Prépondérance du marché ?

L'influence du marché sur les professions est une réalité. Cette affirmation appelle toutefois des nuances car on peut lui donner plusieurs significations dont la prise en considération est plus ou moins souhaitable.

a) Le juge doit être mis à part dans ces développements. Il lui est difficile d'ignorer le contexte économique dans lequel se déroule son activité et Guy Canivet, ancien premier président de la Cour de cassation, maintenant membre du Conseil constitutionnel, a toujours admis l'intérêt que l'analyse économique du droit pouvait présenter pour un juge[1]. De même, la décision prise par la Chambre des Lords de demander à la Cour de justice s'il pouvait être fait usage d'une anti suit injunction à l'encontre d'un plaideur qui avait délibérément méconnu une convention d'arbitrage faisait-elle état des enjeux économiques qu'une telle question pouvait soulever pour une place arbitrale aussi importante que Londres[2]. Mais, ces préoccupations, qui ne sont pas nouvelles[3], ne font pas du juge un « acteur » du marché. Sous un autre aspect, la Justice dépend de l'état de l'économie de manière indirecte, à travers les ressources de l'Etat ou des parties. Elle peut sans doute essayer de tirer le meilleur profit des ressources qui lui sont allouées. Cela ne suffit pas à en faire une entreprise[4].

b) L'activité du juriste –juge excepté– est une activité économique. Sans doute l'a-t-elle toujours plus ou moins été. Etre avocat ou notaire procurent des revenus. Mais, que ces activités puissent constituer des entreprises est un phénomène récent que l'on n'observe pas partout : si presque tous les rapports relèvent le développement du recours aux sociétés, que l'on peut voir comme un révélateur de cette évolution vers l'entreprise, l'exercice personnel reste parfois la règle[5]. La généralisation d'une obligation d'assurance, élément caractéristique des relations du professionnel et du client, en est un autre signe. Enfin, relever ici que ces professions se féminisent n'a rien d'insolite. L'activité professionnelle n'est plus l'apanage des hommes depuis longtemps et l'on ne voit pas pourquoi les professions juridiques ne séduiraient pas les femmes. Ce que l'on comprend moins bien est la raison pour laquelle on assiste parfois à une sur-représentation des femmes dans ces professions[6].

Le recours aux sociétés se développe sous forme de sociétés spécifiques aux activités professionnelles ou, plus récemment, en utilisant les sociétés de droit commun dans lesquelles sont toujours introduites des règles spéciales (majorité du capital, qualité des associés…). Ces sociétés ont, dans une large mesure, contribué à la fluidité et à l'ouverture des professions. Lorsque la loi permet qu'une société soit titulaire d'un office, il est possible de maintenir un même nombre d'offices tout en accroissant le nombre de professionnels dans des proportions non négligeables, ce qui, dit en termes économiques, a des effets bénéfiques pour le marché et pour les entrants.

Il se pourrait toutefois que cette mise en commun de l'activité et des capitaux montre ses limites. Que l'adoption de la forme sociale laisse subsister la responsabilité individuelle des professionnels est une chose, que les associés doivent subir les conséquences de la faute d'un des leurs en est une autre. De récents textes adoptés en France[7] permettent d'opter pour une structure collective dans laquelle chaque avocat n'est responsable que de ses fautes (association d'avocats à responsabilité personnelle individuelle ou AARPI qui constitue la transposition de la LLP anglo-saxonne). Dans un autre ordre d'idées, ce texte permet, dans les sociétés civiles professionnelles, d'exclure la valeur de la clientèle civile dans l'appréciation des parts, ce qui facilite la sortie de la société. Cette résurgence d'un exercice individuel de l'activité est assez frappante.

Enfin, une conséquence importante quoique moins évidente des liens des professions avec le marché pourrait bien être l'influence qu'elles revendiquent dans la formation des juristes (v.infra).

b) Le deuxième aspect de cette emprise du marché est de soumettre les professions à toutes les règles applicables aux activités professionnelles soit au niveau mondial (OMC) soit au niveau régional (UE), la prestation juridique étant parfois présentée comme un service parmi d'autres. Ainsi, même s'ils présentent des avantages pour des parties peu familiarisées avec la Justice, l'existence de tarifs est contraire à la libre concurrence qui doit exister entre les professionnels.

A dire vrai, une certaine confusion semble régner à propos du caractère banal ou spécifique de la prestation juridique. Un rapport demandé par le Conseil national des barreaux français à des économistes considère en effet que les prémisses du raisonnement retenu par les autorités européennes pour donner un fondement économique aux propositions relatives aux professions juridiques sont inexactes[8]. Il s'agit là d'un débat d'économistes qu'un juriste ne peut prétendre trancher. Mais, une telle contradiction peut au moins laisser perplexe… Quoi qu'il en soit, l'idée de la concurrence entre les diverses professions repose nécessairement sur une banalisation de la prestation juridique[9] qui, à terme, pourrait conduire à une fusion ou à une uniformisation des professions qu'écartent pourtant tous les rapports.

