

Le cabinet d’avocats – une entreprise comme les autres ?

The Law Firm – An Enterprise as Any Other?

Heinz Weil



© ERA 2011

Résumé

1. Au cours des 40 années passées les limites géographiques des cabinets d’avocats, qui étaient à l’origine nationales, sont d’abord devenues européennes pour être finalement globales. Certaines grandes firmes d’avocats comprennent des centaines ou même des milliers d’avocats. La « judiciarisation » de la vie des hommes comme des entreprises a également contribué à faire croître le domaine d’activité des avocats, permettant ainsi d’absorber en partie le nombre sans cesse croissant de professionnels.

2. Le droit européen a largement contribué à cette évolution.

2.1 La liberté d’établissement et de prestation de services ont d’abord été subies pour contribuer ensuite à l’évolution des mentalités et à une ouverture des esprits à la dimension mondiale.

2.2 La Commission Européenne s’est attaquée aux barreaux et à leurs règles jugées anticoncurrentielles.

2.3 La CJE a trouvé un équilibre entre le caractère d’entreprise du cabinet d’avocat et sa fonction de pilier de l’Etat de droit.

3. Le droit national a évolué.

3.1/3.2 En Allemagne comme en France, les règles professionnelles ont été réformées sans pour autant toucher à la structure de la profession.

3.3 Par contre, en Angleterre des changements quasi-révolutionnaires sont intervenues. Le Legal Services Act a restreint l’autonomie des organismes professionnels en créant de nouvelles autorités de régulation et de discipline. Des personnes ou entreprises étrangères à la profession peuvent être les propriétaires de cabinets d’avocats.

4. La frontière entre business et organe de la justice

4.1 Il était indispensable de pousser la limite spatiale de l'activité. En effet, les avocats doivent être là où les hommes s'activent et le rayon d'action des hommes et des entreprises s'était élargi. La dimension mondiale a créé un challenge spécifique pour les structures internationales, afin que leurs membres restent de vrais avocats ; la plupart ont réussi à relever ce défi. L'application du droit de la concurrence aux avocats était une nécessité, mais elle ne signifie pas qu'un cabinet d'avocats est une entreprise comme les autres.

4.2 Quand il défend la liberté contre la puissance de l'Etat ou quand il place l'intérêt du client au dessus du sien propre, l'avocat se distingue du commerçant. La liberté peut être en danger, même dans nos sociétés occidentales.

- (i) Un organisme régulateur de la profession d'avocat nommé par le pouvoir exécutif représente un danger pour l'indépendance du barreau et c'est en outre un mauvais exemple pour des Etats moins démocratiques.
- (ii) Les propriétaires d'un cabinet qui ne sont pas avocats sont nécessairement motivés soit par la maximisation des profits, soit par d'autres intérêts personnels. Les « Alternative Business Structures » sont donc un danger pour une défense et un conseil désintéressés.

Le cabinet d'avocats est une entreprise, mais une entreprise d'une nature spécifique.

Mots clés Cabinet d'avocats · Mondialisation · Avocat · Barreau · Etablissement · Prestation de services · Entreprise · Indépendance · ABS · Concurrence

Abstract

1. The spatial borders for law firms have been extended over the last 40 years from national to European and finally global. Big law firms now comprise hundreds or even thousands of lawyers. The “legalisation” of the daily life of people and companies made business grow further and partially absorbed the largely increasing number of lawyers.

2. European law had a strong influence.

2.1 Freedom of movement and services were first imposed to the legal profession and then contributed to changing the minds with the result of finally making lawyers think global.

2.2 The European Commission fought against bars and bar rules as being anti competitive.

2.3 The ECJ equilibrated the law firm as an enterprise and simultaneously a pillar of the justice system.

3. National law changed.

3.1 / 3.2 In Germany as in France rules were modernised without giving up the core structure of the profession.

3.3 Quasi-revolutionary changes took place in England. The Legal Services Act introduced new structures for regulation and complaints reducing the autonomy of professional bodies. Law firms were allowed to be owned by non lawyers.

4. The border line between business and organ of justice.

4.1 Pushing the borders was necessary because people and companies acquired a new space and lawyers shall act where people live. Global law firms face a special challenge to remain truly lawyers. Most of them succeeded. Subjecting lawyers to competition law was necessary but it does not imply that a law firm is like any other business.

4.2 When defending liberty against government and when putting client's interest above personal interest a lawyer is different from business people. Liberty may be under attack even in Western societies.

