

**L'exercice de la profession d'avocat en  
entreprise est-il opportun sur un plan économique ?**

*Bruno DEFFAINS, Professeur d'économie à l'Université de Paris X*

(Etude réalisée à la demande du Centre de Recherches et d'Etudes des Avocats, Conseil  
National des Barreaux)

*Etablie de manière indépendante à la demande du Centre de Recherches et d'Etudes des Avocats (CREA) pour le compte du Conseil National des Barreaux (CNB), la présente étude a pour objet de fournir aux représentants élus de la profession d'avocat quelques éléments de réflexion issus des sciences économiques sur l'opportunité éventuelle qu'il y aurait à autoriser l'exercice de la profession d'avocat en entreprise. .*

*De façon plus précise, le rapport tend à apporter l'éclairage de l'économie sur deux questions centrales :*

- 1. Du point de vue des avocats, est-il ou non opportun d'étendre l'exercice de la profession en entreprise, dans la mesure même où l'on peut a priori penser qu'une telle extension aurait pour effet quasi-mécanique de réduire la part que les avocats exerçant en cabinet détiennent sur ce marché spécifique qu'est le droit des entreprises ?*
- 2. Du point de vue de l'Etat et des usagers du droit que sont les entreprises, est-il ou non souhaitable d'autoriser l'exercice de la profession d'avocat en entreprise, alors qu'une telle autorisation reviendrait à réglementer plus étroitement qu'aujourd'hui l'exercice du droit en entreprise et cela non sans paradoxe à un moment où il apparaît aux yeux de certains (voir en ce sens, le rapport Attali) qu'il faut au contraire favoriser l'accroissement du « modèle concurrentiel », autrement dit le marché, au détriment du « modèle professionnel » ?*

## 1. QUELQUES GENERALITES EN GUISE D'INTRODUCTION

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il apparaît nécessaire de rappeler quelques données chiffrées et factuelles qui serviront de base à l'étude, avant de formuler quelques remarques générales sur le sens et les limites de notre étude.

**En termes d'effectifs**, le nombre de juristes d'entreprises est estimé entre 4000 et 5000, ce qui correspond approximativement à 10% du nombre des avocats au 1<sup>er</sup> janvier 2008. S'agissant des effectifs de chaque profession concernée comme des effectifs totaux, ils apparaissent très faibles au regard des pays industrialisés. Avec 70 avocats pour 100 000 habitants, la France se situe péniblement au niveau de la moyenne de ces pays (données CEPEJ). A l'occasion de la présente étude, c'est donc un problème économique général qui se pose concernant la place des professions juridiques dans la société.

**Le rapport remis le 27 janvier 2006 au Garde des Sceaux pose les bases de ce rapprochement**<sup>1</sup>. Le principe est celui d'une réforme au terme de laquelle les avocats pourraient, à l'avenir, choisir d'exercer leur profession en qualité de salarié d'une entreprise, tout en conservant leur titre, leur statut et leur déontologie. Dans le même temps, un certain nombre de juristes d'entreprise, répondant à des critères objectifs et transparents, fixés par la loi, pourraient intégrer la profession d'avocat, tout en conservant leur emploi et leur fonction au sein de leurs entreprises. Ainsi, la discussion porte essentiellement sur la création d'un nouveau mode d'exercice de la profession d'avocat : « avocat en entreprise ». Le groupe de travail a organisé sa réflexion autour de plusieurs thèmes.

S'agissant de son champ d'activité professionnelle, l'avocat en entreprise exercerait les mêmes fonctions de consultation et de rédaction d'actes, au profit de l'entreprise, que l'actuel juriste d'entreprise. En revanche, il ne devrait pas concurrencer les avocats sur le terrain judiciaire, en représentant ses employeurs et en plaçant devant les

---

<sup>1</sup> *Rapprochement entre les professions d'avocat et de juriste d'entreprise – Réflexions et propositions*, rapport remis au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Janvier 2006.

tribunaux. Pour que cela soit sans ambiguïté, la loi devrait interdire de plaider et de représenter son employeur devant les juridictions lorsque la représentation est obligatoire, notamment devant le tribunal de grande instance, mais aussi d'assister son employeur en matière pénale.

Le contrat de travail de l'avocat exerçant en entreprise serait régi par le code du travail, sauf dérogations expresses, prévues par la loi ou le règlement, justifiées par le respect de l'indépendance technique et de la déontologie professionnelle. Les contrats de travail seraient obligatoirement soumis au contrôle de l'autorité ordinaire et prohibées les clauses susceptibles de porter atteinte à l'indépendance que comporte le serment de l'avocat. En revanche, la clause de conscience, permettant à l'avocat salarié d'une entreprise de demander à son employeur d'être déchargé d'une affaire qu'il estimerait contraire à sa conscience serait obligatoire. L'avocat exerçant en entreprise serait donc soumis à une double autorité : s'agissant de la relation de travail, il relèverait du pouvoir hiérarchique du chef d'entreprise ; au plan professionnel, déontologique et disciplinaire, il relèverait du bâtonnier et du conseil de l'ordre compétents. Il respecterait les mêmes règles ou principes déontologiques que ses confrères ayant une activité purement libérale. C'est ainsi notamment qu'il serait, comme ses confrères, soumis aux règles du secret professionnel et de la confidentialité des correspondances entre avocats prévues par la loi du 31 décembre 1971. Les manquements aux principes essentiels et les contraventions aux règles professionnelles seraient susceptibles d'entraîner des poursuites disciplinaires. L'avocat exerçant en entreprise pourrait ainsi être jugé devant le conseil de discipline des avocats de la cour d'appel selon la même procédure que ses confrères ayant choisi un autre mode d'exercice. Les mêmes peines disciplinaires seraient en outre encourues.

Une telle réforme s'accompagnerait de l'intégration de certains juristes d'entreprise au sein de la profession d'avocat. En effet, le changement de statut professionnel ne pourrait être automatique, puisqu'il ne s'agirait pas d'une fusion entre deux professions réglementées. En dehors des conditions préalables de diplôme et de moralité, le juriste d'entreprise candidat à l'intégration, devrait justifier d'une pratique professionnelle de plusieurs années, à un certain niveau de responsabilité, au sein du service spécialisé et structuré, d'une ou plusieurs entreprises, dans l'intérêt de l'entreprise et non des clients

de celle-ci. En définitive, seul un nombre restreint de candidatures pourrait être accepté.

Les propositions du groupe de travail permettent aujourd'hui d'envisager ce que pourrait être un statut de l'avocat français, salarié d'entreprise, proche de celui de ses homologues européens. Le rapport remis le 27 janvier 2006 a néanmoins suscité des réactions nombreuses et diverses.

**Les travaux menés au sein du CNB** ont permis de mettre clairement en évidence les enjeux du rapprochement envisagé. Le rapport d'étape de 2004 rédigé par la Commission *ad hoc* Avocats / Juristes d'entreprises, dit rapport Jeantet, a mis plus particulièrement en avant la place du droit dans l'entreprise (et de façon plus générale le poids du droit dans la société), la question des débouchés pour les jeunes avocats ainsi que la confidentialité et le secret professionnel, autant de questions qui sont fondamentales et sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir.

