

L'ÉVOLUTION COMMUNE DES PROFESSIONS JURIDIQUES : CADRE ITALIEN ET RÉFLEXIONS COMPARATIVES

Aldo BERLINGUER

*Professeur ordinaire de droit comparé à la Faculté de droit
de l'Université de Cagliari*

I. CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

Les professions juridiques se trouvent aujourd'hui dans des eaux agitées. Des commentateurs décrivent une situation d'agitation, de *turmoil*¹. D'autres de désorientation, avant la transition, marquée et incertaine, de la culture du légalisme aux frontières mobiles de la postmodernité². D'autres encore mettent en évidence la *dérégulation*³ comme phénomène qui conduirait les avocats à une concurrence sauvage, un véritable *tournement*⁴ ; tous pour stigmatiser une situation de changement profond, de *crise*, une transition qui, dans tout le monde, pousse les

¹ R. ABEL, *Between the Market and the State : The Legal Profession in Turmoil, in the Modern Law Review*, n. 3, 1989.

² P. GROSSI, *L'identità del giurista, oggi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, 1089 et seq.

³ F.H. STEPHEN, C. BURNS, *Liberalization of Legal Services*, Institute of Law, Economy and Global Governance, School of Law, University of Manchester, 2007 ; V.C.H. WHELAM, *The Paradox of Professionalism. Global Law Practice Meets Business*, 2009, *Penn. State Int'l L. Rev* 2009, p. 465 et seq. ; L.S. TERRY, *The European Commission Project Regarding Competition in Professional Services*, in *Northwestern J. Comp. L. [amp] Economics*, 2009, 1, parle d'une véritable agression à la réglementation.

⁴ M. GALANTER, T.M. PALAY, *The Tournament of Lawyers*, Chicago 1991.

professions libérales à une dimension nouvelle, fondée sur l'entreprise et la production de masse de services professionnels⁵.

Il s'agit évidemment d'un discours important, qui implique et comprend la souveraineté de l'État, la protection des droits des particuliers, la construction d'un espace de sécurité, liberté et justice au niveau européen et d'autres questions fondamentales. C'est pour cela que l'Association Henri Capitant, toujours sensible aux changements juridiques et sociaux les plus importants, a dédié ses journées de 2011 à ce thème qui l'est tout autant.

Je voudrais, ici, fournir quelques données concernant la situation italienne laquelle, toutefois, ne peut pas être considérée séparément ou indifféremment de l'évolution du droit européen. Et elle ne peut non plus se considérer à l'abri des plus larges tendances mises en place par la globalisation économique.

C'est donc une lecture plus ample, mêlant la situation italienne avec d'autres expériences voisines, à pouvoir jeter quelque lumière sur le terrain accidenté des professions juridiques. D'une telle lecture émergent plusieurs différences, certes, mais aussi des aspects et tendances qui touchent les professions juridiques presque de manière indépendante du système juridique en question. Voyons ces tendances.

II. LA COMPLEXITÉ CROISSANTE DES SYSTÈMES JURIDIQUES

Récemment en Italie, un Ministre de la République a été interviewé dans la rue alors qu'il donnait feu aux dossiers contenant, selon lui, plus de 375 000 lois. L'exploit devait avoir un effet médiatique tout à fait remarquable visant à démontrer que le Gouvernement avait décidé de simplifier le cadre normatif italien. En fait, l'effet produit n'a pas été celui espéré. Le Ministre a en fait violé tout une série de normes sur l'ordre public et le respect de l'environnement. En outre, l'abrogation massive des règles n'a pas eu, non plus, un effet positif. Elle a causé l'abrogation inattendue d'importantes entités publiques, tandis que le même Ministre, quelques jours plus tard, a dû demander au gouvernement l'émanation d'un décret-loi « sauve loi » pour réintroduire les lois erronément abrogées.

Ceci est donc un exemple, si vous voulez trivial, d'un fait beaucoup plus complexe. La complexité des systèmes juridiques est donc un phénomène très difficile à réduire ; une fois qu'il s'est produit, il devient presque inéluctable, irréversible, immanent.

⁵ Une analyse persuasive est soignée par G. ALPA, *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Bologna 2005, *passim*, dont voir aussi la recension de A. BERLINGUER, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.* 2006, 3, 981ss. Voir aussi A. BERLINGUER, *Professione forense, impresa e concorrenza. Tendenze e itinerari nella circolazione di un modello*, Milan 2003, 310 et seq. Dans la littérature non spécialiste, les « legal thriller » de J. GRISHAM méritent d'être mentionnés en ce qu'ils décrivent la perception commune des services juridiques comme de plus en plus caractérisés par une baisse de qualité et des coûts incontrôlés. Particulièrement impressionnant est le dernier livre, *The Litigators. Street Lawyers, Street Rules*, London 2011, dont le titre est emblématique d'une profession en net recul.

En France aussi, les textes prolifèrent. Le rapport Darrois indique qu'en 1958, 80 lois nouvelles ont été votées, 102 en 1982, entre 110 et 120 dans les années 1990, il existe environ 90 000 décrets, de 10 à 15 000 circulaires, 21 000 règlements étaient applicables dans la CEE à la fin des années 1990, les textes sont de plus en plus longs, il a été ainsi calculé qu'en 1950, une loi se déclinait sur 93 lignes mais sur 220 en 1991. Pour résumer, le recueil des lois publié par l'Assemblée Nationale comprenait 411 pages en 1960 et 19 248 en 1995⁶.

Les conséquences de ce phénomène sont bien visibles : partout, aujourd'hui, il y a une crise des sources du droit. Celles-ci ne reposent plus sur la seule confiance faite à la loi puisqu'elle n'est plus aussi claire, stable, générale que dans le passé. Elle a perdu de son autorité en s'inclinant devant des sources supérieures et en s'effaçant devant des normes inférieures. Même les buts poursuivis par la loi ont changé ; aujourd'hui elle programme davantage qu'elle ne réglemente. Il s'ensuit que la durabilité de la loi est, à son tour, réduite car une fois qu'on a atteint les objectifs, la loi perd de son efficacité, et sa raison d'être⁷. De plus en plus technique et changeante, elle est donc de plus en plus ignorée⁸.

À son tour, ce phénomène rend le travail du juriste d'autant plus complexe et technique. Ceci vaut pour l'avocat mais il en va de même pour le notaire et le juge. La construction jurisprudentielle est de plus en plus chaotique, hésitante, imprévisible. Pourtant, l'instabilité législative, comme l'émergence de questions non résolues par la loi, contribue à amplifier le rôle du juge qui ne se limite plus à être la simple « bouche de la loi » mais s'étend à la création de normes pour compléter la loi ou la remplacer en son absence.

Ce n'est pas le moment, ici, d'évoquer la polémique sur les mérites comparés des pays de *Civil Law* et de *Common law*. Cette polémique a été déclenchée par le célèbre rapport de la Banque Mondiale intitulé *Doing Business*⁹. Dans ce rapport, les postulats suivants ont été avancés : « un système unique convient à tous », « la loi écrite nuit à l'évolution économique », « les pays pauvres sont ceux qui légifèrent le plus », « un système d'origine jurisprudentielle se prête mieux aux évolutions sociales qu'un système de droit écrit /positif ». Comme on le voit, ce sont des déclarations discutables à plusieurs points de vue. Pourtant, elles témoignent d'un malaise généralisé des systèmes codifiés par rapport à ceux où le juge joue un rôle crucial dans la modernisation du droit. Et il n'est donc pas décisif que les systèmes codifiés, avec tous leurs corollaires, soient toujours considérés comme un modèle par d'autres nombreux systèmes, inclus les pays

⁶ Voir J.M. DARROIS, *Rapport sur les professions du droit*, 2009, 5 ; B. MATHIEU, *La loi*, Dalloz, Paris, 1996, passim ; Colloques de l'Institut de France sous la présidence de J. FOYER, *Les abus du juridisme*, Palais de l'Institut, Paris 1997.

⁷ Voir U. MATTEI, *Il diritto giurisprudenziale codificato ed il progetto imperiale. Qualche spunto in Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico* (U. VINCENTI, éd.), Turin, 2005, 95 et ss.

⁸ Parmi d'autres, voir P. COSTA, D. ZOLO (éds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2003, 59 ss. Voir aussi U. VINCENTI (éd.), *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, cité, passim.

⁹ Les droits de tradition civilistes en question. A propos des rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale. Association Henri Capitant, Volume 1.