- (i) A government appointed regulator is a danger to the independence of the profession and a bad example for less democratic states.
- (ii) Non lawyers owning law firms will necessarily seek profit maximisation or the satisfaction of other personal interests. ABS therefore are a threat for independent defence and advice.

A law firm is an enterprise, but an enterprise of a special kind.

Keywords Law firm · Globalisation · Lawyer · Services · Establishment · Regulation · Autonomy · Business

1 L'évolution factuelle

Il y a quarante ans environ, quand John Toulmin et moi avons commencé à exercer la profession d'avocat, même les plus grands cabinets spécialisés dans le domaine du droit des affaires étaient des structures essentiellement nationales et des cabinets de plusieurs dizaines d'avocats comptaient parmi les grands de la profession. Aujourd'hui, il existe de véritables multinationales du droit réunissant dans une même structure des centaines ou même des milliers d'avocats à travers le globe. Pour l'observateur extérieur, la structure de ces entreprises ne semble guère se distinguer d'autres prestataires de services intellectuels, d'une des grandes agences mondiales de publicité, par exemple.

Pour un barrister comme John, exerçant par définition à titre individuel, il était certainement inimaginable que 40 ans plus tard un véritable vent révolutionnaire soufflerait sur les vénérables institutions de la cité judiciaire de Londres qui remettrait en cause, dans un pays pourtant attaché aux traditions, les formes traditionnelles d'exercice des professions tant de solicitor que de barrister. Pourtant John, moi et d'autres n'avions point d'œillères, notre engagement pro-européen nous avait conduit à travers nos organisations nationales respectives au Conseil des Barreaux d'Europe (CCBE)¹ où nous tentions d'imaginer un cadre libéral pour l'avocat dans son nouvel espace européen.

¹Le CCBE a été fondé en 1960 quand le Traité de Rome laissait entrevoir que le futur espace professionnel de l'avocat dépasserait les frontières nationales. John Toulmin en a été le Président en 1993 après deux années de Vice-Présidence. Le CCBE a directement inspiré les directives 77/249/CEE (prestations de services des avocats) et 98/5/CEE (établissement des avocats) (cf. CCBE 50 1960-2010, Editions Larcier, Bruxelles, 2010).

Indéniablement, la profession d'avocat n'est pas la seule à avoir évolué. Bien au contraire, son évolution reflète dans une large mesure l'adaptation de notre profession à la transformation du cadre géographique, économique et social dans lequel évoluent nos clients. Le terme « mondialisation » décrit un aspect de cette évolution ; le terme « judiciarisation » en décrit un autre, ce dernier aspect étant d'une importance particulière pour les professions juridiques et judiciaires.

La judiciarisation de la vie des particuliers comme des entreprises a permis d'absorber en partie le nombre croissant d'avocats. Car, à la différence d'autres professions judiciaires ou juridiques (magistrats, notaires, huissiers de justice, avoués) la profession d'avocat n'est pas protégée par un *numerus clausus*. Au cours de ces quatre dernières décennies, le nombre d'avocats a partout augmenté dans des proportions considérables.² Cet accroissement des effectifs a renforcé la compétition au sein de la profession, comme elle a favorisé la paupérisation de la frange la moins performante de la profession.

A la lumière de l'évolution de la profession d'avocat, la présente contribution à l'hommage rendu à mon ami John Toulmin tente d'apporter quelques réflexions ou appels à la prudence, après avoir au préalable essayé de décrire trois phases successives, d'une part dans l'évolution du droit européen et d'autre part dans l'évolution du droit national dans trois Etats-Membres, choisis à titre d'exemple.