**La présente étude s'inscrit dans un contexte européen particulier.** En premier lieu, certains pays prévoient en effet la possibilité de conserver le titre d'avocat tout en exerçant en entreprise. C'est notamment le cas aux Pays-Bas, en Allemagne, en Espagne, au Portugal, en Norvège, en Grèce, en Islande, en Pologne et au Danemark. En revanche, d'autres pays, dont la France, interdisent l'exercice de la profession d'avocat en entreprise. Il s'agit de l'Italie, de l'Autriche, de la Suède, de la Finlande et de la Hongrie. En second lieu, nous sommes à une époque où la Commission européenne plaide pour une dérégulation des professions juridiques. De cette optique, il apparaît important de faire le point sur les arguments économiques susceptibles de valider ou d'invalider ce postulat.

Pour autant, il faut bien avoir à l'esprit que l'analyse économique à laquelle nous procéderons se heurtera à une limite qui tient à **l'impossibilité de quantifier précisément les effets prévisibles des réformes envisagées**. La raison tient à l'absence de données exploitables. C'est la raison pour laquelle l'étude mobilisera

essentiellement deux types d'arguments économiques relatifs au statut social de « l'avocat exerçant en entreprise ». D'une part, des arguments de type micro-économique (mécanismes incitatifs fondés sur les problèmes informationnels, prix et qualité des services offerts) qui conduisent à privilégier l'octroi d'un titre réservé aux avocats. D'autre part, des arguments relevant de l'économie publique (ou de l'économie du bien-être) qui justifient l'organisation actuelle du barreau tant du point de vue des effectifs que des conditions d'accès à la profession. C'est ainsi que seront particulièrement mis en avant les arguments relatifs à la contribution de la profession au service public de la Justice.

**PREMIERE QUESTION : QUELS POURRAIENT ETRE LES EFFETS PRODUITS PAR L'ADMISSION DE L'EXERCICE DE LA PROFESSION D'AVOCAT EN ENTREPRISE SUR LA PROFESSION DANS SON ENSEMBLE ?**

Pour répondre aux interrogations relatives aux conséquences à moyen et long terme sur le chiffre d'affaires de l'ouverture de la profession d'avocat à l'exercice en entreprise, il ne faut absolument pas raisonner sur le postulat implicite que le marché du droit serait en quelque sorte un gâteau que les avocats se partageraient, ce qui entraînerait nécessairement une diminution de la part de chacun en raison de l'augmentation de leur nombre.

Ce qu'il faut en effet mettre en évidence, c'est plutôt **un effet d'induction selon lequel l'offre de droit crée (au moins partiellement) la demande de droit.**

Qu'est-ce à dire ?

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 <sup>2</sup>. 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.

La relation avocat-client est souvent étudiée dans ce cadre en tenant compte d'une complication particulière résultant de l'existence d'asymétries informationnelles entre les deux côtés du marché <sup>3</sup>. Lorsqu'il choisit de défendre un dossier, l'avocat n'est pas parfaitement informé sur les caractéristiques de l'affaire ; de même lorsqu'il choisit un défenseur, le justiciable n'a pas non plus une information parfaite. La solution doit être recherchée du côté de la forme de la convention d'honoraires. La littérature économique s'est efforcée de comparer dans ces conditions les mérites économiques des différents systèmes de tarification possibles (tarifs horaire, forfaitaire ou au résultat).

Un point important mérite cependant d'être discuté concernant l'autonomie ou non de la demande par rapport à l'offre. Le modèle standard considère en général que la demande est autonome. Dans ce cas, pour une demande donnée, si l'offre augmente le prix baisse. Autrement dit, si le nombre d'avocats augmente pour une demande de service juridique constante, le chiffre d'affaires de chaque avocat est susceptible de diminuer.

**Les études statistiques <sup>4</sup> dévoilent cependant des particularités que ne peut saisir le modèle standard puisqu'elles conduisent à remettre en cause l'autonomie**

---

<sup>2</sup> Pour une synthèse de la littérature, on peut consulter B. Deffains, L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques, *Revue Française d'Economie* 1997, pp. 57-101, ou B. Deffains et M. Doriat, Equilibre et régulation du marché de la justice, *Revue Economique* 2001, pp. 949-974.

<sup>3</sup> Voir par exemple, Miceli et Segerson (1991), Contingent Fees for Lawyers : the Impact on Litigation and Accident Prevention, *Journal of Legal Studies*, pp. 381-399 ou encore Rubinfeld et Scotchmer (1994), Contingent Fees for Attorneys : an Economic Analysis, *Rand Journal of Economics*, pp. 343-356.

<sup>4</sup> Voir notamment Deffains et Doriat (*Revue Economique*, 2001) ou le rapport pour le GIP « Droit et Justice » dirigé par Cohen et Garapon en 2001 sur la qualité de la Justice.

**de la demande par rapport à l'offre et à développer une approche qui met l'accent sur des effets d'induction.**

En effet, la fonction de demande de justice se révèle peu élastique au prix. Le concept de demande au sens traditionnel se trouve ainsi discutable. Il semble en particulier que c'est dans le cabinet d'avocat que se prend en partie la décision de consommer ; l'avocat est à la fois révélateur du besoin et producteur du service. **Offre et demande sont interdépendantes, la fonction de demande est en partie endogène au comportement de l'offreur de services.**

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.**

**Notre opinion est que cette logique d'interdépendance entre offre et demande est particulièrement vraie dans le domaine du droit des affaires et du droit de l'entreprise.** En liaison avec les remarques faites au paragraphe précédent sur la place du droit dans l'entreprise, il est avéré que les besoins dans ce domaine sont sinon illimités, au moins insatisfaits. L'idée revient souvent que les avocats sont en mesure de susciter du contentieux dans ce domaine. Au-delà des règles juridiques applicables aux entreprises, force est de constater que c'est le droit tout entier qui s'est formidablement répandu au point d'envahir tous les domaines et chaque moment de l'activité économique. L'objectif d'une politique de gestion juridique est de garantir un niveau de risque acceptable pour l'entreprise en mettant en œuvre des actions prenant notamment en considération l'environnement juridique et institutionnel dans lequel elle évolue. La mise en œuvre d'une politique de gestion des risques intégrant les risques juridiques est tout à fait conciliable avec les exigences de l'entreprise en matière industriel et commercial. Reste à s'assurer que l'offre est capable de répondre à cette demande. Depuis les affaires comme *Enron* ou *Worldcom*, les entreprises ont compris

l'importance d'avoir leur propre service juridique pour prévenir les risques. Comme nous l'avons déjà mentionné, les compétences à mobiliser sont le plus souvent spécifiques à l'avocat en entreprise.

On peut ajouter que ce phénomène d'induction est accentué avec la diversification de l'offre, car elle couvre mieux les caractéristiques des bénéficiaires potentiels des services d'avocats.

On peut enfin remarquer que cette analyse n'est pas intrinsèquement incompatible avec le modèle standard dès lors que l'on considère que la différence entre services juridiques et les autres biens économiques est essentiellement une différence de degré dans la mesure où les coûts d'information sont plus élevés dans ce secteur.

## **SECONDE QUESTION : L'EXERCICE DE LA PROFESSION D'AVOCAT EN ENTREPRISE EST-ELLE JUSTIFIEE D'UN POINT DE VUE ECONOMIQUE, ALORS QU'ELLE ENTRAINE UN SURCROIT DE REGLEMENTATION ?**

Afin de répondre à cette question, nous exposerons dans un premier temps les éléments contextuels ainsi que les fondements méthodologiques de l'étude. Puis nous passerons en revue l'ensemble des arguments économiques susceptibles d'être mis en avant afin d'identifier les conditions d'une réglementation professionnelle efficace relative à l'exercice de la profession d'avocats en entreprise. Après avoir traité les questions générales relatives au contrôle des compétences et des comportements, nous étudierons ensuite certaines questions spécifiques aux avocats en entreprise, en particulier celles relatives au statut, à la représentation et à la confidentialité.