émergents tels que la Chine, laquelle, de tradition centralisatrice, pour assurer la sécurité des transactions immobilières a adopté un régime notarial très inspiré de l'exemple français.

La complexité croissante des systèmes juridiques est en fait un phénomène beaucoup plus répandu qui produit des conséquences importantes pour les professions juridiques. Entre autres :

1) Il augmente la distance entre la dimension économique et sociale des conflits et la dimension juridique que le conflit assume au moment où il est passé aux mains des avocats, huissiers de justice, juges etc.

2) Il augmente les asymétries d'information entre les professionnels du droit et les consommateurs de services juridiques, en contribuant aussi à rendre les services légaux « *credence goods* » : notamment le client ne sait pas ce qu'il achète (*adverse selection*) et ne sait pas contrôler l'épanouissement des tâches de l'avocat (*moral hazard*).

3) Il augmente le temps de la justice, la durée des procès et le risque d'échec pour la partie qui a raison. *Combien de fois, partout, le procès conduit à des décisions d'ordre purement procédural mettant de côté le fond de l'affaire ?*

4) Il augmente, donc, la probabilité des fautes professionnelles et expose le client, mais aussi le professionnel, à des conséquences préjudiciables.

Aussi l'organisation de la profession d'avocat est devenue tellement complexe que même un juriste trouve difficile de s'orienter. Mais complexité ne signifie pas modernité. Au contraire, la complexité croissante provient de l'absence de modernisation et de la tendance obstinée à répondre aux besoins actuels avec des mesures *ad hoc*. Cela conduit à un système juridique pléthorique, stratifié et inefficace qui est tout moins que moderne.

En France, par exemple, la profession d'avocat est aujourd'hui encore régie par la loi du 31 décembre 1971, profondément remaniée par la loi du 31 décembre 1990, plusieurs fois modifiée depuis, et par trois décrets des 27 novembre 1991, 20 juillet 1992 et 25 mars 1993, ainsi que par une décision du Conseil national des barreaux à caractère normatif n° 2005/003 portant adoption du règlement intérieur national¹⁰.

En Italie, la loi sur les avocats est encore celle du Décret royal du 1933 n. 1518, mais ont depuis pris place des centaines de règles, règlements et d'autres sources de rang secondaire. Le cadre réglementaire est donc obsolète et on a essayé de le moderniser avec plusieurs modifications et ajouts qui le rendent, au contraire, encore plus confus et fragmenté¹¹.

¹⁰ Le règlement intérieur national (RIN) a été modifié, au fil des années. Récemment, la décision n. 2009-001 du 24.04.09 (*JORF* 12.05.09, p. 7875) a introduit l'article 6.2.1 concernant la discipline de l'avocat-fiduciaire. V. C. DELLANGNOL, *Les règles déontologiques et professionnelles*, in *Profession avocat* le magazine, 2009, n. 11, 21-24 ; S. TANDEAU DE MARSAC, *L'avocat et la fiducie*, in *Gaz. Pal.*, 6.08.2009, 4-8 ; R. DAMMANN e A. ALBERTINI, *L'avocat face à la fiducie* in *La semaine juridique - édition générale*, suppl. al n. 41, 10.10.2011, p. 15 et ss ; P. BERGER, *La responsabilité de l'avocat fiduciaire*, in *La fiducie dans tout ses états* (Journées nationales tome XV, association Henri Capitant), 2011, 39 et ss. ; D. PAPPADA, *L'avvocato - fiduciario in Trusts e attività fiduciarie*, 2012, n. 2, 135-138.

¹¹ Il y a quelques années, j'ai essayé de rassembler toutes les règles, de divers rangs, concernant la profession d'avocat en Italie, avec des références au droit communautaire. Il en est résulté un volume d'environ 1200 pages. V. A. BERLINGUER, *Casi e materiali sulla professione forense*, Giuffrè, Milano 2008, sans aucune présomption d'avoir contribué à clarifier le cadre des règles.

III. L'ÉTAT NATIONAL ET LA SEGMENTATION DES CONNAISSANCES TECHNIQUES

Sûr de pouvoir gouverner l'économie, la monnaie, la sécurité, la justice, l'État, pendant tout le siècle dernier, a aussi cru pouvoir gouverner le savoir et segmenter, parmi les diverses professions, les connaissances techniques. Le droit a été perçu lui-même comme une science purement nationale et cela a permis par la suite, de segmenter la connaissance du droit et de répartir les compétences entre les différents professionnels. De là, la création des parcours formatifs, qui aboutissent à des systèmes d'habilitation professionnelle accompagnés d'examens, pour ainsi dire, d'État, et des domaines d'activités réservées¹².

Au fond de ce système : la souveraineté de l'État, qui permettait de gérer une complexe structure d'intérêts et de créer autant d'ordres professionnels qu'il en semblait utile. Cela se passait à travers une cession partielle de souveraineté à condition que les ordres professionnels assurent un strict contrôle sur l'accès et sur l'exercice des professions, de manière à garantir la dignité de la profession et la protection des utilisateurs¹³. C'est pour cela qu'en Italie on a toujours qualifié les ordres professionnels comme des systèmes juridiques indépendants, avec des autorités propres et des sources de droit propres¹⁴.

L'État national avait donc choisi de déléguer la gestion des corps professionnels à des entités particulières. Mais l'institution d'un nombre – toujours croissant – de professions réglementées n'a pas été accompagnée de l'attribution de zones de réserve légale d'ampleur correspondante. Il s'est donc produit un décalage entre la notion de profession protégée et celle d'activité réservée. Décalage bien visible aussi dans le domaine des professions juridiques.

En Italie, par exemple, la profession d'avocat s'occupe en théorie de plusieurs activités, y compris la défense des droits subjectifs et des intérêts légitimes des justiciables devant le système judiciaire et aussi l'activité de postulation et consultation dans les domaines les plus divers, la matière civile incluse, commerciale, pénale, administrative, du travail etc. Les notaires sont par contre officiers publics destinés à recevoir les actes entre vifs et de dernière volonté, leur attribuer la foi publique, les conserver dans des registres et en faire copies, certificats et extraits.

En pratique, par contre, chaque profession jouit d'un monopole beaucoup plus limité : les avocats sur l'activité de représentation des clients devant le juge

¹² R. DAVID, C. J. SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, dernière édition, 2002.

¹³ C'est la théorie dite fonctionnaliste, selon laquelle l'indépendance et l'établissement du monopole sur l'exercice de la profession serait échangé avec l'engagement de l'ordre professionnel afin de protéger les intérêts des clients individuels et de la société au sens large. Parmi d'autres v. DAMENO, *A chi servono gli ordini professionali ?*, in *Soc. dir.* 2000, 171 ss ; OLGIATI, *Saggi sull'avvocatura. L'avvocato italiano tra diritto, potere e società*, Milano 1990 ; COSI, *Professionalità e personalità. Riflessi sul ruolo dell'avvocato nella società contemporanea*, in *Soc. dir.*, 1985, 3 ; BARBER, *Alcuni problemi di sociologia delle professioni*, in W. TOUSLIN (éd.), *Sociologia delle professioni*, II Bologne 1979 ; LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milan 1974.

¹⁴ La notion d'ordre comme système juridique est à l'origine due à SATTÀ, *Avvocato (ordinamento)*, in *Enc. Dir.* Milan 1959, vol. IV, 655.

étatique et sur l'activité d'assistance du client liée à l'activité processuelle et les notaires sur l'activité d'attribution de foi publique aux actes privés.

Mais les attributions de compétences ne sont pas immuables. Elles peuvent changer en fonction des choix politiques. Par exemple, aux notaires ont été récemment attribué d'autres tâches en matière de vente aux enchères d'immeubles objets de procédures exécutoires. Selon une proposition récente (qui heureusement n'a pas été adoptée), aussi les litiges entre époux sur le divorce et la séparation devraient être attribués aux notaires. En revanche, la constitution des sociétés à capital réduit pour les jeunes a été soustraite au contrôle des notaires.

D'un autre côté, l'activité de représentation des clients devant les arbitres ou la juridiction fiscale n'est pas réservée aux avocats. Aussi la consultation n'est pas une activité réservée et même des non professionnels peuvent la pratiquer. Emblématique, enfin, est la possibilité d'authentifier la signature des parties à un acte sous seing privé, qui est réservée aux notaires, alors que l'avocat peut authentifier la signature des parties dans les seuls actes processuels.