2 Les phases successives dans l'évolution du droit européen

2.1 L'acquisition par l'avocat de l'espace européen et mondial

Les libertés qui ont été essentielles pour l'adaptation de l'avocat à l'espace européen sont le libre mouvement des hommes et des services à travers l'espace communautaire ainsi que l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la nationalité. Ces libertés fondamentales s'appliquent depuis l'entrée en vigueur du Traité de Rome ; à la date du 1^{er} janvier 1970, elles sont devenues d'application directe. Une spécificité de la profession d'avocat est d'être étroitement liée au service public de la Justice, qui est un des attributs de l'Etat. Or, depuis le Traité de Rome le droit européen fait une exception aux libertés transfrontalières pour les professions liées à l'exercice de la puissance publique. Il n'est pas étonnant que la première question soumise à la Cour de Justice au sujet de la profession d'avocat était de savoir si compte tenu de cette spécificité la frontière nationale restait la limite spatiale de l'avocat. La Cour a fait tomber cette frontière tant en matière de prestation de services que d'établissement.³ Mais, la Cour n'est pas allée jusqu'à dire que l'avocat était un entrepreneur comme un industriel, commerçant ou banquier. Elle a reconnu la spécificité résultant du fait que cette profession certes libérale était un acteur essentiel de la Justice, attribut de l'Etat, mais elle a conclu à juste titre que l'avocat ne participait pas pour autant à l'exercice de la puissance publique.

²En Allemagne, au cours des 20 dernières années le nombre d'avocats a été multiplié par 2,5. En France, le nombre d'avocats a doublé au cours des 30 dernières années. En Angleterre, le nombre de solicitors a plus que doublé au cours des 20 dernières années.

³CJCE Reyners 21. 06. 1974, 2/74, Rec. 1974, 631 ; Van Binsbergen 03. 12. 1974, 33/74, Rec. 1974, 1299.

C'est ainsi que la dimension spatiale de l'avocat de nationale est devenu européenne. Toutefois, en raison de sa fonction d'auxiliaire ou même d'organe de la Justice, la profession d'avocat ne s'est jamais exercée dans quelque pays que ce soit selon les seules règles de la liberté du commerce et de l'industrie ; il s'agit d'une profession réglementée. En admettant l'applicabilité à l'avocat des libertés fondamentales du libre mouvement dans l'espace européen et de l'interdiction de toute discrimination en fonction de la nationalité, la Cour avait doté l'avocat d'une nouvelle liberté, mais d'une liberté sans règles, alors que la profession d'avocat est par essence une profession réglementée. Non sans mal, en raison de la difficulté des organisations nationales réunies au sein du CCBE de s'entendre sur des règles adaptées à ce nouveau cadre spatial, le législateur communautaire a fini par fixer ce cadre européen par voie de directives finalement très libérales.⁴

L'acquis communautaire ainsi créé a largement contribué à favoriser une révolution dans l'esprit des avocats d'Europe et de leurs représentants : la frontière nationale n'était plus une frontière pour l'avocat ; il pouvait être exportateur ou importateur. Cette prise de conscience a facilité d'abolir, dans un deuxième temps, toute frontière géographique, même au-delà de l'Europe. Certes, la profession reste réglementée, mais les restrictions spatiales se sont assouplies dans de nombreux Etats, souvent sous l'effet des règles de l'Organisation Mondiale du Commerce qui ont conduit à une libéralisation des lois nationales. Le Japon en est un exemple intéressant en raison de fortes résistances initiales à toute ouverture.

L'espace de l'avocat est donc devenu mondial, comme celui de son client.

2.2 La concurrence

La profession d'avocat est ancienne. L'origine des règles professionnelles remonte à une époque où il aurait paru inconvenant à un avocat de se comparer à un entrepreneur ou de parler de son marché. La contrepartie du service rendu était un *honorarium*, bien plus noble que le prix d'une marchandise. Cette tradition commune européenne a fait qu'au cours des premières décennies du droit communautaire, les règles professionnelles des avocats n'ont pas été mesurées à l'aune du droit de la concurrence. C'est le Commissaire européen Mario Monti qui a ouvert le combat en comparant ces professions anciennes à des guildes moyenâgeuses pratiquant des tarifs que le libre jeu de la concurrence aurait vite fait de faire baisser.⁵ Sur la base d'une étude contestable, les services de la Commission ont tenté de s'attaquer aux restrictions déontologiques qui excèdent les règles de droit commun sur la concurrence déloyale. Suivant les mêmes considérations, certaines autorités nationales de la concurrence ont tenté de s'attaquer à certaines règles professionnelles ou déontologiques considérées comme un obstacle au libre jeu de la concurrence, telles que l'interdiction de certaines formes de publicité professionnelle, l'interdiction d'association avec des membres d'autres professions, des restrictions territoriales d'exercice ou encore l'appartenance obligatoire à un ordre professionnel.

⁴77/249/CEE (prestations de services des avocats) et 98/5/CEE (établissement des avocats).

⁵Discours tenu en 2000 à l'occasion d'une conférence du Barreau Fédéral Allemand (BRAK), cf. Frankfurter Allgemeine Zeitung du 12. 9. 2000.