### **1. ELEMENTS CONTEXTUELS**

Les professions juridiques, à l'instar de la plupart des professions réglementées, sont au cœur de nombreux débats et projets de réformes. La Commission Européenne en particulier s'est engagée dans la voie de la dérégulation depuis le début des années

2000. Jugeant le secteur juridique trop fortement régulé dans certains pays, dont la France, elle souhaite une ouverture au « modèle concurrentiel », qui fait confiance au mécanisme du marché pour assurer une organisation efficace de la profession, par opposition au « modèle professionnel », qui privilégie au contraire une logique réglementaire susceptible de pallier les défaillances du marché.

Nous n'entendons pas rendre compte ici de l'ensemble des dimensions de la régulation des professions juridiques, mais nous concentrons sur une dimension spécifique, celle des frontières de la profession. Toutefois, dans la mesure où cette dimension s'inscrit dans une logique de déréglementation globale, il est important de garder à l'esprit les interactions possibles avec les autres dimensions (conditions d'entrée, contrôle des comportements,...).

Dans ces conditions, **même s'il est impossible d'évaluer quantitativement les effets de différentes formes d'organisation de la profession d'avocat, en particulier les conséquences de l'ouverture de l'exercice de la profession en entreprise, il existe toute une série d'arguments permettant de mettre en évidence des effets économiques qualitatifs.** Ces arguments ont dans l'ensemble été validés par des recherches antérieures dont nous proposons ici une synthèse.

## **1.1. Le poids du droit dans l'entreprise**

Cet argument est à juste titre mis en avant dans le rapport Jeantet de 2004 lorsqu'il retient que « **La qualité d'avocat du juriste interne de l'entreprise renforcerait, par le prestige et l'exigence du titre, et par la reconnaissance de son indépendance, la place du droit dans l'entreprise** ».

Par ailleurs, cet investissement de l'avocat dans tout le droit de l'entreprise permettrait de corriger l'image actuelle de la profession qui est essentiellement judiciaire, ce qui fait que la profession a très peu de relations avec les milieux économiques (MEDEF, CGPME...) ou les ministères à caractère économique (Finances, Industrie, PME,...). Cette évolution semble d'autant plus urgente qu'un

nombre croissant de jeunes avocats optent pour le droit des affaires <sup>5</sup>. Ce choix semble dicté par l'évolution du marché du travail. Les grands groupes comme les PME doivent en effet faire face à des réglementations de plus en plus nombreuses et complexes et à des consommateurs qui hésitent de moins en moins à s'engager dans des procédures contentieuses.

D'un point de vue économique la question est celle de l'externalisation (*outsourcing*) ou de l'internalisation (*insourcing*) de leurs services juridiques. Les deux logiques peuvent s'avérer efficaces. La question pertinente est celle de leur frontière. Celle-ci peut en effet se déplacer d'un secteur à l'autre ou d'une firme à l'autre selon plusieurs paramètres (spécificité des actifs, fréquence des transactions et incertitude). Les travaux économiques ont permis de mettre en évidence qu'à niveau d'incertitude donné, plus la spécificité et la fréquence sont importantes, plus l'arrangement institutionnel adopté tendra à une intégration verticale des activités et donc vers un mode de coordination « hors marché », autrement dit l'internalisation. Bien entendu, l'intégration verticale et l'extension de la coordination hiérarchique sont limitées en raison des problèmes d'incitation et de bureaucratie, mais la logique s'impose naturellement. En d'autres termes, **il semble préférable de laisser la possibilité pour les entreprises d'internaliser la fonction d'avocat (conseil et défense) dès lors qu'elles se trouvent confrontées à un risque de conflits répété, de façon à bénéficier des rendements d'échelle, des effets d'apprentissage et des compétences juridiques spécifiques.**

Dans le même sens, et pour rejoindre une nouvelle fois le rapport Jeantet, les hommes du chiffre ont le monopole de l'audit et de la certification en entreprise, y compris des actes juridiques liés à la société. L'ouverture de l'exercice de l'avocat en entreprise permettrait de donner plus de poids à l'institution juridique aux côtés des hommes du chiffre et faciliterait la mise en place d'un véritable « commissariat du droit ».

---

<sup>5</sup> C'est ce qui ressort d'un sondage réalisé par la « Lettre des juristes d'affaires » et l'Ecole Française du Barreau, Même si elle n'est que très indicative, cette enquête avance que 79 % des anciens diplômés exercent dans le droit des affaires et qu'un tiers n'exclut pas de devenir juriste d'entreprise.

## 1.2. Droit de l'entreprise et croissance économique

De nombreux travaux ont mis en évidence une relation réciproque entre droit et croissance économique. Les recherches de La Porta, Lopez de Silanes, Shleifer et Vishny popularisés par la Banque Mondiale sont à l'origine de ce mouvement<sup>6</sup>. L'idée générale veut que **lorsque la qualité du droit (notamment du droit de l'entreprise) s'améliore, la sécurité des transactions est meilleure (impliquant une baisse des coûts de transaction), ce qui contribue positivement à la croissance économique.** Le phénomène serait d'ailleurs cumulatif dans la mesure où le gain de croissance peut lui-même être utilisé en partie pour renforcer la qualité du système juridique.

Le rapport a suscité de nombreux débats dans la mesure où il conduit ou conduirait à mettre en évidence une différence entre les systèmes de droit civil et ceux de *common law*. Il a toutefois le grand mérite de poser les bases d'une réflexion à la fois théorique et empirique sur l'impact du droit sur les performances des économies modernes. Un premier niveau de lecture conduit à privilégier les réformes juridiques qui semblent les plus favorables à la vie des affaires (réduire les délais et les procédures en matière de création d'entreprise par exemple). Cela concerne donc principalement les pouvoirs publics. Un second niveau de lecture semble plus particulièrement intéressant du point de vue des professions juridiques. En effet, **l'amélioration de l'environnement juridique des agents économiques ne passe pas uniquement par des réformes structurelles, elle relève également d'une logique organisationnelle.** En d'autres termes, l'accroissement des moyens consacrés par les firmes à leur « organisation juridique » contribue à améliorer leur efficacité et, par extension, la productivité et donc la croissance de l'ensemble de l'économie. C'est à ce niveau que la profession d'avocat en entreprise devient essentielle dès lors que l'on admet que les conditions d'une mise en œuvre efficace et effective du droit dépendent en grande partie de la qualité des intervenants en matière de conseils juridiques. Il est de ce point de vue intéressant de noter que les pays qui obtiennent les meilleurs

---

<sup>6</sup> La Porta R., Lopez de Silanes F., Sheilfer A. et Vishny R. (1998), « Law and Finance », *Journal of Political Economy*, vol. 106, December, pp. 1113-1155. Voir également le dernier rapport « Doing Business in 2008 », disponible en ligne sur le site de la Banque Mondiale : [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org).

classements dans le cadre des évaluations internationales sont précisément ceux qui admettent le principe de l'exercice de la profession d'avocat en entreprise.

