake van de beroepen van arts, advocaat, architect en bedrijfsrevisor,* thèse de doctorat, KULeuven, 1986; "De reglementering van het vrij beroep", *Tijdschrift voor privaatrecht*, 1988, p. 127 et s.
2. A. AUTENNE et N. THIRION, "Le Code de droit économique; une première évaluation critique", *Journal des Tribunaux*, 2014, n° 6581/6582, p. 706 et s.
3. On voudra bien noter que cette définition générale, inspirée de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de concurrence, est très probablement en sursis, dès lors que l'avant-projet de loi portant réforme du droit des entreprises suggère d'y substituer, en la généralisant, la définition spécifique - et bancale, comme les auteurs de la présente contribution se proposent de le démontrer dans un article à venir - retenue dans le cadre du nouveau livre XX du CDE (sur cette définition, *cf. infra*, note (10)).

this jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX "Insolvabilité des entreprises", dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique, à l'article I.8., alinéa 2, 35° comme "toute personne physique ou morale qui, de manière intellectuellement indépendante et sous sa propre responsabilité, exerce une activité professionnelle consistant principalement en des prestations intellectuelles, a suivi auparavant la formation exigée, est tenue de suivre une formation continue, est soumise à un organe disciplinaire créé par ou en vertu de la loi et n'est pas un commerçant au sens de l'article 1er du Code de commerce". Elle est ainsi opposée à la vieille notion, en voie d'obsolescence, de "commerçant" du Code de commerce[4]. La nouvelle définition liée à l'entrée en vigueur de la loi du 11 août 2017 est ainsi libellée : "toute entreprise dont l'activité consiste principalement à effectuer de manière indépendante, et sous sa propre responsabilité, des prestations intellectuelles pour lesquelles une formation préalable et permanente est nécessaire et qui est soumise par ou en vertu d'une loi à une éthique dont le respect peut être appliqué (*sic*) par une institution disciplinaire"[5]. Dans le Livre III consacré à l'immatriculation, les titulaires de professions libérales sont compris dans les "entreprises non commerciales de droit privé", ce qui induit une certaine équivocité au sein du même Code, de l'aveu même du législateur[6]. Au demeurant, le droit européen n'est pas en reste. La directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 sur la reconnaissance des qualifications professionnelles[7] décrit, dans son considérant 43, les professions libérales comme étant réglementées et "exercées 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". Dans un arrêt *Adam*, la Cour de justice, quant à elle, définit 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"[8]. Le moins que l'on puisse écrire est que l'équivocité souvent pointée de la notion d'entreprise est redoublée ici par les contours pas toujours univoques de celle de profession libérale.

4. Du point de vue de l'admissibilité d'un régime dérogatoire, les titulaires de professions libérales sont par exemple soumis, en droit économique belge, à des règles particulières qui dérogent à celles applicables aux autres professionnels du marché. Celles-ci tiennent compte de certains particularismes propres à ces professions, en termes de secret professionnel ou d'accès à la profession, par exemple. Le CDE contient ainsi un Livre XIV intitulé "Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux professions libérales". La question qui se pose alors, en particulier sous l'angle du droit constitutionnel, est de savoir si les dérogations ou spécificités accordées à une catégorie d'agents économiques sont raisonnablement justifiées et si elles ne portent pas une atteinte disproportionnée au principe d'égalité : de ce point de vue, la Cour constitutionnelle a un rôle absolument central à jouer, aujourd'hui comme hier.

5. Du point de vue de l'exceptionnalité, l'application des législations relatives à la faillite et à la continuité des entreprises aux titulaires de professions libérales s'est, par exemple, longtemps heurtée à de farouches oppositions. Désormais, en vertu du nouveau Livre XX du CDE[9], le droit de l'insolvabilité est applicable à toutes les entreprises, y compris les titulaires de professions libérales. Mais le législateur a cru bon de forger une définition particulière de l'entreprise propre au Livre XX, plutôt que de renvoyer simple-