2.3 Le rééquilibrage par la CJCE

La Cour a tracé des limites à l'application pure et simple du droit commun de la concurrence à la profession d'avocat. La Cour reconnaît, dans des termes très forts, le rôle spécifique de l'avocat comme acteur essentiel de la Justice, qui le distingue d'autres entrepreneurs, et souligne l'autonomie des Etats-Membres en la matière. C'est ainsi que la Cour a estimé que l'avocat doit être considéré comme « collaborateur de la justice et appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin. Cette protection a pour contrepartie la discipline professionnelle, imposée et contrôlée dans l'intérêt général par les institutions habilitées à cette fin. Une telle conception répond aux traditions juridiques communes aux Etats membres et se retrouve également dans l'ordre juridique communautaire. »⁶ Tout en considérant que les avocats sont des entrepreneurs et que les ordres d'avocats sont des associations d'entreprises, la Cour a su, comme en matière de liberté d'établissement et de prestation de services, tenir compte du rôle particulier de ces entreprises et associations d'entreprises.⁷

3 L'évolution du droit national

Le nouvel espace géographique de l'avocat, l'abolition du critère de nationalité à l'intérieur de l'Union et l'application au cabinet d'avocat des règles du droit de la concurrence ont eu une influence forte sur le droit national : Il convenait, dans un premier temps, d'abroger les restrictions contraires au droit européen, par exemple le critère de nationalité et l'interdiction d'ouvrir un cabinet secondaire dans un autre Etat-Membre. Au-delà de cette adaptation minimale et obligatoire s'est ensuite engagée une réflexion plus large sur l'intérêt d'adapter des règles professionnelles à l'évolution du marché.

3.1 L'Allemagne

Au cours des dernières décennies, les règles professionnelles ont été profondément réformées sous la double influence du droit européen, tel qu'interprété par la CJCE et des exigences constitutionnelles allemandes. En ce qui concerne ces dernières, l'article 12 de la Loi Fondamentale (constitution) allemande pose le principe du libre accès aux professions et de leur libre exercice. Toute réglementation professionnelle doit être compatible avec ce principe constitutionnel auquel la Cour Constitutionnelle allemande, le puissant gardien des libertés fondamentales, a donné une interprétation extensive.

C'est ainsi qu'à titre d'exemples,

- les règles professionnelles ont intégré le fait que l'espace d'exercice de l'avocat s'étendait au-delà des frontières,

⁶CJCE AM & S 18. 3. 1982, C-155/79 Rec. 1982, 1575, par. 24 ; confirmé par l'arrêt Akzo Nobel (note 19).

⁷Notamment CJCE Wouters 19. 2. 2002, C-309/99, Rec. 2002, I-1577.

- les restrictions de postulation ont été quasi-abolies,
- les règles sur la publicité professionnelle ont été largement libéralisées,
- l'association d'avocats sous forme de sociétés de capitaux a été admise.

A cela s'ajoute que les règles déontologiques résultant de la compilation de pratiques ou usages dont l'existence avait simplement été constatée par les présidents des barreaux ont été abrogées pour être remplacées par des règles émanant soit du législateur fédéral soit d'un parlement des avocats élu au suffrage universel.⁸ Par ailleurs, l'autonomie des barreaux à l'égard de l'Etat a été renforcée, notamment en transférant l'admission des candidats à la profession des services de l'Etat aux barreaux.

Si les changements résultant de ces libéralisations ont d'abord été imposés par la CJCE et la Cour Constitutionnelle au lieu d'être voulus par les représentants de la profession, une ouverture d'esprit et une volonté de modernisation ont progressivement fait place au conservatisme.

Toutefois, les changements ont trouvé leur limite là où, selon l'avis tant du législateur que de la vaste majorité des membres du barreau, le rôle spécifique et essentiel de l'avocat dans l'Etat de droit doit être préservé. C'est ainsi que, comme il y a quarante ans, l'avocat allemand reste, selon les termes de la loi, un « organe de la Justice »,⁹ et qu'en tant que tel il continue à être soumis aux règles essentielles d'indépendance et de probité.¹⁰ La fonction des barreaux, auxquels, comme par le passé, tout avocat doit appartenir, est restée inchangée. Le contrôle disciplinaire continue à être exercé par des juridictions spécialisées composées de magistrats professionnels et d'avocats. En résumé, le barreau allemand s'est modernisé tout en conservant le noyau dur de ses règles et de sa structure.