Récemment, en Italie, la loi sur la médiation civile et commerciale (Décret législatif 28/2010) a accordé le pouvoir d'authentifier la signature des parties dans l'accord amiable à un médiateur : une personne titulaire au mieux d'un baccalauréat dans une matière quelconque : biologie, agronomie, lettres... ou autre. L'avocat, par contre, n'a pas ce pouvoir. Donc, comme on le voit très bien, on note un véritable conflit plutôt qu'un décalage, entre la notion de profession protégée et celle d'activité réservée. Mais il ne s'agit pas d'un cas isolé.

Ainsi, en France, le juge est au service de la loi, l'avoué et l'huissier sont des officiers ministériels, l'avocat représente les parties, l'avocat au Conseil, le notaire et le commissaire priseur sont des officiers publics. Ici, le nombre de professions juridiques a été réduit. Les lois de 1971, 1990, 2011¹⁵, ont créé une nouvelle profession, dont les membres portent le titre d'avocat, qui regroupe les anciens agréés, les anciens avocats, les anciens avoués de grande instance et (depuis le 1^{er} janvier 2012) d'appel, les anciens conseillers juridiques (depuis le 1^{er} janvier 1992). Toutefois, une fort grande hétérogénéité reste, avec une multitude de professions : avocats, notaires, avocats aux magistratures supérieures (Conseil d'État, Cour de cassation), greffiers des tribunaux de commerce, administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires, commissaires-priseurs judiciaires, huissiers de justice ; sans compter des cas tout à fait particuliers, comme les avocats d'appel de la région Alsace Moselle qui, malgré la récente réforme, ont survécu au rapport Attali. Donc, qu'on l'admette ou non, il y a même en France trop de professions juridiques et un trop grand décalage entre le nombre de professions réglementées et le nombre et l'ampleur des zones réservées. Le cas de la consultation est exhaustif : la loi réserve

¹⁵ Cette dernière est la loi n° 2011-94 du 25 janv. 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel.

l'exercice à titre principal de la consultation et la rédaction d'actes en matière juridique aux professions juridiques réglementées et le permet, à titre accessoire, à certaines autres professions sous des conditions de compétence, de moralité et d'assurance.

Ainsi, la tendance en France, est dans le sens de l'ouverture de la consultation aux divers fournisseurs de services tant qu'ils possèdent une préparation adéquate. D'ailleurs, l'idée de créer un monopole de la consultation et de la rédaction d'actes au profit des avocats et des conseils juridiques envisagée lors de la réforme de 1971 avait été abandonnée en raison du caractère multiforme et difficilement saisissable de l'activité de conseil juridique mais également de la multiplicité des professions exerçant cette activité.

On a donc essayé de renforcer les conditions d'exercice accessoire du droit, de mieux contrôler les organismes professionnels de qualification et de réaffirmer les limites de la pratique accessoire du droit. Mais, évidemment, tout cela se heurte à la difficulté d'encadrer la notion de consultation juridique à laquelle s'ajoute la notion d'activité accessoire, qui n'a fait l'objet d'aucune définition précise par le législateur et a en conséquence donné lieu à de nombreux conflits, les plus emblématiques ayant concerné la profession d'expert-comptable.

C'est pour cela que la Commission Darrois (p. 66) a tenté de s'orienter vers une appréciation plus stricte de l'accessoire en tenant compte de critères temporels (temps global consacré à la pratique du conseil), du volume d'activité (nombre de dossiers) ou encore de la part du chiffre d'affaires réalisé en la matière. Elle excluait, par exemple, du champ de l'accessoire la rédaction d'actes sans qu'un membre d'une profession réglementée ne soit intervenu, sauf dans certaines matières prédéfinies (contrats de travail, etc.). Cet effort, jusqu'à maintenant, n'a pas encore donné de résultat concret.

Malgré les différences culturelles, la situation n'est pas très différente en Angleterre, où les activités réservées sont peu nombreuses, notamment : les transferts immobiliers, *probate*, la représentation devant le juge, certains actes réservés aux notaires. Mais ces activités ne sont pas réservées seulement aux avocats. Aussi les *licensed conveyancers*, experts comptables, *will writers*, *claim managers* et *assessors*, consultants financiers, *legal executives*, agents de propriété industrielle, banques et assurances peuvent les exercer. Et les précédentes catégories professionnelles ne sont pas toutes soumises aux mêmes devoirs déontologiques, comme les experts et avocats en regard du *legal privilege*.

La complexité du système augmente dans la dimension européenne, étant donné que plus de trente trois figures professionnelles jouent le rôle d'avocats en Europe. Aussi les sources du droit qui réglementent le domaine des services professionnels se multiplient : ce qu'on appelle un véritable *regulatory maze*, d'autant plus que les professionnels, dans le marché unique, sont soumis à la double déontologie.

Quelle peut être la réponse à ce problème ? Est ce que l'État national, dans un contexte de mondialisation économique et d'érosion de la souveraineté en

*faveur de l'Union européenne, a renoncé à la prérogative d'instituer des nouvelles professions réglementées ?*¹⁶ On ne dirait pas.

Au moins en Italie, la tendance est de signe opposé. Dans ces dernières années, 22 nouveaux tableaux pour les professions sanitaires ont été établis. D'autres tentatives ont été bloquées au parlement en septembre 2011 mais de nouveaux métiers et de nouvelles professions réglementées continuent de naître sans relâche. La même loi n. 28 de 2010 qui institue la médiation civile et commerciale a créé quatre ou cinq nouvelles professions réglementées : les organismes de médiation, qui administrent la procédure, le médiateur, qui cherche à trouver un accord, les formateurs des médiateurs au niveau théorique, et les formateurs des médiateurs au niveau pratique ; au moins quatre nouveaux métiers qui ne trouvent pas de correspondants dans les autres pays européens.

Enfin, il suffit de se rappeler qu'en ce moment, en Italie, on compte une quinzaine de projets de loi, à la Chambre des Députés, qui instituent, ou cherchent à instituer, les professions réglementées suivantes : réceptionniste téléphonique, dégustateurs de pizza, médiateur culturel, consultant philosophique, rééducateur équestre, et encore Imam, pour ceux qui ont obtenu un bac en sciences orientales.

Encore deux mots sur les spécialisations. En effet, la fragmentation paradoxale des connaissances techniques dans les professions réglementées ne s'est cependant pas traduite en une tendance à la spécialisation. Et cela ne s'est pas produit non plus dans les professions juridiques.

Tout au contraire, la profession d'avocat, en Italie, est encore aujourd'hui caractérisée par une vision généraliste du travail et par une multitude de bureaux mono professionnels. Particulièrement dans les petites villes, il n'y a pas assez de travail pour se spécialiser et le code déontologique des avocats¹⁷, ne permet aujourd'hui d'indiquer que : les titres académiques, les qualifications spécialisées acquises des universités, les principaux domaines d'activités¹⁸.

Malheureusement, la tentative d'introduire des secteurs réels d'expertise, réalisée par le Conseil national des Barreaux (CNF), a échoué sur les bancs de la juridiction administrative¹⁹. Et le projet de réforme de la loi, qui a réitéré le besoin urgent d'une sélection interne à la profession d'avocat, par domaines de spécialisation, n'a été approuvé que par le Sénat, avec peu de chance d'être approuvé avant la fin de la législature²⁰.

¹⁶ Sur la crise de l'État, la bibliographie, en Italie, est abondante. Parmi d'autres, voir CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002 ; Id, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, 87.

¹⁷ Le code a été introduit par le Conseil National des Barreaux le 17.04.1997.

¹⁸ V. article 17 *bis* code de déontologie des avocats.

¹⁹ Le Tribunal administratif du Latium, dans son arrêt numéro 5151 du 9 Juin 2011, a jugé que : « ... le CNF, avec ses fonctions administratives limitées, est entièrement dépourvu d'une autorité légale pour la matière en question, compte tenu de la réforme du Titre V de la Constitution de la législation concurrente et il est pour la loi de l'État, dans la détermination des principes fondamentaux, l'identification des professions réglementées, ce qui entraîne l'annulation de l'acte attaqué ».

²⁰ V. projet de loi n. 3900 transmis par le Sénat à la Chambre des députés le 24.11.2010 ; le 26.01.2011 le projet a été porté en commission de Justice.

IV. PROFESSIONS JURIDIQUES, MARCHÉ ET CONCURRENCE : L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE

Dans une récente interview, le président de la République Française a fait valoir que l'Union européenne n'implique pas un transfert de souveraineté par les États membres. Il s'agirait plutôt d'un cadre institutionnel créé par la volonté des États participants, dans lequel la souveraineté cesse d'être exercée séparément pour être exercée en commun.