En outre, vue des observatoires que constituent l'OMC ou l'UE, il se pourrait qu'une profession soit affaiblie du seul fait qu'elle n'existe pas partout. Les avocats, que l'on trouve dans tous les pays, pourraient représenter une sorte de profession juridique « naturelle », ce qui leur donnerait une légitimité particulière.

La Cour de justice de l'Union européenne, dans une série d'arrêts du 24 mai 2011, a décidé que les prérogatives accordées aux notaires ne relevaient pas de l'exercice de l'autorité publique, notamment à propos de l'apposition de la formule exécutoire :

94. La force exécutoire de l'acte authentique ne traduit 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.

95. Par conséquent, l'établissement d'actes authentiques dotés d'effets juridiques, tels que ceux décrits aux points 90 à 94 du présent arrêt, ne comporte pas une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45, premier alinéa, CE ».

On a lu des argumentations plus convaincantes[10]. Si l'observation faite plus haut est exacte, on comprend le souci des notaires ou des huissiers de justice de recourir à l'exportation en proposant leur modèle dans le plus grand nombre de pays[11].

c) L'activité juridique est aussi largement tributaire de l'activité économique, serait-ce à contre cycle (huissiers de justice et professionnels de procédures collectives par exemple). C'est un truisme de rappeler que les difficultés des entreprises se répercutent immédiatement sur les professions et la plupart des rapports évoquent la possibilité d'une faillite de sociétés professionnelles. Le rapport chinois illustre l'autre versant de la chose en montrant comment un marché s'est ouvert soudain à l'activité juridique[12]. Les difficultés économiques auxquelles sont confrontés les Etats affectent indirectement les tribunaux et les Universités –les Universités privées

souffrant, elles, de la moindre rentabilité de leurs investissements.

L'enseignement du droit est critiqué pour son inadaptation aux besoins du marché, sans que l'on sache qui détermine ce que sont ces besoins. Les employeurs ? Leurs exigences sont légitimes jusqu'à un certain point car ils ne peuvent raisonnablement attendre trouver chez les étudiants qu'ils recrutent le savoir et l'expérience des praticiens chevronnés. Or, il semble que les professions aient –pour des raisons difficiles à déterminer– abandonné l'idée qu'il leur incombait d'assurer le minimum de formation qui permettait de passer de l'acquisition des connaissances universitaires à leur mise en œuvre dans l'activité professionnelle pour s'en décharger sur l'Université, tout en contestant son aptitude à la faire.

L'enseignement universitaire pourrait bien souffrir de l'expansion du droit qui conduit à accumuler les matières enseignées. On peut penser que cette expansion et le renouvellement des solutions qu'entraîne une instrumentalisation grandissante du droit justifient que l'on insiste sur l'acquisition des méthodes des juristes plus que sur l'accumulation des connaissances. Sacha Guitry ne disait-il pas, dans ce qui est au fond une provocation lucide « à quoi sert-il d'apprendre ce qui est dans les livres puisque ça y est ?». On saluera en tout cas le choix de l'Allemagne qui, convaincue de la qualité de sa formation des juristes, a décidé de la maintenir en dépit de son coût.

d) Enfin, le droit peut être vu comme une marchandise comme une autre. L'analyse économique du droit dans une version que l'on espère rudimentaire, suggère qu'il peut être régi par des lois purement économiques, telle que la loi de l'offre et de la demande. Citons ici un extrait d'une étude consacrée à l'éventualité de la création d'avocats en entreprise :

« Le modèle économique standard fait du justiciable un consommateur qui demande un bien – un service juridique – et de l'avocat un producteur qui offre ce même bien. Le lieu de rencontre entre cette offre et cette demande est le marché, qui définit les prix et quantité d'équilibre par une série d'ajustements Les deux hypothèses fondamentales sous-jacentes à ce type de construction et qui définissent le cadre standard sont les suivantes :

- la rationalité des comportements individuels exprimée par un mécanisme d'optimisation sous contraintes (calcul coûts-avantages) ;

- la coordination des comportements par le marché, lieu de rencontre de l'offre et de la demande.

De ce fait, il semble possible d'avancer l'idée d'une interdépendance de l'offre et de la demande qui se traduit par une corrélation positive et observable entre la densité d'avocats dans un pays ou une région et le recours au droit (ou l'utilisation du système juridique). L'accroissement du nombre d'avocats aurait ainsi un effet d'entraînement sur la demande de services juridiques susceptibles d'engendrer, non une diminution du chiffre d'affaires de la profession dans son ensemble, mais une augmentation à travers l'émergence de nouveaux marchés et de nouveaux débouchés [13] ».

Cette idée, souligne l'auteur, est particulièrement vraie en droit des affaires. En résumé, là où est l'argent. Mais, est-il nécessaire d'être économiste pour savoir que l'on ne va pas boire aux fontaines taries ?