3.2 La France

Tout en étant l'héritier d'une longue tradition, le barreau français s'est lui aussi modernisé, au moyen d'une libéralisation des règles d'exercice professionnel, au cours des quatre dernières décennies. En l'absence, jusqu'à une réforme très récente, d'un contrôle constitutionnel jouant un rôle comparable à celui de la Cour Constitutionnelle allemande, les moteurs de la libéralisation étaient les exigences du droit européen, d'une part, et de la recherche de la compétitivité, d'autre part.

Farouche défenseur de son indépendance, à l'égard notamment d'un Etat central puissant, l'unité organisationnelle du barreau était depuis toujours le niveau local, sans qu'il y ait une institution normative ou représentative nationale. Aujourd'hui, le Conseil National des Barreaux assume cette double fonction,¹¹ même si les barreaux et notamment celui de Paris continuent à jouer un rôle essentiel.

Nombre d'interdictions restreignant l'exercice professionnel ont été levées. C'est ainsi que de multiples formes de sociétés ou groupements d'exercice professionnel existent aujourd'hui, que l'espace européen et international a été pleinement intégré

⁸ *Satzungsversammlung* près du Barreau Fédéral (BRAK).

⁹ §1 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO).

¹⁰ §§43 ss. BRAO.

¹¹ Art. 21-1 loi du 31. 12. 1971.

dans les règles professionnelles, que les règles de publicité ont été assouplies, que l'exercice de certaines activités accessoires a été autorisé.

Comme en Allemagne, le noyau dur des règles professionnelles et des structures de la profession est resté inchangé. L'avocat continue à être un « auxiliaire de Justice »,¹² les principes d'indépendance, de dignité et de probité sont maintenus, le contrôle disciplinaire continue à être exercé dans le cadre de l'ordre des avocats et le bâtonnier reste le chef de l'ordre.

3.3 L'Angleterre et le Pays de Galles

Nous n'évoquons pas le Royaume Uni dans son ensemble, mais seulement l'Angleterre et le Pays de Galles, l'Ecosse et l'Irlande du Nord étant autonomes en la matière. C'est dans la city de Londres qu'un nombre important des cabinets de taille mondiale a pris naissance et c'est là que se trouve encore aujourd'hui le centre décisionnel de ces firmes. Elles sont présentes en Allemagne, en France et dans de nombreux autres Etats européens. Leur influence au sein de l'International Bar Association, la plus importante organisation professionnelle au niveau mondial, comme dans le monde des affaires est indéniable. Ce qui se passe en Angleterre est donc d'un intérêt certain pour le reste de l'Europe.

Au cours de la période concernée et plus particulièrement des quatre dernières années, les règles régissant l'organisation professionnelle, la discipline et les formes d'exercice ont connu des bouleversements extrêmement profonds qui vont bien au-delà des mesures de libéralisation et de modernisation entreprises en Allemagne et en France. Ces changements affectent autant les solicitors que les barristers.

Ce bouleversement profond est représenté par une loi, entrée en vigueur le 30 octobre 2007, le Legal Services Act.¹³ A la lumière des débats parlementaires, la volonté politique de réformer profondément les professions juridiques, a pour origine un mécontentement populaire résultant, selon les parlementaires, de l'absence de contrôle disciplinaire efficace au sein de la profession de solicitor. S'y est ajouté une croyance profonde dans les vertus de la concurrence afin de faire baisser le prix des prestations judiciaires et juridiques, la compétition ayant en outre, selon ces économistes, l'effet de stimuler l'effort de qualité. La loi, telle qu'elle existe aujourd'hui, est assez fidèle aux objectifs fixés dès l'origine par le gouvernement anglais au rapporteur Sir David Clementi. Il convient toutefois de noter que l'enthousiasme initial des représentants de la profession de solicitor a fait place, depuis que la loi est entrée en vigueur, à des prises de position plus réservées et prudentes.

Auparavant, et malgré les différences résultant des traditions anglaises et du système du common law par opposition au civil law, les organisations professionnelles, structures d'exercice et règles professionnelles étaient dans les grandes lignes semblables à celles qui existent en Allemagne, en France et dans la majorité des pays d'Europe continentale.

Par rapport à cette situation antérieure, le Legal Services Act introduit trois changements majeurs :

¹²Art. 3 loi du 31. 12. 1971.