S'il s'agit d'un exercice en commun de la souveraineté, c'est un exercice assez particulier puisque, durant les trente dernières années, les institutions européennes sont intervenues sur la question des professions intellectuelles sur la base de deux axes : le droit de la concurrence et la libre prestation de services, avec une approche plus ciblée sur la nécessité de déréglementer la matière plutôt que sur la volonté d'exercer, conjointement, la souveraineté de l'État. Le fait n'est toutefois pas surprenant, puisque, au-delà des intentions, les institutions européennes ne sont pas équipées d'instruments juridiques pertinents pour régler la question, qui en effet, jusqu'à présent, a demandé le consentement unanime des États membres²¹ et ceux-ci – au lieu de le donner – ont persisté dans l'exercice de leur souveraineté de manière individuelle. Le résultat est une tendance à l'harmonisation des règles qui régissent le domaine des professions intellectuelles passant par leur élimination progressive ; ce qui favorise les systèmes juridiques qui comptent – dans cette matière – le plus petit nombre possible de règles.

Ces derniers, en prévoyant des parcours moins lourds pour l'exercice des activités professionnelles, sont gagnants car leurs professionnels, face à la possibilité de se déplacer au sein d'un marché unique sans barrières, sont avantagés par rapport à ceux qui sont formés dans les États où existe une réglementation plus importante. Cela vaut par rapport aux temps et aux coûts des chemins de certification, aux moyens d'exercer la pratique commune, aux honoraires professionnels, etc.

On va donc dans la direction d'une déréglementation, plutôt que d'une meilleure réglementation, vu qu'« Il existe une potentielle tension entre, d'un côté, la nécessité de réguler ce domaine et de l'autre le respect de la concurrence prévue

²¹ Rappelons que, jusqu'au Traité de Lisbonne, l'article 47 para 2 du Traité instituant la Communauté européenne, prévoyait que : « Aux mêmes fins, le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, arrête des directives visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant l'accès aux activités non salariées et à l'exercice de celles-ci. Le Conseil statue à l'unanimité tout au long de la procédure visée à l'article 251 sur les directives dont l'exécution dans un État membre au moins comporte une modification des principes législatifs existants du régime des professions en ce qui concerne la formation et les conditions d'accès des personnes physiques. Dans les autres cas, le Conseil statue à la majorité qualifiée ». Aujourd'hui, l'article 53 du TFUE, qui a remplacé l'article 47, prévoit que : « Afin de faciliter l'accès aux activités non salariées et leur exercice, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent des directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres, ainsi qu'à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant l'accès aux activités non salariées et à l'exercice de celles-ci ».

dans le Traité »²². Ceci est devenu évident au moment même où la Commission européenne a demandé à l'Institut d'études avancées de Vienne (IHS), de mener une étude préliminaire sur la matière²³. La dernière a trouvé des niveaux très différents de réglementation entre les États membres, on attribue la plus grande quantité de règles à l'Italie, l'Allemagne, l'Autriche, la Grèce et au Luxembourg, tandis que les pays anglo-saxons et scandinaves seraient moins réglementés. Voilà, donc, pourquoi les institutions communautaires ont donné lieu à une longue, complexe évolution législative et jurisprudentielle visant essentiellement à appliquer les règles de la concurrence et du marché intérieur dans le but de briser, autant que possible, les obstacles réglementaires considérés comme superflus par rapport aux seuils de réglementation adoptés par les pays « vertueux ».

Une très longue évolution a donc commencé à partir du cas *Höfner et Elser*, portant sur un abus de position dominante de la part d'un bureau public en Allemagne, et continué avec les célèbres décisions *Spedizionieri* doganali italiens²⁴ ; *Poucet et Pistre*²⁵, *Corsica Ferries*²⁶, *Sociétés d'assurances françaises*²⁷ ; agents de propriété intellectuelles espagnoles²⁸ ; *IMA*²⁹ ; *Pavlov*³⁰. Encore plus récents sont les arrêts *Arduino*³¹, *Conte*³², *Wouters*³³, *Mauri*³⁴, *Cipolla*, *Macrino e Capodarte*³⁵ et dernièrement *Hospital Consulting*³⁶ ; toutes ces décisions ont contribué à affirmer une notion jurisprudentielle des professions juridiques, centrée sur la concurrence et la libre circulation des professionnels.

Au centre de cette évolution : un nouveau concept d'entreprise, qui englobe « toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement »³⁷. Une fois établi le caractère économique de l'activité professionnelle, l'ensemble de la profession juridique est aspiré dans la sphère de l'entreprise et des règles du marché.

²² Communication de la Commission européenne, 9.2.2004, cité point 4.

²³ I. PATERSON, M. FINK, A. OGUS, *Economic Impact of Regulation in the Field of Liberal Professions in Different Member States*, Vienna 2003 in.

²⁴ In Racc. 1998, I-3851.

²⁵ In Racc., 1993, I-637, paragraphes 38-40, et en *Foro it.*, 1994, IV, 113ss, avec note de SCUDIERO, *La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*.

²⁶ In Racc., 1994, I-7119.

²⁷ Ivi, 1995, I-4013.

²⁸ La décision de la Commission européenne n. 95/188 du 30 janv. 1995, est publiée en GUCE, L 122, 2 juin 1995, et en *Dir. ind.*, 1996, n. 2, 131.

²⁹ Décision de la Commission européenne du 7 avr. 1999, 1999/267/CE, en GUCE L 106, pag. 14. La décision a été partiellement réformée par le Tribunal de 1^{re} instance dans la cause T-144/99, *Istituto dei mandatari abilitati presso l'Ufficio europeo dei brevetti/Commissione*, en Racc. pag. II-0000.

³⁰ C. giust. 12 sept. 2000, affaires jointes de C-180/98 a C-184/98, point 163, en Racc. 2000, p. I-6451.

³¹ C. giust. 19 févr. 2002, affaire C-35/99, *Procedimento penale c. Manuele Arduino*.

³² C. giust. 29 nov. 2001, affaire C-221/99, *Giuseppe Conte c. Stefania Rossi*.

³³ C. giust. 19 févr. 2002, affaire C-309/99, *Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*.

³⁴ C. giust. ord. 17 févr. 2005, affaire C-250/03, *Mauri c. Ministero italiano della giustizia*, in GUCE 14.5.2005, C 115/17.

³⁵ Cour de Justice. (Grand sec.) 5 déc. 2006 dans les affaires jointes C 202/04 et C 94/04, *Federico Cipolla contre Rosaria Portolese épouse Fazari, et Stefano Macrino, Claudia Capodarte contre Roberto Meloni*.

³⁶ C. giust. 5 maggio 2008, *Hospital Consulting Srl et al c. Esaote SpA*, C-386/07.

³⁷ C. giust., 23 avr. 1991, affaire C-41/90, *Höfner ed Elser c. Macroton*.

C'est cela qui a été progressivement affirmé dans la jurisprudence communautaire des dix dernières années. Aujourd'hui, l'acquis communautaire, sur ce sujet, est assez complet et peut être synthétisé comme suit :

1. les avocats, ainsi que toutes les autres professions qui exercent une activité économique, agissent comme entreprises au sens des articles 81 et 82 TCE (actuellement articles 101 et 102 TFUE)³⁸ ;

2. leurs organes représentatifs agissent comme associations d'entreprises, au sens de l'article 81 TUE.

3. les ententes et les pratiques concertées parmi professionnels et les décisions d'associations d'entreprises qui ont pour objet ou pour effet une restriction sensible de la concurrence dans le marché commun qui pourrait compromettre le commerce parmi les États membres, constituent une violation de l'article 81.1 TUE.

4. lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention d'intérêt économique, il y a violation des articles 10³⁹, 81 et 82 du Traité UE⁴⁰.

V. MARCHÉ COMMUN ET LIBRE CIRCULATION DES PROFESSIONNELS

Des considérations similaires s'appliquent aux règles sur la circulation des professionnels, également utilisées par les institutions communautaires comme un outil pour la création d'un marché unique pour les services professionnels. En fait, depuis les années 70, les jalons de la circulation des professionnels en Europe sont au nombre de deux : le droit d'établissement et la libre prestation de services (articles 43 TCE, 49 TCE, devenus 49 et 56 TFUE). Cela, en vertu de l'article 50 du TCE (devenu 57 TFUE), qui adopte une notion très ample de service

³⁸ « ... les avocats offrent, de paiement, les services consistant en la rédaction des opinions juridiques, des contrats ou autres documents et la représentation en justice. Par ailleurs, ils assument les risques financiers liés à l'exercice de ces activités, puisque, dans le cas d'un déséquilibre entre dépenses et recettes, l'avocat est tenu de supporter le fardeau des déficits. La complexité et la nature technique des services qu'ils fournissent et le fait que l'exercice de leur profession soit réglementée ne modifie pas cette conclusion. » *Wouters, cit.*, para 48 et 49.