4. K. GEENS, "Le saut vers le droit de demain - Recodification de la législation de base", 2016, accessible sur https://archive.org/stream/LeSautVersLeDroitDeDemain/Le%20saut%20vers%20le%20droit%20de%20demain#page/n0/mode/2up.
5. Futur article I.1.14° CDE.
6. Ainsi relevé dans l'exposé des motifs du projet de loi portant insertion du Livre XX, "Insolvabilité des entreprises", dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Chambre des Représentants, 20 avril 2017, Doc. 54.2407/001.
7. *J.O.*, L 255 du 30 septembre 2005, p. 22 et s.
8. CJCE, 11 octobre 2001, aff. C 267/99, *Adam, Rec.* I-7467, p. 7482 et s.
9. Loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX "Insolvabilité des entreprises", dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017, p. 83100 et s.

this jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

ment à la définition générale du Code[10]. Il a précisé[11], en outre, que les dispositions du nouveau droit de l'insolvabilité s'appliqueront sans préjudice du droit particulier qui régit les professions libérales réglementées, les officiers ministériels et les notaires, y compris l'accès à la profession, les restrictions à la gestion et à la transmission du patrimoine et le respect du secret professionnel ainsi que du libre choix du patient ou du client. L'écartement du marché des titulaires de professions libérales insolvables fait, par conséquent, l'objet d'accommodements raisonnables eu égard aux particularités de ces derniers : l'exceptionnalité cède désormais la place à un régime partiellement dérogatoire.

Les débats et les hésitations qui traversent ainsi le droit positif s'expliquent par des facteurs plus profonds, qu'il convient de synthétiser dans les pages qui suivent, en mobilisant des disciplines méta- ou extra-juridiques indispensables à une bonne compréhension des règles juridiques en vigueur.

II. De l'importance des facteurs culturels pour déterminer la place de l'avocat dans la société et le régime juridique qui lui est applicable

6. Longtemps et parfois même jusqu'à aujourd'hui, dans les systèmes juridiques d'inspiration française (à l'instar du droit belge, 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, et le droit commercial, d'autre part - était fondée, en définitive, sur une conception peu élogieuse du commerçant[12] : 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. Dans cette perspective, il était inconcevable que les professions intellectuelles et, à plus forte raison, les professions libérales pussent être confondues avec pareille piétaille. 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.

Cette tendance, valable pour l'ensemble des professions libérales, est renforcée, dans la sphère de l'avocature, par l'image que les gens de barreau entendaient donner d'eux et qui correspondait du reste, en grande partie, à la réalité : nul but de lucre ne devait gouverner les activités de l'avocat; le désintéressement devait guider leur conduite, étant donné les hautes missions qui leur étaient confiées au service de l'appareil de justice. L'appartenance de la plupart des avocats aux classes aisées facilitait cette vision irénique, puisque, n'étant pas dans le besoin, ils pouvaient aisément cultiver la vertu de désintéressement ainsi mise en exergue. Du reste, cette distanciation par rapport au négoce et à la vie des affaires apparaissait comme une condition *sine qua non* de l'indépendance de l'avocat; celui-ci eût risqué de la perdre s'il était trop impliqué dans les aléas liés aux échanges économiques. De sorte que, dans la tradition d'Europe continentale tout au moins, s'est longtemps imposée la représentation d'un avocat répugnant aux affaires et portant haut sa mission d'auxiliaire de justice, seule à même de lui conférer la dignité propre à son office[13]. C'est cette vision qui explique, par exemple, les tensions répétées au sein du barreau de Bruxelles quant à la question de savoir si les avocats peuvent occuper des fonctions d'administrateur[14].

---

10. "Pour l'application du Livre XX, sont des entreprises :
    a) Toute personne physique qui exerce à titre indépendant une activité professionnelle;
    b) Toute personne morale;
    c) Toute autre organisation sans personnalité juridique.
    Ne sont, par contre, pas des entreprises :
    a) Toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui en fait ne distribue pas d'avantages à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la stratégie de l'organisation;
    b) Toute personne morale de droit public;
    c) L'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones d'aide, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission Communautaire française, la Commission Communautaire flamande, la Commission Communautaire commune et les CPAS."
11. Art. 3 de la loi du 11 août 2017 précitée.
12. 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'activité.
13. L. KARPIK, *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché (XIIIe-XXe siècles),* Paris, Gallimard, 1995.
14. J. DE BROUWER, "Barreau traditionnaliste contre barreau d'affaires : le barreau de Bruxelles face à la question des avocats-administrateurs de sociétés (1880-1925)", *Criminocorpus* [En ligne], Histoire des avocats, Articles, mis en ligne le 31 octobre 2016, URL : http://criminocorpus.revues.org/3403.

this jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

7. De l'autre côté de l'Atlantique, le contexte culturel est autre, de manière telle que la représentation de l'avocat y est foncièrement différente, du moins à l'heure actuelle[15] : il est un véritable *businessman*, toujours à la recherche de nouvelles parts de marchés à conquérir, au point de recourir à la publicité la plus tapageuse, au démarchage de clientèle, etc. De sorte que le marché du droit représente un pourcentage du PIB bien plus important qu'en France, par exemple : 2,6 % contre 0,6 %[16]. Il y aurait aux Etats-Unis un avocat pour trois cents habitants contre un pour mille sept cents en France. Un actif sur dix serait engagé chaque année dans un procès aux Etats-Unis contre un sur trois cents en France[17].

C'est dire, donc, que la conception que l'on se fait du rôle de l'avocat n'a rien d'absolu : elle découle de l'environnement culturel qui entoure ce dernier.

8. Or, de ce point de vue, le contexte a profondément changé en Europe continentale sous l'effet de trois phénomènes qui se sont conjugués pour aboutir à la situation actuelle : (i) l'influence du droit de l'Union européenne, (ii) la pression de la mondialisation et (iii) la vogue de l'économisme.

D'abord, en effet, la théorie de la commercialité et la répartition des compétences qui en a résulté, respectivement pour le droit civil et pour le droit commercial, a progressivement perdu de son importance, jusques et y compris dans les traditions juridiques où elle tenait le haut du pavé. Ces changements résultent 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. A défaut d'une définition dans le corps même du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) a été amenée à préciser les contours du concept d'entreprise. Par là, il faut entendre, selon elle, "toute entité exerçant une activité *économique*[18], indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement"[19]. Par ailleurs, est économique "toute activité consistant dans l'offre de produits ou de services sur un marché donné"[20]. A 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. A plusieurs reprises, la Cour a répondu par l'affirmative, en particulier pour les avocats[21]. Après tout, les avocats ne peuvent-ils pas être considérés comme des agents économiques offrant certains types de services (en 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 ?

Ensuite, la mondialisation de l'économie a engendré, dans une certaine mesure, celle du droit, en tout cas des métiers du droit. S'il faut relativiser cette mondialisation du droit en ce qui concerne l'avocat traditionnel, elle n'en a pas moins conduit à de très profondes restructurations des grands cabinets d'affaires et à la mise en place de stratégies de plus en plus managériales dans l'organisation et le fonctionnement des *law firms*.

Enfin, la propension du discours dominant actuel à tout appréhender ou presque par le prisme de l'économie et des concepts empruntés à ce savoir achève

---

15. On se souviendra, en effet, qu'au début du XIXe siècle, le célèbre juriste Julius HENRY COHEN posa les jalons d'une réflexion critique sur la dichotomie "business *v.* profession" caractérisant le métier d'avocat outre-Atlantique. Voy. à cet égard, J. H. COHEN, *The Law : Business or Profession ?*, Banks Law Publishing Company, 1916. La figure de l'avocat comme professionnel du marché fut progressivement exacerbée tout au long des XXe et XXIe siècles, nonobstant la vigueur de certains mouvements intellectuels promouvant les idéaux de professionnalisme désintéressé dans le chef des membres du barreau. Pour un résumé de ces débats états-uniens, voy. S.J. LEVINE "Rediscovering Julius HENRY COHEN and the Origins of the Business/Profession Dichotomy : A study in the Discourse of Early Twentieth Century Legal Professionalism", *The American Journal of Legal History,* vol. XLVII, 2005, p. 1 et s.; S.J. LEVINE, "The Law : Business of Profession ? The Continuing Relevance of JULIUS HENRY COHEN for the Practice of Law in the Twenty-First Century", *Fordham Urban Law Journal,* vol. XX, 2013, p. 1 et s.
16. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, "Les droits de tradition civiliste en question. A propos des rapports *Doing Business* de la Banque mondiale", *Société de législation comparée,* 2006.
17. *Ibid*.
18. C'est nous qui soulignons.
19. CJCE, 13 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser / Macrotron, Rec.,* I, 1991, p. 2010 et s., point 21. Plus récemment, voy. CJUE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel,* C-97/08P.
20. CJUE, aff. 118/85, *Commission c. Italie, Rec.,* 1987, p. 2599 et s.; aff. C-82/01 P, *Aéroports de Paris, Rec.,* I, 2002, p. 9297 et s.; aff. jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *AOK-Bundesverband e.a., Rec.,* I, 2004, p. 2493 et s.; aff. C-49/07, *MOTOE, Rec.,* I, 2008, p. 4863 et s.
21. CJUE, 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters, Rec.,* I, p. 1577 et s.

this jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

de créer les conditions favorables à l'émergence, en Europe continentale, d'une vision nouvelle de l'avocat. Même les valeurs plus hautes à la réalisation concrète desquelles les avocats devraient œuvrer sont appréhendées en termes d'intérêt économique, comme en témoignent la notion de "responsabilité sociale de l'avocat" (ci-après, RSA) et son explicitation par ses thuriféraires[22]. Non pas, bien entendu, que cette vision ait été tout à fait absente de la situation antérieure; elle n'en a pas moins acquis, à l'heure actuelle, une place sans commune mesure par comparaison avec celle qu'elle occupait auparavant.

9. Le contexte culturel ayant changé, il n'est pas étonnant que le discours proprement juridique sur le rôle de l'avocat dans la société ait lui aussi singulièrement muté. C'est ce que nous allons montrer dans les développements qui suivent.

III. L'avocat, une entreprise ? De la qualification juridique comme acte de volonté et non de connaissance

10. Lorsqu'un organe d'application du droit[23], 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 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" ?) semble 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 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 donné s'incline respectueusement en reprenant parfois explicitement à son compte ses enseignements.

11. 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[24], 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 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[25].

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

22. Voy., à ce sujet, la présentation lucide que M. AYDOGDU fait de ce concept in "La responsabilité sociale de l'avocat : une éthique du capitalisme ? in R. AYDOGDU, J.-P. BOURS, G.-A. DAL, R. DE BAERDEMAEKER et Y. KEVERS, *L'éthique de l'avocat - outil de marketing ou d'engagement ?,* Limal, Anthemis, coll. Jeune Barreau de Liège 2014, p. 39 et s.
23. Pour reprendre les termes de KELSEN (*Théorie pure du droit,* 2e éd., Paris, Dalloz, 1962, trad. fr. Ch. EISENMANN, spéc. p. 463 et s.). La notion d'organe d'application du droit désigne une personne, ou un ensemble de personnes, habilitées par une norme juridique à produire de nouvelles normes juridiques. A ce titre, le législateur ou le Constituant dérivé sont tout autant des organes d'application du droit, au sens kelsénien de l'expression, qu'un juge ou une autorité administrative.
24. K. POPPER, *La logique de la découverte scientifique,* Paris, Payot, 1973.
25. 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'Etat-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 extra-économiques était tenue pour une évidence aussi forte que celle qui, aujourd'hui, joue en faveur de l'extension des bienfaits de la logique concurrentielle, avec cette conséquence qu'un nombre croissant d'activités humaines appelle désormais la qualification d'"économiques".

this jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

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 foucaldiens, 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 néo-libéralisme anglo-américain - dont l'une des originalités consiste précisément à promouvoir une analyse économique de l'ensemble des comportements humains[26] - 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, la Cour et, plus largement, les instances européennes, 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[27], 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[28].

12. 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"[29].