¹³Legal Services Act 2007 (LSA) <http://www.justice.gov.uk/publications/legalservicesbill.htm>.

3.3.1 Nouvelles autorités de régulation

Auparavant, les organisations des deux professions d'avocat (Law Society of England and Wales et General Council of the Bar) bénéficiaient d'une large autonomie à l'égard de l'Etat et fixaient elles-mêmes les règles d'exercice professionnel, dans le cadre de la loi. La législation nouvelle a introduit un profond changement dans la mesure où elle remplace l'organisation antérieure par une organisation à deux étages, au niveau supérieur un organisme chargé de réguler toutes les professions juridiques, The Legal Services Board,¹⁴ sous l'autorité duquel exercent au niveau inférieur des organismes spécifiques pour chaque profession (Solicitors Regulation Authority et Bar Standards Board). Les organisations existantes ne sont pas dissoutes, mais elles sont amputées de la partie régulatrice de leurs attributions antérieures et se transforment en une sorte de syndicats professionnels.

Ce qui frappe est d'une part que le pouvoir exécutif de l'Etat (*gouvernement/Regierung* au sens français ou allemand) est investi de pouvoirs accrus dans la régulation de la profession d'avocat, puisqu'il appartient au gouvernement de nommer les membres du Legal Services Board et, d'autre part, que les autorités de régulation de premier comme de deuxième niveau sont composées majoritairement de personnes étrangères aux professions dont ces nouvelles instances fixent les règles.

3.3.2 Nouvelle autorité de règlement des litiges

La prétendue insuffisance des instances de contrôle de l'exercice professionnel ayant été vivement critiquée par les parlementaires, il n'est pas étonnant que la loi nouvelle remplace ces instances par une nouvelle autorité dénommée Office for Legal Complaints,¹⁵ elle aussi composée de personnes étrangères à la profession.

3.3.3 Les structures d'exercice alternatives

Par le passé, les cabinets d'avocats devaient appartenir à des avocats et ne pouvaient donc être la propriété de personnes étrangères à la profession concernée. Cette restriction s'applique très largement à travers le monde. Le Legal Services Act apporte sur ce point une nouveauté extraordinaire, dans la mesure où il autorise, à l'expiration d'une période transitoire qui doit prendre fin courant 2011, la constitution de firmes d'avocats appartenant intégralement à des non avocats. Ce sont les Alternative Business Structures (ABS).¹⁶ Suivant un exemple australien, ces firmes pourront même être cotées en bourse.

Les associés ou actionnaires d'ABS devront être « fit and proper », une condition que selon la volonté du législateur une banque, une compagnie d'assurance, mais généralement toute entreprise ou tout entrepreneur honnête rempliront facilement.

La direction sera bicéphale, l'exercice professionnel au sein de la structure étant réservé à un avocat, tandis que la gestion financière et entrepreneuriale pourra se trouver entre les mains d'un non avocat.

¹⁴LSA Sections 2 à 7 et Schedule 1.

¹⁵LSA Sections 114 ss.

¹⁶LSA Sections 71 ss.

4 Où tracer la ligne de démarcation entre business et organe de la Justice ?

Après avoir cherché à décrire de manière objective les principales évolutions qui depuis l'entrée en vigueur du Traité de Rome ont façonné la profession d'avocat, je pose de nouveau la question de savoir si l'avocat est un entrepreneur comme les autres et si le cabinet d'avocat est une entreprise comme toute autre entreprise. Il y a quarante ans, dire que le métier d'avocat est un business aurait choqué la grande majorité des membres de la profession et aura peut être même constitué une violation de la déontologie. Il est un fait que quatre décennies plus tard, il n'est pas choquant d'affirmer que l'avocat est un entrepreneur.