³⁹ Cette règle a été abrogée et remplacée, en substance, par l'article 3 bis, paragraphe 3, Traité UE (renuméroté 4).

⁴⁰ Le principe évoque la jurisprudence américaine de *State action*, qui remonte à la fameuse *affaire Parker c. Brown*, 317 US 341 (1943) et, avant cela, à une autre décision moins bien connue : *Olsen v. Smith*, 195 US 332, rendue par la Cour suprême en 1904, dans laquelle la Cour elle-même a déclaré que « a monopoly established through a State statute is something different from a monopolization forbidden by the Sherman Act, for to hold otherwise would imply denying the state the power to regulate ». Sur le *legal transplant* de cette jurisprudence dans le contexte européen, voir, entre autres, A. BERLINGUER, *Professione forense, impresa e concorrenza. Tendenze e itinerari nella circolazione di un modello*, Milan 2003, 310ss.

comprenant les activités tant commerciales qu'industrielles, artisanales et professionnelles.

Ainsi, de nombreux actes communautaires ont encouragé la libre prestation des activités juridiques⁴¹, la reconnaissance des qualifications professionnelles⁴², le droit d'établissement⁴³. Pareillement, une jurisprudence abondante, à partir des décisions-clés dans les cas *Reyners*⁴⁴ et *Van Bisbergen*⁴⁵, s'est exprimée dans le sens de l'applicabilité directe des règles du TCE sur la liberté d'établissement et la libre prestation de services au sein des États membres, même en ce qui concerne la pratique du droit.

La Cour de justice a en effet voulu exclure la profession juridique des exceptions prévues par l'article 45 du TCE (Maintenant art 51 TFUE), parce que : « les activités impliquant l'exercice de l'autorité publique (sous la même règle) n'appartiennent pas à soit des conseils juridiques et une assistance, ou de la représentation et la défense des parties en justice, même si l'exercice de ces activités constitue une obligation ou une exclusive établies par la loi ».

L'orientation a ensuite été largement confirmée par tous les cas ultérieurs, parmi lesquelles *Kloop*⁴⁶ et *Thieffry*⁴⁷, portant sur le droit d'établissement, *Gullung*⁴⁸, sur la liberté de prestation de services professionnels d'un avocat, *Ghebard*⁴⁹, sur la ligne de démarcation entre les deux concepts visés et, plus récemment, *Wouters*⁵⁰, *Cipolla*, *Macrino e Capodarte*⁵¹ et *Koller*⁵².

À ce jour, bon nombre de problématiques relatives à la libre circulation des professionnels au sein de l'UE ont été supprimées par la jurisprudence, y compris les questions liées aux domaines de réserve légale, les modalités d'exercice des professions autorisées dans les différents États membres⁵³ et la possibilité que

⁴¹ Notamment la Directive du Conseil 77/249/CEE du 22 mars 1977 vise à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats.

⁴² Notamment les Directives 88/48/CE, du 21 déc., 1988, et 92/51/CEE, du 18 juin, 1992. Enfin, ces directives ont été retirées en faveur de la directive 2005/36/CE du Parlement et du Conseil du 7 sept. 2005, qui a achevé une œuvre vaste de simplification, en concentrant dans un seul texte l'ensemble de l'acquis communautaire sur ce point.

⁴³ Dir. 98/5/CE.

⁴⁴ Du 21 juin 1974, affaire C-74/2.

⁴⁵ Du 3 déc., 1974, affaire C-33/74.

⁴⁶ Du 12 juil. 1984, affaire C-107/83.

⁴⁷ Du 28 avr. 1997, affaire C-71/76.

⁴⁸ De 19 janv. 1988, affaire C-292/86.

⁴⁹ Du 30 nov. 1995, affaire C-55/94.

⁵⁰ Du 19 févr. 2002, affaire C-309/99.

⁵¹ Cité.

⁵² Du 22 déc. 2010, affaire C-118/09.

⁵³ « L'article 59 n'empêche pas la législation nationale qui interdit à une entreprise établie dans un autre État membre de récupérer dans la cour des réclamations de tiers en raison d'une telle activité, exercée à titre professionnel, est réservée à la profession d'avocat. En fait, cette interdiction ne discrimine pas, elle est destinée à protéger les bénéficiaires des services contre lesquels ils pourraient subir des dommages à l'usage des personnes sans les qualifications professionnelles ou morales nécessaires et de veiller à la bonne administration de la justice et ne peut pas être considérée comme disproportionnée, même si elle se trouve dans d'autres États membres, car il relève de la compétence d'un État membre de décider de ce que devrait être l'extension du travail réservé aux avocats ». C. giust 12 déc. 1996, C-35/95, *Reisebüro Broede /Gerd Sandker*, in *Racc.* 199, I-6511. Voir aussi, parmi d'autres, le cas *Syndesmos ton en Elladi Touristikou kai Taxidiotikon Grafeion/Ypourgos Ergasias*, C-398/95, C. giust, 5 juin 1997, in *Req.* 1997, I-3091.

le taux obligatoire, dans le minimum ou dans le maximum⁵⁴, puisse représenter un obstacle à la libre circulation des avocats européens⁵⁵.

Même les notaires ont été touchés par l'application des règles relatives à la circulation des professionnels, la Cour ayant statué que : « L'activité d'authentification confiée aux notaires ne comporte pas, en tant que telle, une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45, premier alinéa, CE »⁵⁶.

La consultation et l'assistance juridiques assurées par le notaire lors de l'authentification desdits actes ou conventions n'est pas une participation à l'exercice de l'autorité publique, même lorsqu'il existe une obligation légale pour le notaire d'assurer une telle consultation ou assistance⁵⁷.

« La force exécutoire de l'acte authentique n'implique cependant pas, dans le chef du notaire, des pouvoirs comportant une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. En effet, si l'apposition par le notaire de la formule exécutoire sur l'acte authentique confère à ce dernier la force exécutoire, celle-ci repose sur la volonté des parties de passer un acte ou une convention, après vérification de leur conformité avec la loi par le notaire, et de leur conférer ladite force exécutoire »⁵⁸.

Enfin, le rôle du notaire en matière de collecte d'impôts n'est pas constitutif d'une participation à l'exercice de l'autorité publique, dès lors que les personnes privées sont souvent poussées à exercer ce type de responsabilités dans le domaine fiscal⁵⁹.

Bref, les notaires, en dépit du fait qu'ils poursuivent un objectif d'intérêt général, ne participent pas directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45, premier alinéa, CE⁶⁰. En effet, il est constant que les activités exercées dans le cadre de diverses professions réglementées impliquent fréquemment, dans les ordres juridiques nationaux, l'obligation pour les personnes qui les exercent de poursuivre un tel objectif, sans que ces activités relèvent pour autant de l'exercice de cette autorité.

Ceci dit, il en découle que la condition de nationalité requise par la réglementation française pour l'accès à la profession de notaire constitue une discrimination interdite par l'article 43 CE. La France devra donc démissionner,

⁵⁴ Voir l'arrêt Commission européenne c. République italienne, du 29 mars 2011, dans l'affaire C-565/08.

⁵⁵ Voir l'arrêt Cipolla, cité.

⁵⁶ Commission européenne c. République française, C-50/08, para 82.

⁵⁷ Id, para 89.

⁵⁸ Id, para 94.

⁵⁹ Id, para 43 et 96.

⁶⁰ La Commission européenne, à ce propos, mentionne la résolution du Parlement européen du 23 mars 2006 sur les professions juridiques et l'intérêt général relatif au fonctionnement des systèmes juridiques (JO C 292E, p. 105, mais soutient que celle-ci serait un acte purement politique, dont le contenu serait ambigu, puisque, d'une part, au point 17 de cette résolution, le Parlement européen aurait affirmé que l'article 45 CE doit s'appliquer à la profession de notaire, alors que, d'autre part, au point 2 de celle-ci, il aurait confirmé la position formulée dans sa résolution du 18 janv. 1994 sur la situation et l'organisation du notariat dans les douze États membres de la Communauté (JO C 44, p. 36, ci-après la « résolution de 1994 »), dans laquelle il exprimait son souhait que soit supprimée la condition de nationalité pour l'accès à la profession de notaire prévue dans la réglementation de plusieurs États membres.

comme d'autres systèmes, tels que l'Espagne, l'Italie et le Portugal, qui ont depuis longtemps abandonné l'exigence de la nationalité comme condition d'accès à la profession de notaire.