Nous défendons pour notre part l'idée d'**un effet multiplicateur** : un euro dépensé pour améliorer la qualité du droit dans l'entreprise crée une richesse plus que proportionnelle au montant investi <sup>7</sup>. En d'autres termes, le recours à l'avocat ne doit pas simplement être interprété comme un coût pour l'entreprise. Il s'agit d'un investissement qui est à l'origine de création de richesse. Même si cet effet est difficile à mesurer, il est clair que l'avocat a un rôle à jouer dans le renforcement de l'image de l'entreprise et de sa crédibilité vis à vis de ses clients et de ses partenaires. Il doit contribuer également à pérenniser l'activité de l'entreprise et à faciliter son adaptation au changement d'environnement juridique et économique. **La gestion des risques juridiques est souvent perçue comme un poste de charges inutile. Elle permet pourtant de prévenir des sinistres dont les conséquences financières sont sans commune mesure avec les investissements induits par sa mise en œuvre.**

### **1.3. Les effets de la compétition juridique**

Dans bon nombre d'Etats membres de l'Union européenne, les avocats exercent une partie de leur activité dans le secteur économique, soit à titre libéral, soit en entreprise en qualité de salariés (Allemagne, Danemark, Espagne, Grèce, Irlande, Pays-Bas, Royaume-Uni). Ce constat doit être rapproché du fait que l'on compte plus de 120 000 avocats en Allemagne comme au Royaume-Uni (contre moins de 50 000 en France).

En mettant en place un dispositif équivalent à ceux existant chez nos voisins, **l'avocat français qui exercerait en entreprise pourrait ainsi travailler avec les mêmes armes et la même protection que ses confrères étrangers, notamment en matière de confidentialité des avis juridiques et de secret professionnel.** A défaut,

---

<sup>7</sup> Plus précisément, le concept de multiplicateur cherche à capturer les effets d'un supplément de ressources consacrées à la justice. En guise d'illustration, si l'incertitude juridique pour laquelle les agents économiques éprouvent de l'aversion dépend, en particulier, des délais avec lesquels les décisions sont prises, l'accroissement des moyens devraient réduire l'incertitude en faisant en sorte que les affaires seront traitées plus rapidement.

on risquerait de voir de grandes entreprises placer des avocats étrangers à la tête des directions juridiques et on pourrait assister à une délocalisation des responsabilités juridiques des principaux groupes internationaux.

Dans le même sens, on comprend bien les enjeux d'une bonne maîtrise de l'environnement juridique pour les entreprises exportatrices à travers des enquêtes récentes. **Il apparaît en effet que les entreprises sont parfois dissuadées de s'engager dans des activités commerciales à l'étranger faute de pouvoir s'adapter au droit des pays étrangers.**

Un sondage commandé par le cabinet d'avocats Clifford Chance permet de se faire une idée de la situation. Les questions, élaborées avec l'aide de deux universitaires d'Oxford, ont été posées à 175 sociétés, installées dans huit des Etats membres de l'Union, les plus divers : grands et petits marchés, pays membres de longue date et nouveaux venus, traditions « europhiles » et « eurosceptiques »<sup>8</sup>. Les sociétés interrogées appartenaient aussi à des secteurs variés<sup>9</sup>. La plupart étaient de grandes entreprises (250 salariés ou plus), environ 20% d'entre elles des PME (ce sont sans doute celles-ci qui souffrent le plus des divergences actuelles entre droits nationaux des contrats). Les résultats n'ont pas révélé de divergences significatives entre les différents Etats membres, entre les PME d'une part et les grandes entreprises d'autre part, entre les différents secteurs d'activité. Près de deux tiers des entreprises interrogées, et surtout les grandes entreprises, considèrent la liberté de choisir le droit applicable comme un avantage<sup>10</sup>. 83% des sondés répondent que la possibilité de désigner un droit autre qu'européen est importante pour leurs transactions internationales, même si les deux tiers préfèrent choisir leur propre droit national (la proportion varie ici considérablement d'un pays à l'autre : 42 % en Espagne, 73 % en France et 97 % au Royaume-Uni). Plus de quatre sociétés sur dix choisissent, au moins

---

<sup>8</sup> Les entreprises venaient des pays suivants : Allemagne (30 entreprises, soit 17,1%), Espagne (12 / 6,9%), France (30 / 17,1%), Hongrie (17 / 9,7%), Italie (20 / 11,4%), Pays-Bas (21 / 12,0%), Pologne (15 / 8,6%), et Royaume-Uni (30 / 17,1%)

<sup>9</sup> Commerçants (21,7%), énergie et matières premières (6,3%), santé et sciences du vivant (9,1%), fabrication et construction (24,0%), services (12,0%), technologies (15,4%), transports (9,1%), autres (2,3%).

<sup>10</sup> 61% considèrent le fait de pouvoir choisir comme un avantage (47% des PME, 65% des grandes entreprises ; mais 38% seulement au Pays-Bas, 50% au Royaume-Uni et 88% en Hongrie), contre 33% (41% des PME et 30% des grandes entreprises).

de temps en temps, un droit étranger parce que leur propre droit des contrats ne leur semble pas adapté à leurs objectifs <sup>11</sup>. A la question de savoir quel était le droit le plus utilisé dans leurs transactions internationales, un quart des personnes interrogées ont répondu « le droit britannique » (voulant probablement dire le droit anglais). C'est deux fois et demi plus que n'importe quel autre système, aucun des autres pays n'obtenant plus de 11 % des réponses (pour le droit français). Quelles sont les caractéristiques d'un bon droit des contrats ? Celui-ci doit « favoriser les échanges », être « prévisible » et être « juste »<sup>12</sup>..

Il est intéressant de remarquer que 42 % des entreprises européennes déclarent avoir tendance à éviter certains pays européens à cause de leur système juridique. Les pays les plus fréquemment cités à cet égard sont l'Italie (32 %), la France (23%), le Royaume-Uni (23%), l'Allemagne (16%), l'Espagne (16%) et la Grèce (15%). Les raisons avancées varient : certaines sont très précises (comme par exemple « la manière dont le droit allemand traite la décharge des obligations »), mais la plupart se révèlent extrêmement vagues, ainsi l'assertion selon laquelle les juges belges seraient « arbitraires », les transactions ou les procédures juridiques en Italie ou en Espagne « trop longues », ou encore le droit français serait « protectionniste » ou « trop soucieux de l'intérêt de ses propres citoyens ». Encore faut-il se méfier de la méconnaissance des uns par les autres.

Près des deux tiers des entreprises interrogées mentionnent l'existence d'obstacles au commerce avec les autres Etats membres <sup>13</sup>, parmi lesquels : les impôts, **les différences entre systèmes juridiques, le coût de l'obtention de conseils juridiques sur un droit étranger**, la transposition différentielle des directives européennes et enfin la bureaucratie ou la corruption. Les différences culturelles et le problème de la

---

<sup>11</sup> 17% le font « souvent » (15% des PME et 17% des grandes entreprises), 26% « parfois » (15% des PME et 29% des grandes entreprises), 29% « presque jamais » et 21% « jamais ».

<sup>12</sup> Favoriser les échanges : 87%, être prévisible : 79%, juste : 78%, flexible : 66%, concis : 61%, normatif : 39%, autres réponses : 12% (ce chiffre se rapporte uniquement aux personnes qui pensent que le choix du droit applicable à leurs transactions internationales a de l'importance).