4.1 Une nécessaire évolution

L'ouverture de l'avocat au monde était une nécessité. L'évolution technologique a raccourci les distances, réellement et virtuellement, et a ainsi donné naissance à ce phénomène que nous appelons mondialisation, avec ses répercussions non seulement sur les entreprises mais aussi sur les individus. En appliquant une approche exclusivement économique, on peut dire que le marché est devenu mondial et que cette nouvelle dimension du marché justifie à elle seule que la sphère d'activité de l'avocat se soit étendue jusqu'aux limites géographiques de ce marché élargi. Je pense pour ma part que ce phénomène économique n'est pas une justification suffisante de l'abrogation des règles qui limitaient le cadre d'activité de l'avocat aux frontières d'un Etat. Ce qui compte, c'est que les frontières de l'espace de vie des personnes physiques et morales ont été poussées, dans l'Union Européenne au sein d'une communauté organisée d'un genre nouveau, mais même au-delà des frontières de l'Europe, que ce soit dans un cadre réglementé, comme celui de l'Organisation Mondiale du Commerce, des conventions sur les réfugiés et demandeurs d'asile ou encore celui du Tribunal Pénal International, que ce soit dans un cadre purement factuel, comme celui des millions de personnes qui migrent illégalement à travers le monde dans l'espoir de vivre mieux ailleurs. La profession d'avocat a le devoir de s'adapter à ce cadre nouveau, car son rôle est d'assister les femmes, les hommes, les entreprises, les associations et autres groupements dans l'espace qui est leur cadre réel de vie ou d'exercice. L'extension de ce cadre de vie ou d'exercice coïncide avec l'extension du marché ; c'est tant mieux, mais c'est elle et non pas le fait économique d'extension du marché qui justifie l'abolition des règles limitant l'activité de l'avocat aux frontières d'un pays. Le fait que le champ d'activité de l'avocat soit devenu européen ou même mondial ne modifie pas le rôle de l'avocat dans la société. Je reviendrai un peu plus loin sur ce point.

Cette extension géographique a néanmoins un effet qui peut avoir indirectement pour conséquence de faire ressembler le cabinet d'avocats à d'autres entreprises prestataires de services. Pour assister une société multinationale dans un projet de dimension mondiale, un cabinet d'avocats doit avoir une taille insoupçonnable il y a quarante ans. La firme d'avocats devient elle-même une entreprise de taille mondiale, composée d'un grand nombre d'avocats et d'autres professionnels. L'organisation et la gestion d'une telle entreprise, qu'elle ait pour activité des prestations juridiques ou, par exemple, publicitaires, est nécessairement différente de celle d'une structure

exerçant en un seul lieu. Devenir une telle entreprise multinationale sans abandonner la spécificité de la profession d'avocat est un challenge tout particulier ; la plupart des firmes d'avocat de taille mondiale prouvent que c'est possible.

Comme nous l'avons exposé plus haut, le fait de traiter, sur le plan du droit de la concurrence, le cabinet d'avocats comme une entreprise est un autre fait marquant de l'évolution intervenue au cours des quatre dernières décennies. L'avocat est aussi un acteur économique et cette assimilation n'est pas choquante. Ceci étant, l'application du droit de la concurrence aux cabinets d'avocats ne détermine pas la réponse à la question de savoir si le cabinet d'avocats est une entreprise qui doit être assimilée en tous points aux entreprises commerciales.

4.2 Les limites à ne pas dépasser

Quand au Pakistan le pouvoir exécutif cherche à museler le pouvoir judiciaire, le barreau se dresse à côté des juges pour défendre l'indépendance de la Justice. Quand en Tunisie le pouvoir exécutif opprime les défenseurs des droits de l'homme, des avocats prennent publiquement leur défense. Quand en Chine des droits élémentaires sont bafoués, il y a des avocats qui prennent la défense des libertés au risque de leur propre sécurité. Chaque fois l'avocat, parce qu'il est avocat, joue un rôle qui n'a rien à voir avec celui d'un entrepreneur. S'agit-il de cas extrêmes non transposables à nos démocraties européennes ?

La plus grande de nos démocraties occidentales a créé un centre de détention dans lequel les droits fondamentaux sont abolis.¹⁷ C'est le barreau qui se bat contre cette zone de non droit et qui parvient, avec le concours des juges, à la faire abolir. Ou encore la lecture de commentaires du code de procédure pénale français permet de constater que très souvent ce n'est que la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui a permis de rectifier les atteintes au droit fondamental à un procès équitable que les lois d'un Etat démocratique n'avaient pas empêchées. Ce sont des avocats qui ont porté ces affaires devant la juridiction européenne des Droits de l'Homme après le long parcours d'épuisement des voies de recours internes. Les atteintes à l'Etat de droit ne sont pas l'exclusivité de régimes moins démocratiques que les nôtres et sans avocats la défense contre ces atteintes serait irréalisable, même si elle est moins risquée dans nos démocraties qu'ailleurs.