L'arbitrage offre un exemple particulièrement frappant de ce risque d'asservissement de l'activité

juridique à l'économie. Le rapport « Prada » cité en introduction déplore que le tribunal des conflits ait rendu une décision le 17 mai 2010 qui, au nom de l'ordre public français, fixe les conditions de reconnaissance des sentences arbitrales :

« …vu de l'étranger, notamment des opérateurs économiques souhaitant avoir recours à l'arbitrage international pour le règlement de leurs litiges et recherchant un siège d'arbitrage, il – l'arrêt– ne peut éliminer un sentiment de complexité et d'incertitude peu propice à la lisibilité du droit français de l'arbitrage et donc nuisible au choix de Paris comme siège de l'arbitrage.»

Voici donc une décision qui affecte ce que l'on serait tenté d'appeler le tourisme arbitral…

L'économisme ambiant pose une question cruciale. Le droit est extérieur à ceux qui l'appliquent et il est difficile d'imaginer qu'il puisse être créé comme une marchandise. Certes, on peut imaginer que la loi crée de l'activité[14]. Mais les juristes ? On peut susciter des procès, notamment en finançant les procès des autres[15], mais il ne peut y avoir de procès s'il n'existe préalablement un litige et personne n'oserait penser qu'un juriste puisse susciter des litiges là où il ne devrait pas y en avoir…à moins qu'il n'y ait quelque vérité dans la formule de Jean Carbonnier, selon laquelle les juristes travaillent à leur propre perpétuation.

La pesée de toute activité humaine en termes économiques est néanmoins assez réductrice et fait penser à une anecdote que raconte Romain Gary dans « La nuit sera calme ». Nommé consul général à Los Angeles, il doit recevoir Eisenhower, alors président, dont la rumeur disait qu'il consacrait plus de temps à améliorer son swing qu'aux affaires de l'Etat. Il prend la parole pour son discours de réception, qualifie Eisenhower de « plus grand président… » et s'arrête au moment où il réalise qu'il était sur le point de dire « …de toute l'histoire du golf ». L'histoire ne permet pas de réduire Eisenhower à ses passe- temps tardifs, de même qu'un économisme largement extérieur au droit n'en épuise pas la substance. Dans sa permanence, il est aussi et avant tout un bien commun.

Philippe Théry, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

[1] Entre autres articles, v. La pertinence de l'analyse économique du droit : Le point de vue du juge, Les Petites Affiches 19 mai 2005.

[2] V. les observations de S. Bollée, Quelques remarques sur les injonctions anti-suit visant à protéger la compétence arbitrale à l'occasion de l'arrêt The Front Comor de la Chambre des Lords, Rev. arb. 2007, 223, sp. n°10.

[3] V. F.Gény, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, LGDJ 1932, t.2 p.255 et s. v. aussi la préface de Saleilles, t.1 p. XXV.

[4] M-A. Frison-Roche, La philosophie, procès, propos introductifs, in Archives de philosophie du droit, Le procès, t.39

[5] Rapport argentin de M. et V. Salerno.

[6] Les promotions d'auditeurs rentrant à l'Ecole nationale de la magistrature en France sont, depuis plusieurs années, composées de femmes dans une proportion écrasante (75-80%).

[7] Loi de finances rectificative pour 2006 et D. 15 mai 2007 ; loi du 28 mars 2011 (art.30).

[8] Les avocats entre ordre professionnel et ordre marchand, Rapport sous le direction scientifique d'Olivier Favrereau, Gazette du Palais/Lextenso Editions, 2010. V. notam. L'économie sans qualité : critique du diagnostic de la Commission européenne, p. 5 et 31. On retrouve une analyse comparable dans l'article de R. Van den Bergh, Critères pour une analyse économique du notariat latin, à télécharger sur le site suivant :

http://ebookbrowse.com/van-den-bergh- criteres-pour-une-analyse-economique-fr-doc-d38941676

[9] M-A. Frison-Roche, art. précité p.21.

[10] Il est quand même surprenant qu'une solution unanimement admise depuis toujours dans tous les pays qui connaissent le notariat soit considérée comme inexacte pour un motif aussi tautologique et dépourvu de pertinence que celui qui consiste à dire que l'octroi de la force exécutoire repose sur la volonté des parties de passer un acte revêtu de la force exécutoire. Dirait-on que le prononcé d'un jugement revêtu de la force exécutoire supposant l'initiative du demandeur, le juge n'est pas dépositaire de l'autorité publique ?

[11] v. les chiffres donnés sur les sites de l'Union internationale du Notariat latin (80 membres auxquels il faut ajouter les pays qui envisagent d'adhérer à l'Union) ou de l'Union internationale des huissiers de justice (71 Etats)

[12] La chose est signalée dès le début du rapport : « L'émergence des professions juridiques en Chine repose sur la création du marché des services juridiques en Chine qui elle-même résulte de la réforme vers l'économie du marché et de la construction d'un État de droit. ».

[13] Bruno Deffains, L'exercice de l'avocat en entreprise est-il opportun sur le plan économique ?, 2008. Etude réalisée à la demande du Centre de recherches et d'études des avocats (CREA) que l'on peut consulter sur le site du Conseil national des barreaux français.

[14] Le contrôle technique des véhicules au-delà d'un certain âge, par exemple.

[15] Third party funding.