<sup>13</sup> davantage en Pologne (80% ayant connu de « grands » ou du moins « certains » obstacles), en Allemagne (77%) ou au Royaume-Uni (74%), qu'aux Pays-Bas (62%), en Hongrie (59%), en Espagne (59%), en France (57%) ou en Italie (50%).

langue sont encore évoqués <sup>14</sup>. Tous ces obstacles ne sont toutefois pas jugés insurmontables : seuls 10% des sondés considèrent qu'ils ont un impact financier « important », 52% pensent qu'ils ont un « certain » impact et 27% qu'ils ont un impact « minimal » sur leur organisation <sup>15</sup>. Quatre sociétés sur dix (43%) se déclarent « peu souvent » dissuadées.

Il ressort assez nettement de cette enquête que **les entreprises expriment un besoin en matière de conseil juridique d'autant plus important qu'elles sont engagées dans la compétition internationale**. Cet argument vient renforcer les précédents en termes d'effets d'induction et de multiplication (que nous avons abordés en réponse à notre première question) pour plaider en faveur d'un rôle accru de l'avocat en entreprise.

## **2. ELEMENTS METHODOLOGIQUES**

### **2.1. Considérations générales sur les réglementations professionnelles**

Dans tous les pays, certaines professions sont réglementées, soit directement soit par délégation de pouvoirs de réglementation à des associations professionnelles. Ces réglementations régissent les conditions d'entrée dans une activité ou accordent des droits d'exclusivité pour l'exercice de certaines d'entre elles. Elles portent aussi sur les normes et conditions de pratique, par exemple les restrictions sur la publicité, sur la possibilité de recourir à des auxiliaires ou sur les formes organisationnelles des sociétés. Le détail des réglementations diffère considérablement d'un pays à l'autre. Il y a aussi des différences notables dans l'éventail des professions réglementées.

Cette organisation du marché des services professionnels est très différente de ce qu'on observe habituellement dans les marchés de biens ou de services. Il y a peu de

---

<sup>14</sup> Sur une échelle de un à dix (un représentant un impact nul et dix un impact maximal), les résultats se répartissent comme suit : impôts 5,64 ; différences entre systèmes juridiques 5,35 ; coût du conseil juridique 5,16 ; divergences de transposition 5,04 ; bureaucratie / corruption 4,53 ; différences de culture 4,37 ; langue 4,05.

<sup>15</sup> Si l'on prend également en compte ceux qui considèrent qu'il n'y a pas d'obstacle, le nombre total de ceux pour qui ces obstacles ont des conséquences financières « importantes » ou (« certaines ») passe de 62% à 57%.

secteurs, en effet, où l'on délègue à une organisation de producteurs des pouvoirs relativement aux conditions d'entrée dans l'industrie ou aux pratiques permises. **La notion d'autoréglementation – même encadrée par un organisme de surveillance – s'oppose donc à celle de marché concurrentiel.** Comme pour beaucoup d'interventions réglementaires, on justifie cet écart par rapport aux règles du jeu habituelles par le fait que le marché laissé à lui-même produirait des effets indésirables.

Selon l'argument standard, les « dysfonctionnements » du marché dans le cas des services professionnels sont principalement dus au fait que les utilisateurs de services n'ont pas les connaissances requises pour évaluer la qualité des prestations qui leur sont fournies ou même pour déterminer de quels services ils ont besoin. Dans un régime de concurrence non encadré, on peut craindre que les consommateurs ne se voient offrir des services de qualité médiocre ou inadaptés. **Ainsi, l'objectif des réglementations professionnelles tend en principe à assurer la « protection du public »**, c'est-à-dire à prémunir contre les préjudices physiques, psychologiques ou financiers pouvant découler de la consommation de services professionnels de faible qualité.

## **2.2. Avantages et coûts**

Les avantages que peuvent procurer les réglementations professionnelles sur le plan de la qualité des services ne sont pas sans coûts pour l'utilisateur. Pour les occupations à exercice exclusif, des conditions d'agrément rigoureuses conduiront à des prix plus élevés pour les consommateurs. Dès lors que les champs de compétence exclusifs sont délimités largement, cela signifie aussi que certains actes particuliers pourraient être réservés à des professionnels surqualifiés, avec les effets prévisibles sur l'accroissement des coûts et des prix des actes en question.

De manière générale, les conditions d'entrée et les réglementations relatives aux normes de pratique ont un effet restrictif sur la concurrence et sur le mode de production ou d'organisation des services professionnels. Ces restrictions peuvent alors

se traduire non seulement par des prix plus élevés pour les consommateurs – particuliers ou entreprises – mais aussi par des services moins variés et moins accessibles. On peut craindre également, à long terme, qu'un régime restrictif ne constitue un frein à l'innovation dans les modes de prestation et de production. Dans le cas des professions à titre réservé – comme les avocats – mais sans exclusivité de pratique, ces considérations ont probablement moins de force. **Néanmoins, l'octroi d'une reconnaissance officielle ou l'exclusivité d'une appellation représentent un avantage concurrentiel pour l'occupation concernée et les mêmes effets peuvent jouer, quoique de façon atténuée.**

Le fait qu'une réglementation engendre des coûts de services plus élevés ne signifie toutefois pas par lui-même que les consommateurs en sortent perdants. Si en l'absence de réglementation le marché n'offre qu'un niveau de qualité inapproprié (au sens du risque de préjudice), une intervention se traduisant à la fois par une hausse des coûts et de la qualité offerte peut parfaitement être bénéfique. Il ne suffit évidemment pas que l'intervention améliore la qualité des services offerts. En effet, l'amélioration de la qualité doit être suffisante pour compenser la hausse des prix aux yeux des utilisateurs. Lorsque c'est le cas, il est d'ailleurs possible d'observer une augmentation de la consommation de services malgré la hausse de prix comme nous l'avons déjà mentionné dans les éléments contextuels.

La question que soulèvent les réglementations professionnelles est donc celle des avantages nets qu'elles procurent d'un point de vue socio-économique. Il faut noter que l'évaluation de ces avantages se heurte à de nombreuses difficultés, conceptuelles et factuelles.

Sur le plan conceptuel, la principale difficulté tient au fait que, même en l'absence de toute réglementation, l'organisation des marchés de services complexes – comme le sont les services professionnels des avocats – s'éloigne considérablement du modèle traditionnel des marchés de concurrence. On ne peut donc opposer de façon simpliste concurrence et réglementation pour déterminer les effets des réglementations.

Au niveau factuel, une des principales difficultés tient à la mesure de la qualité des services et à l'estimation des dispositions à payer des utilisateurs pour des niveaux de qualité donnés. La littérature économique a démontré que la libéralisation des marchés

pour les services professionnels ne produira pas des résultats efficaces <sup>16</sup>. La première défaillance du marché, qui pourrait empêcher la satisfaction complète des désirs des consommateurs, est l'asymétrie d'information. Les services professionnels requièrent un haut niveau de connaissances techniques que bon nombre de consommateurs n'ont pas. Les marchés libres n'engrangeront des résultats efficaces que si un nombre important de consommateurs est en mesure de prendre des décisions d'achat fondées sur une évaluation complète et non faussée du rapport qualité-prix. Dans le cas contraire, la réglementation sera nécessaire pour garantir l'efficacité des résultats.