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 et, singulièrement, des avocats 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. Cette décision même est en partie tributaire, posons-nous à titre de postulat, des idées dominantes de l'époque. Dès lors si, pendant longtemps, une vision extra-économique de la profession d'avocat a été privilégiée en Europe continentale, tel est moins le cas, assurément, à l'heure actuelle, compte tenu des évolutions retracées ci-dessus[30]. Le droit de l'Union européenne porterait ainsi trace de ce changement de perception et les droits nationaux relaieraient ce changement dans leur sphère propre. Si le contexte culturel permet d'expliquer au moins en partie cette évolution, il n'en est pas moins intéressant d'examiner brièvement, dans les lignes qui suivent, les

26. 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, p. 104 et s.
27. Controversées dès lors, en tout cas, qu'elles se déployaient sous les auspices d'un discours à prétention scientifique.
28. De la même manière qu'auparavant, 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 imprimer la qualification d'entreprises aux mêmes personnes ou groupements.
29. O. CAYLA, "La qualification ou la vérité du droit", *Droits,* 1993, p. 8 et s., spéc. p. 9-10.
30. *Supra,* n° 4.

this jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

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.

IV. Les enseignements de l'analyse économique

13. Aujourd'hui, en effet, les débats relatifs à la réglementation des professions protégées font la part belle aux arguments économiques, quand ces derniers n'en sont pas les variables essentielles. Au niveau international, par exemple, les instances politiques et les acteurs de la régulation ont mis les analyses en termes de "concurrence économique" au frontispice de leurs réflexions. Ainsi, dès 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 celles-ci, nonobstant désormais leur soumission de principe au droit de la concurrence, ne devaient pas être assujetties, compte tenu de leurs particularismes, à des réformes pro-concurrentielles spécifiques[31]. Parmi ces professions, les services rendus par les avocats ont fait l'objet d'une attention spécifique, dans le dessein de les moderniser pour amplifier la concurrence et, par voie de conséquence, la croissance économique[32]. La jurisprudence de la CJUE[33] se nourrit également de considérations économiques pour qualifier l'avocat d'"entreprise" et ensuite déterminer quelles restrictions anti-concurrentielles sur le marché des services juridiques peuvent être nécessaires pour préserver l'intérêt général. La montée en puissance du discours économique a été accompagnée de l'affadissement du barreau dit "traditionnaliste"[34] au profit d'un barreau "d'affaires", à raison de divers facteurs évoqués précédemment, dont "la démocratisation sociale du barreau", qui a mis fin à la pratique ancienne du désintéressement caractéristique de la profession, l'ouverture progressive aux méthodes du marché et l'investissement des avocats dans la vie des affaires[35].

14. La théorie économique fournit-elle des arguments irréfutables pour résoudre le point de savoir si l'avocat est un agent économique comme les autres et si, à ce titre, il convient d'abolir les particularismes propres à la profession ? La réponse à cette question est négative. En effet, une lecture attentive de la doctrine dite "du marché des professions", marquée par les enseignements de l'économie publique et de l'économie industrielle[36] mais aussi par des approches plus hétérodoxes, atteste de résultats et de préconisations tout aussi contrastés que ceux que donnent à voir l'histoire culturelle et la théorie juridique de la qualification : tantôt la théorie économique critique la réglementation (point 15), tantôt elle vole à son secours (point 16), tantôt elle plaide pour des réglementations alternatives - option que nous qualifierons de "re-réglementation" (points 17 et 18). Les développements qui suivent abordent successivement et de manière synthétique ces trois approches.

15. L'option en faveur de la "dé-particularisation" de la profession d'avocat repose, très schématiquement, sur une critique des normes susceptibles d'entraver le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché des services juridiques. Cinq corpus juridiques relatifs au statut des avocats sont identifiés comme posant question au regard de l'efficacité économique[37] :

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);

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.