VI. LA VOIE ANGLO-AMÉRICAINE

Voilà, donc, l'harmonisation européenne des professions intellectuelles, y compris juridiques. Le choix est clair : ils ne cadrent pas avec l'organisation de l'État mais opèrent sur le marché, ce qui nécessite de briser toute forme de réglementation qui n'est pas inspirée par ce critère

Clair est aussi le modèle duquel l'UE s'est inspirée : il avait été élaboré aux États-Unis dans les années soixante-dix et a été copié, plus tard, au Royaume-Uni.

Aux États-Unis, la pierre angulaire du changement fut la célèbre *affaire Parker v. Brown*, ou la Cour suprême, pour la première fois, marqua les limites du *Sherman Act* sur le côté public, ainsi pour clarifier quelles étaient les limites de l'intervention étatique dans l'économie⁶¹.

Plus tard, les principes élaborés dans *Parker v. Brown*, ont été exportés au domaine des professions intellectuelles. En particulier, dans *l'affaire Golfarb c. Virginia State Bar*⁶², la Cour suprême fédérale a eu l'occasion de faire remarquer que la profession juridique – malgré ses spécificités – est une *commercial activity* qui tombe dans la portée du *Sherman Act*. Depuis cette décision, qui concernait les tarifs minimaux obligatoires des avocats, une nouvelle ère a commencé pour les professions libérales, vers la suppression progressive de toutes les contraintes réglementaires sur le marché. D'autres arrêts ont suivi en matière d'accès à la profession d'avocat⁶³, de publicité professionnelle⁶⁴, des activités réservées⁶⁵, des sociétés professionnelles⁶⁶, etc.

Une approche similaire a également été rapidement adoptée au Royaume-Uni, où on a aussi voulu considérer l'exercice du droit comme une activité ordinaire, comme un « *business* », et depuis la fin des années 1970 on conteste que les

⁶¹ 317 U.S. 341 (1943). La littérature, sur ce cas, est vaste. Pour une intéressante étude comparative sur ce point, utile pour le discours en question, voir MARENCO, *Government Action and Antitrust in the United States : What lessons for Community Law ?*, in *Legal Issues of European Integration*, Deventer, 1987, vol. 1, 3. Voir aussi T.D. MORAN, *The Impact of Antitrust Law on the Legal Profession*, in *Fordham L. Rev.* 415 (1998) ; BERLINGUER, *Servizi legali, regolamentazione e mercato negli Stati uniti : spunti per una riflessione*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2004, 453 ss.

⁶² *Golfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975). Dans cette affaire la Cour a affirmé que « *The language of 1 of the Sherman Act, of course, contains no exception. Language more comprehensive is difficult to conceive. And our cases have repeatedly established that there is a heavy presumption against implicit exemptions... Indeed, our cases have specifically included the sale of services within 1... Whatever else it may be, the examination of a land title is a service ; the exchange of such a service for money is « commerce »... in the most common usage of that word. It is no disparagement of the practice of law as a profession to acknowledge that it has this business aspect, and 1 of the Sherman Act... [o]n its face... shows a carefully studied attempt to bring within the Act every person engaged in business whose activities might restrain or monopolize commercial intercourse among the states... ».*

⁶³ *Hoover v. Ronwin*, 466 US 558 (1984).

⁶⁴ *John R. Bates et Van O'Steen v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977).

⁶⁵ *Surety Title Insurance Agency v. Virginia State Bar* (1977).

⁶⁶ *American Medical Association v. FTC*, 445 US 676 (1982).

prestations juridiques aient une quelconque spécificité. C'est pour cela que, à partir des années 80, la révolution « Thatcher » a conduit à la suppression du monopole de *conveyancing* pour les *solicitors* et à l'admission du « right of audience » pour eux même. En 1990, le *Courts and legal services act* aussi contribuait à cette évolution, avec l'aide du Lord *chancellor advisory Committee for education and Conduct* (ACLEC), qui a commencé à contrôler les limites imposées par les organes de la profession.

Dès 1994, avec la fameuse Conférence tenue par la *Law Society : Profession, business or trade : Do the professions have a future ?* Et l'analyse anticoncurrentielle faite par l'*Office of fair trading* en 2000, d'autres limites ont été supprimées et certains devoirs au contraire étendus, par exemple, le devoir de confidentialité aux experts comptables. Toutefois, la véritable révolution commence avec le *Legal Services Act* de 2007, qui a réformé le cadre normatif, créé de nouvelles obligations dans le domaine de la résolution des plaintes de la part des consommateurs et ouvert à de nouveaux moyens d'exercice de la pratique professionnelle.

Ainsi, le Legal Service Board (LSB) et la Solicitor Regulation Authority (SRA) ont été créés, avec comme but le contrôle sur la réglementation des catégories professionnelles ; pareillement l'*Office for Legal Complaints* (OLC), le Legal Service Ombudsman (LSO) et le Legal Service Complaint commissioners (LSCC) ont été créés, avec le pouvoir d'individualisation des objectifs et de soumettre à des amendes les organes professionnels.

Enfin, de nouveaux changements ont été introduits sur le côté des sociétés professionnelles : notamment les *legal disciplinary partnerships* (LDP) et les (ABS), sociétés de participation capables de détenir des actions dans les sociétés professionnelles ouvertes aux investisseurs de capital et capables de se rendre publiques. Le *Legal Services Act* de 2007 a donc contribué à déréguler même cette matière tout en permettant de créer des structures juridiques nouvelles autorisant le regroupement des praticiens de différentes disciplines et l'appel à des capitaux extérieurs.

C'est donc avec ce nouveau cadre réglementaire et opérationnel que les juristes anglais se sont lancés à la conquête de marchés extérieurs, aux États-Unis, et en Europe continentale grâce au principe de liberté d'établissement et de la Directive Services (2006/123/CE). Et l'ouverture au marché des services professionnels a été menée si loin qu'on enregistre le recours par certains cabinets, pour réduire leurs coûts, à la sous-traitance de leurs missions à des juristes des pays émergents reliés à eux par des systèmes informatiques. Ce qui serait vraiment difficilement concevable dans d'autres pays comme l'Italie ou la France.

En effet, en des termes économiques, les résultats, au moins initialement, semblent être cohérents avec l'approche anglo-saxonne. Et même le rapport *Darros* en témoigne : en 2003 l'activité juridique représentait pour l'Angleterre, avec un volume d'activité de 19 milliards de Livres, 1,73 % du Produit Intérieur Brut, de 1991 à 2006 l'exportation de prestations juridiques a été multipliée par six, passant de 445 à 2.612 millions de Livres.

Mais la question qui reste ouverte est : *à quel prix ? Et qui prodest ?*

**VII. ORDRE PROFESSIONNEL VS. ORDRE MARCHAND.
LES POSSIBLES CONSÉQUENCES : ACCÈS AUX PROFESSIONS,
NOMBRE DES PROFESSIONNELS, SOCIÉTÉS
PROFESSIONNELLES**

La primauté, directe ou indirecte, plus ou moins évidente, des règles du marché sur les sources plus traditionnelles du droit, comporte plusieurs conséquences.

Parmi elles : un accès plus libre à la profession, avec une ouverture progressive des barrières à l'entrée, l'idée étant que, en fin de comptes, ce sera au marché de faire la sélection des professionnels. Cette conception a donné lieu à une ouverture progressive du tableau des avocats avec une conséquente explosion du nombre de professionnels ; quelques exemples :

En France, auparavant, les avocats, peu nombreux (6 000 en 1960), se cantonnaient dans une activité judiciaire protégée par un monopole de la plaidoirie jusqu'en 1971 puis un monopole de la représentation en justice et de la plaidoirie dès 1972, qui assurait leur statut social et protégeait leur niveau de vie, même si à cette époque déjà les disparités de revenus étaient critiquées. Au fil des années, les règles du marché ont fortement influencé et ouvert certaines limitations imposées aux avocats en ce qui concerne l'accès à la profession, la pratique du droit, par rapport à la publicité professionnelle, aux tarifs obligatoires, etc.