Le deuxième problème est l'importance des externalités, c'est-à-dire les effets de la qualité des services sur les tiers et la société en général. Lorsqu'un service professionnel de qualité sous-optimale est proposé, le consommateur du service est lésé et avec lui d'autres individus non impliqués dans la transaction. Une réglementation est dès lors nécessaire pour surmonter les problèmes de qualité causés par des externalités négatives. **Un point important issu de la théorie économique, et parfois négligé dans le débat politique, est que les services de haute qualité peuvent nécessiter une réglementation au même titre que les services de qualité inférieure. Les services fournis par les professions libérales présentent les caractéristiques d'un bien public. Les biens publics créent des externalités positives, c'est-à-dire des avantages pour les parties non impliquées dans la transaction. Un bien public est un bien qui peut être consommé simultanément par tout un chacun, même par des personnes qui ne le réclament pas et ne paient pas pour l'obtenir.** L'inconvénient des biens publics est qu'ils ont tendance à être sous-produits, puisque le producteur ne peut exclure les bénéficiaires n'y ayant pas contribué financièrement. Pour garantir la fourniture des biens publics, les États peuvent ordonner des réglementations sur la fourniture de services publics.

Les défaillances du marché décrites se produisent dans tous les marchés des services professionnels et, à cet égard, la profession d'avocat n'est pas bien différente des autres professions libérales. Toutefois, dans la profession d'avocat, l'ampleur des

---

<sup>16</sup> Pour un aperçu, voir F. Stephen et J. Love, "Regulation of the Legal Profession", dans B. Bouckaert et G. De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, No. 5860.

externalités positives est particulièrement importante. **Les transactions pour lesquelles l'intervention d'un avocat est souhaitable sinon nécessaire ont tendance à avoir une incidence importante, non seulement sur les parties impliquées, mais également sur les tiers et la société en général.** On trouvera ci-après une discussion plus détaillée des défaillances du marché en termes d'information asymétrique et de biens publics (externalités positives substantielles).

### **2. 3. Cadre d'analyse**

L'évaluation des avantages et des coûts d'un régime de réglementation professionnelle spécifique aux avocats en entreprises comprend deux volets :

- d'une part, un cadre conceptuel permettant d'identifier les questions pertinentes, ce qui suppose en particulier que l'on soit en mesure d'identifier les mécanismes en jeu et de comprendre les effets positifs ou négatifs possibles associées aux diverses formes de réglementation ;

- d'autre part, une information factuelle détaillée sur les services professionnels considérés.

La présente étude porte principalement sur le premier volet d'une telle démarche. Son objectif est donc avant tout méthodologique, en particulier concernant la situation de l'avocat exerçant en entreprise.

L'objectif consiste ici à présenter une vue d'ensemble des facteurs les plus importants. Celle-ci doit être suffisamment large pour couvrir l'essentiel de la problématique de la réglementation professionnelle du domaine considéré et en même temps suffisamment détaillée pour présenter une utilité.

Les développements qui suivent sont organisées autour des thèmes suivants : réflexion générale sur la performance des mécanismes de marché en matière de services professionnels des avocats ; effets des principales formes d'interventions réglementaires que sont le contrôle de l'accès et le contrôle des comportements ; rôle que jouent les modes de prestation de service dans l'évaluation de la pertinence de la réglementation professionnelle.

Comme pour les réglementations en général visant la protection du public, **on peut invoquer trois grandes catégories d'arguments pour justifier les interventions réglementaires en matière de services professionnels rendus par les avocats.**

La première a trait au déficit d'information du justiciable dans ses relations avec les offreurs de services, dans la mesure où il ne peut identifier les offreurs compétents ou parce qu'il n'a pas les outils pour évaluer la qualité des services fournis – par exemple, le risque de préjudice ou la pertinence des conseils prodigués. De ce point de vue, si le « consommateur » était bien informé, il pourrait prendre ses décisions en toute connaissance de cause. Par conséquent, il n'y aurait pas lieu de le « protéger » puisque les prestataires de services n'offrant pas les garanties de compétence requises ne trouveraient pas preneur. Le *défaut d'information* des justiciables est de loin la justification la plus courante des réglementations professionnelles concernant les avocats. D'ailleurs, les règles relatives à la qualité de la justice et du droit en conviennent. Ainsi, la règle de droit ne peut être considérée que comme une loi – au sens où l'entend notamment le droit européen – que si celle-ci est suffisamment accessible et prévisible. Or, la prévisibilité de la règle de droit qui vise à sauvegarder le principe plus général de sécurité juridique s'apprécie *in concreto*, en prenant en compte les conseils des avocats dont peuvent s'entourer les justiciables. Ainsi, dans l'arrêt de principe *Sunday Times c/ R.U.* du 26 avril 1979, la Cour Européenne des Droits de l'Homme énonce qu'on « ne peut considérer comme une loi qu'une norme énoncée avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite, en s'entourant au besoin de conseils éclairés ».

La seconde catégorie d'arguments a trait aux effets externes sur les tiers découlant d'une prestation de service. Dans ce cas, le risque de préjudice n'est pas supporté par le consommateur lui-même mais par d'autres, c'est-à-dire par des tiers qui ne sont pas parties à la relation entre un client et un offreur de services. Ce type d'argument fait appel à des considérations très différentes, puisqu'il peut être invoqué même si le consommateur direct de services est bien informé. La justification des réglementations est alors de réguler les risques de préjudices susceptibles d'être subis par des tiers, par exemple en obligeant le consommateur direct à recourir à un professionnel qui sera lui-même personnellement comptable envers les tiers en question.

Enfin, la troisième catégorie se réfère aux arguments de type « bien public » ou « tutélaire » selon lesquels, dans certaines circonstances, les consommateurs devraient être protégés contre certains risques, même contre leur gré. Bien qu'en pratique ce type d'argument puisse souvent être difficile à distinguer de celui du défaut d'information, il en est conceptuellement différent puisqu'il pourrait également être invoqué même si le « consommateur » était bien informé. Par exemple, on juge souhaitable que l'accès à certains médicaments ne soit pas libre, de sorte que leur mise en marché ne peut relever uniquement de décisions marchandes. Il en va de même dans le cas de la question de l'accès à la justice et du rôle de l'avocat dans ce cadre, notamment à travers l'aide juridictionnelle <sup>17</sup>.

Toutes ces questions ne seront pas discutées dans le détail dans la présente note, dans la mesure où il s'agit de s'intéresser spécifiquement à l'exercice de la profession en entreprise. Notre objectif est de démontrer que la réglementation dans ce cadre, comme dans le cadre plus général, est source d'efficacité. Cette démonstration sera réalisée en deux temps. Nous commencerons par mettre en évidence les avantages de la réglementation en général avant d'aborder des questions plus spécifiques aux avocats en entreprises.

### **3. JUSTIFICATION DE L'APPLICATION DU MODELE « PROFESSIONNEL » AUX AVOCATS EN ENTREPRISE**

De manière simplifiée, la réglementation professionnelle des avocats peut être regroupée sous quatre volets : (i) le choix préalable d'un titre réservé comme forme de réglementation ; (ii) les conditions d'admission (exigences de formation, stages, examens, etc.) pour l'obtention du titre réservé ; (iii) les normes de pratique telles que définies par les instances de la profession (notamment le Conseil National des Barreaux et les différents Ordres) ; (iv) les mécanismes de contrôle, incluant la discipline et les normes de pratique édictées par les Ordres.

---

<sup>17</sup> Voir en ce sens, Deffains, Faut-il rémunérer les avocats en fonction de leurs résultats ?, *Telos*, 19 février 2007.

D'un point de vue analytique, ces instruments réglementaires se rattachent à deux fonctions : **le contrôle des compétences et le contrôle des comportements**. Nous avons fait état du caractère restrictif de certaines réglementations et de leurs effets anticoncurrentiels. Dans ce qui suit, on mettra l'accent sur leur rôle utile dans le cas des avocats en entreprises en identifiant les catégories de situations où des interventions réglementaires sont susceptibles d'être avantageuses. Cette analyse ne signifie pas évidemment que les critiques à l'endroit de certaines réglementations sont nécessairement non fondées, mais elle a le mérite de mettre en garde contre des conclusions simplistes.