L'avocat a dans sa déontologie le devoir de faire passer les intérêts de son client devant les siens propres, y compris en matière financière. A titre d'exemple, il ne doit pas interjeter appel d'un jugement si l'appel n'a pas de chance d'aboutir, alors que la procédure d'appel lui procurerait du chiffre d'affaires et un bénéfice supplémentaires. Même en dehors de toute procédure judiciaire, par exemple en déterminant le cadre approprié d'une due diligence, l'avocat est tenu par ce devoir de mettre l'intérêt du client avant le sien propre. Par contre, le vendeur de voiture qui convainc son client d'acheter une option couteuse mais parfaitement inutile pour le client en question, ne contrevient à aucune obligation déontologique.

L'avocat est certes un entrepreneur, il doit gagner des clients sur un marché concurrentiel, réaliser un chiffre d'affaires et faire un bénéfice. Mais il est aussi un organe

¹⁷Le centre de détention de Guantanamo.

de la Justice au sens de la loi allemande, un auxiliaire de Justice au sens de la loi française, un *officer of the Court* au sens des pays de la *common law*. Il est un pilier de l'édifice qui s'appelle *Rechtsstaat*, état de droit ou *rule of law*. Sans ce pilier l'édifice s'écroulerait. C'est donc un entrepreneur d'un genre particulier.

Comme il a été exposé, la Cour de Justice reconnaît et souligne ce rôle.

Deux des réformes introduites par le *Legal Services Act* en Angleterre et au Pays de Galles mettent en danger ce rôle spécifique de l'avocat.

(i) Le *Legal Services Board*, super-régulateur des professions juridiques, a une proximité dangereuse avec le pouvoir exécutif qui est prédominant dans la désignation de ses membres. L'indépendance des forces influentes de la société et en particulier du pouvoir exécutif de l'Etat est un élément essentiel d'un barreau indépendant. Un rôle difficile mais nécessaire de l'avocat dans un Etat de droit, est de défendre l'individu, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, contre la puissance publique. La proximité du pouvoir exécutif avec le régulateur de la profession d'avocat est un danger. Il y a tout lieu de penser que dans une démocratie ancienne et bien établie, telle que l'Angleterre, cette proximité ne donnera pas lieu, en pratique, à des interférences susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de la profession. Mais le Royaume Uni est un pays que nombre de pays où l'Etat de droit est moins bien établi observent de près, ne serait ce qu'en raison de leur communauté d'histoire et de système juridique. Un régime moins démocratique pourrait trouver dans le nouveau système anglais une excellente excuse pour introduire une autorité de régulation d'apparence semblable, mais portant véritablement atteinte à l'indépendance du barreau.

(ii) La firme d'avocats appartenant par exemple à une banque, une compagnie d'assurance, une chaîne de supermarchés ou un club automobile (*Alternative Business Structure*) est un autre danger. A ces exemples s'ajoutera peut être bientôt l'externalisation de services juridiques sous la forme d'une filiale appartenant à cent pour cent à la société dont c'était auparavant le service juridique intégré, dans le but d'échapper aux conséquences de la jurisprudence récente de la CJCE confirmant que les juristes d'entreprise ne bénéficient pas du secret professionnel de l'avocat.¹⁸ D'une manière générale, c'est une évidence qu'un investisseur cherche à bénéficier d'un retour sur investissement maximal et que pour cette raison il ne va pas simplement regarder en *sleeping partner* l'évolution de l'entreprise dont il est le propriétaire. Imaginer que dans une telle constellation la division de la gérance entre un avocat chargé de la pratique professionnelle et un financier chargé de la gestion permet de préserver l'indépendance des avocats de la firme, paraît pour le moins naïf, à moins d'être hypocrite. Bien entendu, le propriétaire fera pression pour que la firme d'avocats réalise la maximisation des profits, à moins de poursuivre à travers la structure des finalités inavouées, comme de favoriser les affaires du club automobile ou d'échapper à la jurisprudence sur les *inhouse counsels*.

En conclusion, le cabinet d'avocats est une entreprise, mais une entreprise ayant un rôle particulier de défenseur essentiel de l'Etat de droit. Il en découle que, d'une part, toute règle déontologique ayant une finalité corporatiste est à proscrire, mais aussi, d'autre part, que toute dérégulation mettant en danger le rôle de l'avocat dans l'Etat de droit est à éviter.

¹⁸CJCE C-550/07 P, 14. 09. 2010, confirmant la jurisprudence A M & S.