---

31. Commission européenne, *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales,* COM (2004), 83.
32. Commission européenne (2005), *Progress by Member States in Renewing and Eliminating Restrictions to Competition in the area of Professional services,* COM (2005), 405.
33. CJCE, 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters, Rec.,* 2002, I-01577; CJCE, 19 février 2002, aff. C-35/99, *Arduino, Rec.,* 2002 I-01529; CJCE, 5 décembre 2006, aff. C-94/04 et C-202/04, *Cipolla, Rec.,* 2006, I-11421. Dans cette dernière affaire, la CJUE 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, et, 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".
34. J. DE BROUWER, "Barreau traditionnaliste contre barreau d'affaires : le barreau de Bruxelles face à la question des avocats-administrateurs de sociétés (1880-1925)", *loc. cit.*
35. Cette évolution est retracée par R. AYDOGDU, *loc. cit.,* Anthemis, 2014, p. 39 et s.
36. Pour une étude synthétisant cette littérature, voy. C. CHASERANT et S. HARNAY, "Déréglementer la profession d'avocat en France ? Les contradictions des analyses économiques", *Revue Internationale de Droit Economique,* 2010, vol. 2, p. 148 et s.
37. Voy. singulièrement l'analyse de la Commission européenne, qui partage de nombreux points de convergence avec les résultats d'une étude subséquente de l'OCDE sur le même sujet (OCDE, *Competitive restrictions in Legal Professions,* DAF/COP (2007) 39, Series Policy Roundtables, consultable via http://www.oecd.org/regreform/sectors/40080343.pdf).

this jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

Ces règles sont de nature à engendrer des prix plus élevés[38] pour les consommateurs de services juridiques et constituent, dans le même temps, des sources de rentes pour les membres de la profession considérés comme formant des cartels pour manipuler les prix. Dans la veine de la théorie de la capture de Stigler[39], certains travaux[40] mettent ainsi en exergue le 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 quantifiables qui ne seraient pas nécessairement contrebalancés par des effets sociétaux positifs. La réglementation générée 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 de ces dérives. 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 du 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).

Par conséquent, en assujettissant autant que faire se peut les avocats aux règles classiques d'un marché concurrentiel, on neutraliserait les effets négatifs liés aux phénomènes de capture par des intérêts corporatistes et on diminuerait les prix au bénéfice des consommateurs.

16. Les critiques à l'encontre des règles organisatrices de la profession doivent néanmoins être confrontées à l'approche, tout aussi classique en économie, qui vole au secours de la réglementation sur la base du même constat de défaillance du marché. Trois problèmes sont, ici, mis en exergue : l'asymétrie d'informations (i), les externalités (ii) et la notion de "bien public" (iii)[41].

(i) Ainsi, les services juridiques sont des "marchandises de confiance" à fort degré de complexité; les clients peinent à en évaluer la qualité réelle - ce qui pourrait ouvrir la voie à des comportements opportunistes dans le chef des prestataires. L'avocat aurait, par exemple, une propension à proposer des services qui ne rencontrent pas nécessairement l'intérêt du client[42], celui-ci pouvant difficilement évaluer *ex post* si la qualité du service rendu est conforme au prix payé[43]. 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.

(ii) Le phénomène des externalités doit être pris en compte dans un contexte où l'activité de l'avocat conditionne la performance du système juridique dans son ensemble. L'efficacité de ce dernier dépend, entre autres choses, de la qualité des services des avocats dont l'influence, positive ou négative, sur l'évolution du droit (en termes de qualité des décisions de justice, d'efficacité dans le traitement des litiges, etc.), est incontestable.

(iii) Par ailleurs, d'un point de vue économique, il y a lieu de considérer la justice comme un "bien public"[44], fondement essentiel de la démocratie, dont il faut favoriser la production et la pérennité. Les

38. Pour une analyse économique nuancée de la problématique du prix, voy. F. MARTY, "Le prix des services juridiques - Entre défaillance de la réglementation et défaillance de marché", Document de travail n° 28 du GREDEC, 2018, accessible en ligne via http://unice.fr/laboratoires/gredeg/publications/documents-de-travail.
39. G.J. STIGLER, "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science,* 1971/2, p. 3 et s.
40. Voy. la doctrine citée par C. CHASERAND et S. HARNAY, *op. cit.,* 2010 p. 160.
41. *Ibid.,* p. 151 et s.
42. 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.
43. 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.
44. G. SCASSELLATI-SFORZOLINI, "The Economics Case for Professional Services Reform", téléchargeable sur http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/97917_8pdf1_1267613008.pdf (cité par C. CHASERAND et S. HARNAY, *loc. cit.,* 2012, p. 153).

this jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

litiges entre particuliers sont, certes, des transactions privées, mais ils génèrent une jurisprudence et une doctrine qui bénéficient à la collectivité dans son ensemble. Or le marché ne fournit 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 (dans les cinq corpus identifiés précédemment) - qu'elle soit étatique ou ordinale - constitue, dans de telles hypothèses, une réponse appropriée.