D'autres facteurs ont aussi influencé le contexte des services professionnels et entre 1989 et 2006 le nombre d'avocats est passé de 18 076 à 45 459⁶⁷, dont 30 159 exerçant à titre indépendant. Pour autant leur revenu moyen n'a pratiquement pas varié puisqu'en euros constants il est passé de 69 094 € à 70 616 €⁶⁸. En 2006, 85,8 % de la profession réalisait 50 % de leur revenu déclaré par la profession et 25 % des avocats avaient un revenu inférieur à 25 068 €. Ainsi, les deux tiers des avocats réalisent un chiffre d'affaires annuel inférieur à 120 000 €, et la moitié des avocats ne perçoit que 16,58 % des revenus de la profession avec un revenu annuel inférieur à 42 536 €⁶⁹.

Le mode d'exercice des avocats a lui aussi eu une influence considérable sur leur revenu moyen qui, selon les données de l'analyse effectuée par le rapport Darrois, s'élève à 48 847 € pour les avocats libéraux exerçant individuellement (30 159 avocats) et à 233 281 € pour les avocats libéraux exerçant au sein d'associations (2 022 avocats).

En Italie la situation est beaucoup plus inquiétante.

Après la suppression du tableau de *Procuratori*, en 1998, il n'existe qu'une profession d'avocat, avec un nombre global de professionnels qui est aujourd'hui

⁶⁷ Au 1^{er} janv. 2011, on comptait presque 54 000 avocats en exercice, 22 133 avocats rattachés au Barreau de Paris et 31532 rattachés aux 160 barreaux de province.

⁶⁸ En 2009, la profession a enregistré la première baisse du montant total des revenus générés par l'ensemble des avocats, après plusieurs dizaines d'années de croissance continue. Comme conséquence, le revenu moyen par avocat a été revu à la baisse (- 4 %).

⁶⁹ Rapport Darrois, cité, p. 14.

aux environs de 230 000, tandis que les avocats habilités à postuler devant les hautes juridictions sont environ 50 000. Les nombres ont ainsi touché un seuil insoutenable mais ce qui inquiète davantage c'est la progression, attendu qu'en 1990, les avocats étaient 50 000 et chaque année les candidats à l'examen d'accès à la profession sont 30 000 et presque la moitié réussit.

En bref, pour avoir une idée concrète : en Italie il y a 332 avocats pour 100 000 habitants, en France 75,8.

Le nombre d'avocats est aussi frappant par rapport à la situation générale de la justice. En effet, selon le rapport 2010 de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) du Conseil d'Europe, en 2008 la relation entre les juges et les avocats était en Italie de 32,4 avocats pour chaque juge, en France, de 8,2, en Angleterre 5.

Même les chiffres d'affaires sont impressionnants : en Italie 90 000 avocats déclarent des revenus annuels inférieurs à 9 000 €, alors que le revenu moyen national est de 28 811 € pour les femmes et de 65 165 € pour les hommes. Les jeunes avocats (24-34 ans) ont un revenu net mensuel de 1 200 €, les avocats au-dessus de 45 ans 3 600 €, les avocats au-dessus de 65 ans 3 680 €⁷⁰.

Il est important de clarifier que, contrairement à d'autres pays européens, où le phénomène des sociétés professionnelles est venu à une maturation différente, en Italie le revenu professionnel, dans la plupart des cas, est un revenu individuel. La profession d'avocat, en effet, est encore aujourd'hui caractérisée par une vision généraliste du travail et par une multitude de cabinets mono-professionnels. Il en va de même pour les notaires qui, pour des raisons différentes cependant et en vertu d'une autorisation individuelle à exercer la profession, préfèrent ne pas s'unir à d'autres professionnels.

Les modes de pratique commune de la profession sont traditionnellement au nombre de deux en Italie : les cabinets associés et les sociétés inter professionnelles (STP). Ces dernières, introduites avec la transposition de la Directive n° 5/1998/CE (décret législatif 96/2001), étaient au début réservées aux avocats. Après la loi 248/2006, ces sociétés ont été ouvertes aux autres professionnels⁷¹. Toutefois, la sous-dite tendance à ne pas se rapprocher les uns des autres n'a pas changé.

Il est clair que les STP n'ont pas fonctionné, du moins pas autant que d'autres modèles expérimentés dans d'autres pays, comme par exemple les sociétés d'exercice libéral en France, les *Anwalt GMBH* ou *Anwalt AG* en Allemagne,

⁷⁰ En Italie seuls les avocats qui dépassent le revenu annuel des 10 300 € (pour l'année 2012) sont obligés de s'inscrire à la Caisse nationale des Barreaux. Au cours de l'année 2010, 216 000 avocats italiens étaient inscrits au barreau, mais seulement 156 000 (72 % des avocats) étaient inscrits à la Caisse. Par contre, en France tous les avocats sont également inscrits dans le CNBF. De plus, les avocats salariés (qui étaient au 31 déc. 2010 au nombre de 3 345) doivent être inscrits mais seulement pour la retraite et non pour les prestations d'assistance (maladie, maternité, invalidité, décès) que sont garanties par le Régime général de la sécurité sociale.

⁷¹ DE MARI, *Le società tra professionisti dopo la l. 248/2006* in *Le società*, 2008, 668 e ss ; PICCININI, *Prime riflessioni sulla concorrenza nei servizi professionali degli avvocati*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2007, 5 et ss ; TASSINARI, *Le società tra professionisti dopo il d.l. 233/2006 convertito con modificazioni nella l. 248/2006* in *Riv. dir. soc.*, 2007, 209 et ss.

les LLP en Angleterre. On a tenté justement d'empêcher l'entrée dans la profession des investisseurs qui pourraient menacer l'indépendance de l'avocat et son devoir de loyauté envers le client. Mais on l'a fait sans donner aux professionnels un modèle d'entreprise effectivement attractive qui favorise l'intégration entre les professionnels et permette au groupe de fournir des ressources financières suffisantes pour être compétitif à l'échelle mondiale.

Par ailleurs, nous avons toujours soutenu – en Italie – que les entreprises italiennes, dont 90 % sont des micro-entreprises comptant moins de 10 salariés, ne sont pas en mesure de faire face à la concurrence mondiale, parce qu'elles n'ont pas de ressources financières suffisantes pour investir dans la recherche et le développement. Aujourd'hui, face à un scénario presque identique pour les professions libérales, on ne peut pas adopter une position différente.

Pour ces raisons, plus récemment, la loi n. 183 du 12 novembre 2011 a apporté un changement significatif : à partir du 1^{er} janvier 2012, les avocats peuvent exercer la profession selon un des modèles de sociétés établis aux titres V et VI du livre V du Code civil (article 10, par. 3) qui sont les suivants : sociétés commerciales, sociétés en commandite simple, sociétés en commandite par actions, sociétés à responsabilité limitée, sociétés anonymes, sociétés coopératives.

Les partenaires peuvent être des professionnels italiens ou issus d'autres pays européens, mais aussi des non-professionnels et des investisseurs, pourvu que l'exercice d'une activité professionnelle soit réservé exclusivement au professionnel choisi par écrit par le client ou indiqué par la société. Il doit s'agir des sociétés nommées « société de professionnels » ou « STP ».

VIII. L'IMPACT SUR LES RÈGLES DÉONTOLOGIQUES ET SUR LA QUALITÉ DES SERVICES

Un autre phénomène mérite l'attention : l'érosion des règles déontologiques.

Les autorités nationales et européennes ont commencé à regarder avec suspicion les règles déontologiques, soit en tant que règles destinées à assurer les intérêts particuliers de la catégorie, plutôt que l'intérêt général, soit en tant que mesures susceptibles de violer les règles de la concurrence. Et tout cela a déterminé la nécessité de devoir rediscuter toute la philosophie des ordres professionnels comme des systèmes juridiques presque autonomes au sein de l'État. Ainsi, en Angleterre les réformes les plus récentes ont créé des organes responsables du contrôle des ordres professionnels, avec pouvoir d'imposer amendes.

En Italie, le CNF a procédé à une presque totale transposition des principes et les règles contenues dans le code déontologique dans le nouveau projet de loi de réforme de la profession d'avocat.