**L'objectif est ici de mettre en évidence l'intérêt du titre réservé et du contrôle pour les avocats en entreprise.** Pour mettre en évidence cet intérêt, nous procéderons en trois temps. Il conviendra tout d'abord de montrer en quoi le modèle « professionnel » est efficace dans le cas de l'avocat, tant en ce qui concerne le contrôle direct de la qualité qu'en ce qui concerne le contrôle des comportements. Cela nous conduira ensuite à discuter la question du mode de prestation de services. En application de la distinction économique entre *insourcing* (faire soi-même) et *outsourcing* (faire faire), nous montrerons que, dans le cas précis de l'avocat en entreprise, l'application du modèle professionnel demeure pleinement justifiée dans la mesure où elle contribue à renforcer la qualité du service rendu à l'entreprise.

### **3.1. Contrôle de la qualité et contrôle des comportements comme facteurs d'efficacité**

#### **3.1.1. Contrôle direct de la qualité des services de l'avocat**

Les conditions d'admission dans les ordres professionnels visent en principe à garantir un seuil de compétence et par là une certaine qualité de service. Dans le cas du titre réservé, ces ordres sont assurés que les détenteurs du titre en question ont la capacité d'assurer une prestation de qualité.

Comme les conditions d'admission ne contrôlent la compétence qu'au moment de l'entrée dans la profession, elles ne garantissent pas nécessairement par elles-mêmes la compétence tout au long de la carrière du professionnel, d'où l'intérêt d'un contrôle professionnel ou des mesures de formation continue.

Une façon simple de concevoir l'effet de la réglementation consiste à l'assimiler à un *contrôle direct* de la qualité des prestations de services. **On considère alors que des exigences de formation élevées mènent directement à des prestations plus coûteuses, mais d'une meilleure qualité.** La qualité peut s'interpréter en termes d'efficacité des services fournis par rapport aux besoins, du caractère plus ou moins complet d'une prestation, etc. **Dans l'hypothèse d'un contrôle direct de la qualité, le titre réservé correspond à une certification de la qualité des services.**

La question est alors de savoir si cette réglementation est utile dans le cas des avocats. La réponse fournit par l'analyse économique est sans ambiguïté dans la mesure où on voit mal en quoi l'octroi d'un titre réservé peut être désavantageux. En effet, en faisant abstraction des coûts d'administration d'un ordre professionnel, il faut admettre que ce titre n'a pour effet que d'améliorer l'information à la disposition des consommateurs. Le titre réservé se trouve économiquement justifié compte tenu de la nature du service dans un contexte généralisé d'asymétries informationnelles.

Il est bien entendu difficile de se livrer à une analyse empirique exhaustive des conditions économiques de recours à l'avocat, et cela d'autant plus que la nature et la complexité des dossiers varient considérablement d'une affaire à l'autre. De fait, la notion de coût du service n'a de sens que par rapport à la qualité du service rendu. **L'existence d'un certain pouvoir de marché à travers la reconnaissance d'un titre réservé se justifie dès lors qu'il contribue à satisfaire un niveau de qualité supérieur qui ne serait pas forcément fourni par le marché en son absence. Ce constat général vaut particulièrement dans le cas de l'avocat en entreprise.**

Les sociétés qui n'ont pas de service juridique font d'ailleurs régulièrement appel à des avocats extérieurs pour régler les affaires juridiques courantes, commerciales ou financières. Même si elles disposent de juristes en interne, elles sont souvent obligées de solliciter un avocat pour régler des problèmes plus complexes. Le fait de permettre l'exercice de la profession en entreprise contribuera à améliorer l'adaptation de

l'entreprise à son environnement juridique. La présence d'un professionnel au titre réservé contribuera à acquérir les bases fondamentales de prévention et de résolution des problèmes de droit auxquelles se trouvent confrontées les entreprises en matière d'impôts, de concurrence, de difficultés de paiement, de crédit et, bien entendu, de contentieux des affaires.

### **3.1.2. Contrôle des compétences et des comportements**

Il va de soi qu'on peut difficilement attendre des prestations de qualité d'un producteur ou d'un prestataire de service incompetent. Néanmoins, il est plus réaliste de considérer que la qualité dépend à la fois des capacités du professionnel et du temps ou du soin consacrés aux services fournis (que l'on peut qualifier économiquement « d'intrants »). Ainsi, il est parfaitement possible pour un offreur compétent de bâcler le travail et de n'offrir qu'une prestation médiocre. Autrement dit, parce qu'elles ne portent que sur les compétences, les conditions d'admission ne contrôlent qu'un des « intrants » dans la production de services. Elles sont donc le plus souvent insuffisantes par elles-mêmes pour assurer la qualité désirée.

Dans cette optique, il faut prendre en compte les facteurs susceptibles d'inciter le professionnel à fournir l'autre « intrant » dans la production de services de qualité que représentent l'effort ou la diligence avec lesquels il remplit sa tâche. Les incitations peuvent découler de la crainte de sanctions en vertu du mécanisme disciplinaire ou de la crainte de recours en responsabilité civile. Sur une base plus quotidienne, les incitations à fournir l'effort approprié relèveront de l'intérêt qu'aura le professionnel à maintenir sa réputation auprès de la clientèle et, le cas échéant, auprès de ses pairs.

**Le mécanisme de réputation peut être très imparfait en matière de services professionnels, puisque les usagers du droit ne peuvent souvent que difficilement évaluer la qualité des services rendus, même après coup. Néanmoins, il existe peu de marchés de services où la réputation ne joue absolument aucun rôle.** En d'autres termes, il n'est généralement pas vrai qu'un offreur de services puisse faire n'importe quoi sans que cela ait éventuellement des conséquences sur sa capacité à attirer une clientèle. L'existence d'effets de réputation n'exige pas que chaque

consommateur soit en mesure de porter un jugement d'expert sur la nature des services fournis : il suffit que certains consommateurs – ou encore que d'autres professionnels – puissent évaluer, même si ce n'est qu'approximativement ou à long terme, la pertinence ou l'efficacité des prestations.

Il importe donc d'examiner maintenant le rôle conjoint que peuvent jouer dans l'offre de services de qualité les exigences initiales de formation, le souci pour le professionnel de préserver son capital de réputation et les facteurs de motivation additionnels que peuvent représenter la discipline et l'éthique professionnelle dans un contexte d'internalisation ou d'externalisation de l'activité de l'avocat.

### **3.2. Existe-t-il des raisons d'internaliser les missions de l'avocat en entreprise ?**

Venons-en à la situation envisagée d'une ouverture de la profession d'avocat à l'exercice en entreprise. **Le problème est de savoir dans quelle mesure les conclusions précédente sur le contrôle de la qualité et le contrôle des comportements par un ordre professionnel restent applicables.** Pour répondre à cette question, il convient d'identifier les raisons pour lesquelles le titre réservé contribue à augmenter la qualité du service juridique fourni à l'entreprise.

Parmi les critères pour la reconnaissance d'un ordre professionnel, nous avons insisté sur le niveau des connaissances requises, le degré d'autonomie du prestataire de service dans l'exercice de son activité et la difficulté d'évaluer cette activité pour ceux qui n'ont pas une formation de même nature, le caractère personnel des rapports entre la personne fournissant les services et son client, la gravité des préjudices qui pourraient être subis par suite d'un manque de compétence ou d'intégrité, enfin le caractère confidentiel des renseignements fournis par le client.