17. En réponse aux deux approches précédentes, des économistes français ont produit en 2007 une volumineuse étude[45] sur les avocats, mettant en évidence la pauvreté de l'alternative[46] "déréglementation" (pour cause de collusion d'intérêts privés) *v.* "réglementation" (pour cause de défaillances de marché), au motif que celle-ci évacuerait tout questionnement sur la "re-réglementation" du marché et sur les modalités de cette dernière. Cette recherche, commandée par le Conseil national des barreaux en France, étudie de manière critique le marché des services juridiques sur la base des enseignements de la théorie des incitations, de la nouvelle économie publique ainsi que de la sociologie juridique. 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'Etat sous l'égide d'une entité professionnelle forte, et "le modèle du marché", en vertu duquel la profession d'avocat est dérégulée et "départicularisée" dans le cadre d'un marché très ouvert à la concurrence[47]. Plusieurs critiques sont adressées aux approches standards et singulièrement aux discours normatifs de la Commission européenne. D'une part, contrairement à la croyance des instances européennes, la profession d'avocat ne vérifie pas les strictes hypothèses nécessaires à l'existence et à la pérennisation d'un cartel. D'autre part, la théorie économique traditionnelle annonce vouloir mesurer les coûts et les avantages des règles existantes alors que la plupart des rapports se concentrent exclusivement sur le paramètre des coûts. Or, même s'il est moins facile à quantifier, le bilan des avantages ne peut être passé sous silence et nécessite d'étudier la qualité des services juridiques sur la base d'une évaluation par les pairs, comme c'est le cas dans la communauté scientifique. Pour les auteurs du rapport, le problème d'asymétrie d'information tient moins aux risques d'opportunisme qu'au degré de singularité des services rendus par les avocats. Les litiges sont toujours individualisés et affectés d'une certaine dose d'imprévisibilité. Le métier nécessite non pas l'application d'un savoir mécanique, mais la mise en œuvre de compétences inventives. Par conséquent, seuls les membres de la profession ont l'expertise requise pour apprécier la qualité dans ses diverses dimensions. De là, l'importance du maintien des réseaux (voire des instances) de coopération collégiale entre avocats permettant la collaboration et l'autocontrôle. Ceux-ci sont d'autant plus importants que les avocats travaillent à la réalisation de l'intérêt macro-économique de la collectivité dans son ensemble. De là, également, l'importance de veiller à la préservation du modèle de formation au métier d'avocat (permettant de passer du statut de stagiaire à celui de collaborateur puis d'associé), dont l'équilibre fragile serait compromis par une accentuation de la logique marchande profitable aux seuls grands cabinets intégrés.

Plusieurs propositions concrètes découlent de cette approche. L'une d'entre elles est le maintien de la régulation par un ordre des avocats, mais l'abolition du monopole de réglementation de ce dernier, au profit d'un dispositif favorisant la coexistence de plusieurs associations professionnelles auxquelles les avocats pourraient librement s'affilier (compte tenu des services offerts). Celles-ci disposeraient de régimes de certifications distincts et seraient aptes à produire des règles constituant autant de "signaux" envoyés aux consommateurs quant aux services et aux prix pratiqués[48]. S'agissant du fonctionnement des instances ordinales, 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, est préconisée. Par un mécanisme normatif à créer, les pouvoirs publics devraient pouvoir contrôler ou approuver les règles édictées par les représentants de la profession, dans le but de neutraliser les phénomènes de capture et, ainsi, de protéger les intérêts des consommateurs. La réforme britannique du *Legal Service Act* en 2007