D'ailleurs, en dépit d'une abondante jurisprudence sur ce point, n'est pas encore claire, en Italie, la nature des normes éthiques de la profession juridique⁷². La Cour suprême a en fait, à plusieurs reprises, qualifié ces principes comme des règles de nature coutumière, des règles de l'autonomie privée, en tant que principes généraux ou comme des préceptes extralégaux. Ce qui rend le tableau d'ensemble très confus et fragmenté, surtout avant le démantèlement progressif des règles éthiques – considérées comme normes corporatives – par les institutions communautaires.

Last but not least la question vitale de la qualité des services professionnels.

Il est clair qu'un accès non sélectif à la profession, un si grand nombre de professionnels et le manque de parcours de spécialisation, conduisent à un abaissement progressif de la qualité des services juridiques.

Il est vrai également que la formation permanente a été introduite, en Italie, en 2005 pour les notaires et en 2007 pour les avocats et que l'article 13 du code déontologique de l'avocat prévoit le devoir de mise à jour professionnelle. Mais les années 2008-2010 ont été la première période pendant laquelle il a été demandé aux avocats d'obtenir 90 crédits, suite à leur participation à des cours de formation ou des journées d'études, sous peine de sanction disciplinaire. Toutefois, ce système ne prévoit pas d'examens de perfectionnement professionnel et donc n'est pas sélectif.

En outre, la loi italienne n'exige pas que l'avocat inscrit au barreau exerce la profession de manière continue. Une telle exigence a été suggérée dans le projet de loi sur la réforme de la profession d'avocat, mais comme mentionné, cette réforme ne sera probablement pas approuvée. Il s'ensuit que les avocats qui, pour une raison ou une autre, n'exercent pas pendant des années, demeurent en activité, avec des risques évidents pour leurs clients. Enfin, les organisations professionnelles n'ont pas identifié de meilleures pratiques qui puissent aider le client dans la sélection et le suivi du travail du professionnel⁷³.

En d'autres mots, la qualité (avec 230 000 professionnels) n'est certainement pas assurée par l'État. Mais la qualité des services juridiques n'est pas garantie, non plus, par le marché, devant la complexité croissante du système juridique, la situation déplorable dans laquelle se trouve la juridiction italienne et les asymétries informationnelles croissantes qui caractérisent ce contexte. Ce sont tous ces facteurs qui empêchent le client de sélectionner les services juridiques les plus appropriés et d'évaluer la qualité du service rendu.

Même le plus faible revenu, résultant de l'abolition du tarif minimum obligatoire (prévue de manière définitive par la loi n. 148/2012), conduirait, selon le CNF, à une baisse correspondante de la qualité des services juridiques. Sur

⁷² Il convient de rappeler que, en Italie, le Conseil national des barreaux, où il est appelé à statuer sur les recours contre les sanctions disciplinaires subies par les avocats, exerce une fonction judiciaire (art. 54 et 56 du décret royal 1578/1933). En outre, l'article 12 de la même loi prévoit que la profession juridique devrait avoir lieu avec « dignité et décorum », ce qui attache indirectement aux principes déontologiques la force de la loi.

⁷³ Voir sur ce point plus tard dans le texte.

ce, toutefois, il n'y a pas de convergence des points de vue, comme l'Autorité italienne pour la concurrence et le marché a un avis opposé.

Mais il ne s'agit pas, comme on le sait, d'un débat seulement italien. Tous les pays européens en discutent. Voilà donc une série de considérations qui ont été valablement développées par un récent rapport de recherche commandé par le Conseil national des Barreaux en France et qui peuvent bien être adaptées au cas italien ou d'autres Pays européens⁷⁴.

Suite de la question : *les conséquences économiques d'une libéralisation du marché des services juridiques seraient-elles bénéfiques pour le « consommateur » ?* L'étude a répondu :

« 1. Si l'on suit rigoureusement les enseignements de la théorie économique standard, il n'est aucunement certain que la suppression de ces règles fasse baisser les prix, en postulant que cette suppression n'affecte pas la qualité des prestations d'avocat.

2. En endogénéisant la qualité, grâce à l'apport non standard de l'économie institutionnaliste et de la nouvelle sociologie économique, on montre que cette suppression comporte un risque élevé de chute de la qualité.

3. *Le modèle du Marché est-il plus efficace que le modèle de l'Ordre, quand sont pris en compte les problèmes complexes de qualité posés par l'exercice du métier d'avocat ?* Cette question nous semble donc tranchée, en faveur de l'Ordre.

4. *L'Ordre, avec ses règles actuelles, exploite-t-il au mieux cette supériorité de principe ?* »⁷⁵.

En effet, dans une étude récente sur le sujet de tarifs minimaux obligatoires, j'avais conclu que l'une des causes du coût excessif et disproportionné de services professionnels et de l'abaissement progressif de la qualité de ces derniers était le haut degré d'asymétrie d'information. Par ailleurs, cette conclusion avait été atteinte, il y a des années, par la littérature économique, à partir des études les plus connues de J.E. Stiglitz et G.A. Akerlof, qui ont montré l'effet préjudiciable de la sélection adverse.

Hors, dans le secteur des professions juridiques, comme l'a fait valoir R. Posner « *The fiduciary principle is the law's answer to the problem of unequal costs of information* ». Mais la confiance, suffit-elle devant la probabilité de réitération des services et donc la difficulté d'expérimenter, au fil du temps, la qualité des prestations rendues ? La confiance suffit-elle devant la réputation du professionnel qui, étant liée aux opinions de ses collègues, est souvent inaccessible pour le consommateur ?⁷⁶

Il est évident que le professionnel, qui ne peut pas être contrôlé, est incité à des comportements opportunistes de type *fee padding*, de double facturation des

⁷⁴ O. FAVERAU (dir.), *Les avocats, entre ordre professionnel et ordre marchand*, Lextenso éditions, 2009.

⁷⁵ Id.

⁷⁶ « *markets for information are inherently characterized by imperfections of information concerning what is being purchased ; and mechanisms like reputation – which played no role at all in traditional economic activity – are central* ». STIGLITZ, œuvre citée, p. 1449. Voir aussi C. SHAPIRO, *Premiums for High Quality Products as Returns to Reputation*, 98 *Quarterly J. Economics* 659 (1983).

frais ou d'exécution de services non requis ou non nécessaires dans le seul but d'être en mesure de les facturer. Ce n'est pas un hasard que dans le marché de la réparation automobile plus de 55 % des prestations soient jugées totalement inutiles ou superflues. Ceux qui ne peuvent pas être contrôlés ou contrôlables, ne sont pas incités à effectuer uniquement ce qui est nécessaire et à minimiser ainsi les recettes ; plus probablement ils font le contraire : ils simulent la performance des services, ils essayent de facturer deux fois, ou, si possible, ils augmentent le prix des services rendus.

Pour tout cela, le remède n'est donc pas dans la déréglementation, car elle ne réduit pas les asymétries d'information. Nous avons besoin plutôt d'un système d'ordres professionnels efficace, dûment purifié des conflits d'intérêt, qui rende le marché des services juridiques transparent et accessible, qui assure la vérification du travail des professionnels en veillant à sa qualité et qui sache punir sans délai les infractions disciplinaires.

À cet égard, mérite des éloges l'innovation récemment proposée en Italie par les ordres des notaires, des experts comptables et des arpenteurs sur l'introduction des meilleures pratiques dans la détermination des rémunérations. En substance, il serait proposé d'indiquer, selon le type de questions soumises au professionnel, quels sont les services nécessaires, en quelle quantité, quelle durée peut être prévue, quels sont les résultats probables et pour quels honoraires.

Évidemment, si nous devions adopter cette approche dans la profession juridique, la préparation de ces lignes directrices sur les pratiques exemplaires devrait être traitée dans un cadre unifié par le Conseil National des Barreaux et incorporée dans le système actuel des honoraires professionnels. Il devrait ensuite être correctement divulgué à tous les professionnels, sous obligation de ces derniers d'illustrer les données au client et de recueillir sa signature, avant leur prise de fonction professionnelle. L'avocat devrait alors indiquer dans quelle mesure il entend, à terme, s'écarter des références des meilleures pratiques, avec la fourniture de performances plus élevées, inférieures ou différentes de celles indiquées, et quelles retombées cela pourrait avoir sur ses honoraires professionnels⁷⁷.

⁷⁷ Une approche similaire a été adoptée récemment sur le plan de la fonction judiciaire. Un nouveau projet appelé « *La diffusion des meilleures pratiques dans les bureaux judiciaires* » a été promu le 30 avr. 2008 en fonction de l'expérience du procureur vertueux de la ville de Bolzano avec l'aide du Fonds social européen 2007-2013.