45. O. FAVEREAU (dir.), "Les avocats entre ordre professionnel et ordre marchand - Concurrence par la qualité et socio-économie d'une réglementation professionnelle", *Rapport final du contrat de recherche CBN-Université Paris X-CNRS,* septembre 2008, p. 1-189, téléchargeable sur : http://cnb.avocat.fr/Consequences-economiques-de-la-liberalisation-du-marche-des-services-juridiques-entre-ordre-professionnel-et-ordre_a418.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.
46. Dont on notera qu'elles ne semblent pas pouvoir être départagées par des constats empiriques. Voy., à cet égard, C. CHASERAND et S. HARNAY, *loc. cit.*
47. *Ibidem,* p. 166.
48. Voy. C. CHASERAND et S. HARNAY, *loc. cit.,* p. 175.

this jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus

constitue, de ce point de vue, un laboratoire intéressant[49]. Une attention accrue devrait être portée au maintien des dispositifs de formation des jeunes avocats, qu'il conviendrait d'immuniser contre une pression concurrentielle excessive. Il conviendrait, en outre, de flexibiliser les modalités de collaboration entre avocats au sein des structures qui en sont le réceptacle et favoriser, pour les petits cabinets, l'activité en réseau[50].

18. Dans une étude plus récente, les économistes Camille Chaserand et Sophie Harnay ont analysé empiriquement l'impact des changements régulatoires (déréglementation ou re-réglementation) sur les comportements des avocats en vue de mesurer la mesure dans laquelle ces derniers se conformeraient à l'allégement, la suppression ou la modification des normes encadrant leurs activités[51]. Elles concluent que l'accentuation de la concurrence sur le marché des services juridiques ne va pas produire les mêmes effets selon la logique d'exercice adoptée par les cabinets. Une baisse de prix des services pourra se constater dans les structures de conseils "standards". Mais, les cabinets de niche (associant expertise et créativité) vont sans doute hausser leurs prix pour compenser l'absence d'économies d'échelle liée à leur modèle de développement et "signaler", dans le même temps, la qualité de leurs services. Dans le chef des cabinets d'avocats où conseil et contentieux vont de pair avec une orientation poussée vers la promotion de l'intérêt général[52], l'extension de la logique concurrentielle risque de renforcer l'âpreté au gain au détriment de la conformité à la réglementation professionnelle et de la poursuite de la qualité des services. Découle de ceci une mise en garde économique par rapport à la politique de déréglementation actuelle, qui ne semble pas forcément être une solution adéquate pour réguler l'ensemble du marché de l'avocature, eu égard à la diversité des acteurs en présence.

19. Au terme de cette présentation synthétique de quelques théories économiques, il apparaît que l'économie, pas plus que le droit *sensu stricto*, ne fournit une assise univoque à la délicate question de savoir si l'avocat est un agent économique comme les autres dans un marché des services juridiques comparable aux autres marchés. Du point de vue de l'économiste, le particularisme règlementaire 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'absence de dogmatisme de l'analyse économique du droit. Contrairement à ce que prétendent certains de ses détracteurs, celle-ci ne mène pas nécessairement à un asservissement du droit à l'économie, ni à une défense inconditionnelle du marché dérèglementé. 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"[53].

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 simplement des outils intellectuels complémentaires pour rationaliser les enjeux et dépasser les biais corporatistes.

20. Tant au point de vue de l'histoire culturelle et de la théorie de la qualification juridique que sous l'angle de l'analyse économique, l'assimilation de la profession d'avocat à une activité économique comme une autre - singulièrement en ce qui concerne les aspects de la profession autres que la 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.

---

49. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/29/pdfs/ukpga_20070029_en.pdf. Voy, à ce sujet, C. CHASERAND et S. HARNAY, *loc. cit.,* p. 175-176.
50. O. FAVEREAU (dir.), *op. cit.*
51. C. CHASERANT et S. HARNAY, "Rationalité et (dé)réglementation de la profession d'avocat : une analyse de la concurrence sur le marché des services juridiques", *Revue Internationale de Droit Economique,* 2016, vol. 67, p. 171-183.
52. Il s'agit, pour ceux-ci, de construire et de défendre des causes et de faire avancer la jurisprudence en ce sens.
53. S. HARNAY et A. MARCIANO, *Richard A. Posner - L'analyse économique du droit,* Paris, Michalon, 2003, p. 115.

this jurisquare copy is licenced to UCL - Off campus