Pris dans leur ensemble, ces critères reproduisent les caractéristiques de la profession d'avocats quant à la *nature des services* (technicité, risque de préjudice, etc.) et aux

*modes de prestation* (autonomie, rapport personnel direct avec le consommateur, employé).

Sur cette base, **la prise en compte des coûts de transaction et de la sécurité juridique des entreprises, nous permettra dans un premier temps de justifier l'internalisation de l'activité de l'avocat dans l'entreprise. Dans un second temps, nous mettrons en évidence une relation entre les caractéristiques des modes de prestation des avocats en entreprises et le système particulier que représente le « professionnalisme ».**

### **3.2.1. L'internalisation réduit les coûts de transaction et renforce la sécurité juridique de l'entreprise**

Les points mentionnés ont un impact direct sur le fonctionnement du marché des services rendus par les avocats. Ces derniers fournissent des conseils aux clients sur des questions juridiques. Ils contribuent ainsi à la qualité et à la sécurité juridique des transactions. **La qualité des services fournis par les avocats possède trois dimensions : l'intégrité (l'impartialité et l'honnêteté), la qualité juridique (qualité des prestations) et la qualité commerciale (traitement des consommateurs).** Seule cette dernière dimension est facilement observable pour les consommateurs. La qualité commerciale inclut des caractéristiques du service proposé aux clients, telles que l'amabilité du personnel et la qualité du café (si tant est qu'il soit offert). La qualité juridique est bien plus importante pour les clients, mais reste difficile à observer. En ce qui concerne la qualité du conseil, le client n'a pas vraiment d'idée de l'effort fourni par l'avocat et sait encore moins si le conseil est valable. L'élément clé de la qualité juridique est la mesure dans laquelle les intentions des parties contractantes sont reflétées dans la convention d'honoraires. Il est difficile de savoir si l'avocat a demandé et obtenu toutes les informations nécessaires de la part du client. Le contrôle et la surveillance de la qualité juridique sont très difficiles. Puisque le contrôle de la qualité par les consommateurs est souvent impossible et la surveillance de la qualité

des services difficile, un marché libre fournira une qualité sous-optimale et une réglementation sera nécessaire pour éviter une détérioration de la qualité.

Comme nous l'avons déjà indiqué, la gravité des problèmes d'information peut être atténuée par le **mécanisme d'achat répété**. Nombre de consommateurs des services d'avocats ne seront que des consommateurs d'un jour, achetant un service donné une seule fois ou du moins de manière irrégulière. Même si les consommateurs achètent des services plusieurs fois, ils pourront tout au plus évaluer des aspects de la qualité commerciale. La qualité juridique des services fournis ne pourra jamais être évaluée ou uniquement après un délai relativement long. **Les services des avocats entrent tantôt dans la catégorie des produits d'expérience, achetés de manière irrégulière, tantôt dans celle des produits de confiance.** Pour les services ayant des qualités de produits de confiance, les acheteurs ne seront jamais à même d'effectuer un jugement de qualité fiable. Le tableau est sans doute un peu différent pour les gros clients commerciaux tels que les banques et les sociétés. **Ce sont des acheteurs récurrents et le mécanisme de réputation constitue une incitation à améliorer la qualité du service.**

Pour autant, la question se pose de savoir si dans ce cas précis les missions de l'avocat doivent rester externes à l'entreprise ou au contraire être internalisées. L'analyse économique offre là aussi de précieux éléments de réponse. En particulier, **la théorie des coûts de transaction développée par Williamson (1985) permet de comprendre comment l'existence de différentes formes organisationnelles est déterminée par l'efficience avec laquelle chaque forme gère les transactions entre parties : l'efficience économique est atteinte lors de l'ajustement entre le design organisationnel et les particularités de l'échange.** La transaction engendre un coût issu de la confrontation des agents qui se distingue du coût de production. Plus précisément, il existe trois dimensions fondamentales pour caractériser une transaction : l'incertitude, la fréquence des échanges et le degré d'investissements spécifiques nécessaires à la réalisation de la transaction. De ces trois éléments vont dépendre les comportements des agents, qui influenceront sur les coûts de transaction.

En matière de recours à l'externalisation, l'incertitude est reliée à la dépendance du client par rapport à son prestataire. Dans le cas de la relation avocat / client nous avons

déjà mis en évidence la sélection adverse liée à la dépendance *ex ante* : si l'offre de l'avocat est généralement bien maîtrisée, l'évaluation doit être faite par le client sur la capacité du prestataire à travailler sur des demandes spécifiques et à être réactif par rapport à ces demandes. L'incertitude peut aussi s'analyser par la dépendance *ex post* (risque moral) : en externalisant les activités de conseils juridiques, le client s'expose à une moins bonne maîtrise de son environnement (en termes de transmission d'information, de coût,...). Bien entendu, des garde-fous existent sur lesquels nous avons insistés au point 4.2.1 à travers les mécanismes de réputation et de l'appartenance à un ordre d'avocats.

La fréquence des transactions a elle aussi un impact fondamental sur le choix du prestataire (de bonnes relations répétées par le passé conduisent assez naturellement à conserver l'avocat), sur le coût et sur la qualité de la prestation. L'idée générale est qu'une relation basée sur une fréquence élevée va naturellement déboucher sur un contrat de long terme : la connaissance de l'autre partie, la compréhension mutuelle des problèmes et des habitudes de travail contribue à réduire les coûts de négociation et de rédaction du contrat. A cela s'ajoute le fait que des relations de long terme sont propices au développement de l'apprentissage organisationnel en diminuant l'opportunisme et en allégeant le contrôle.

Reste l'élément principal au regard de la théorie des coûts de transaction. Lorsqu'une transaction nécessite des investissements spécifiques, il est souhaitable de créer une structure spécialisée au sein de l'organisation. Pour faire le lien avec l'élément précédent, l'amortissement des coûts de mise en place d'une telle structure nécessite des transactions récurrentes. Autrement dit, la fréquence élevée au recours à des activités juridiques spécifiques, c'est-à-dire non liées aux activités de routine, a certainement un impact négatif sur l'externalisation de cette fonction. Il est par exemple plus facile d'externaliser des tâches répétitives à faible valeur ajoutée que des tâches moins courantes revêtant un caractère d'aide à la décision managériale. **On peut donc considérer que plus le droit constitue une variable stratégique impliquant des actifs fortement spécifique, moins les firmes auront tendance à externaliser les fonctions correspondantes. La variable clef sera alors le degré de spécificité des actifs.** Par exemple, on comprend que les cabinets qui rapportent le

plus sont ceux qui travaillent sur des cas exceptionnels (ex. : fusion-acquisition). La spécificité est très grande, mais la fréquence très faible. La solution économiquement la plus efficace serait alors la relation de long terme entre la firme et un cabinet d’avocat externe (voir le graphique en note). En revanche pour les tâches nécessitant des actifs juridiques (compétences) spécifiques avec une fréquence régulière, l’internalisation serait la meilleure solution.

La spécificité des actifs est donc la dimension la plus importante à la décision du choix de la structure de gouvernance <sup>18</sup>. **Plus la spécificité et la fréquence sont importantes, plus il est efficace d’internaliser l’activité.** Certes, l’internalisation n’élimine pas complètement les coûts de transaction et les comportements opportunistes, mais elle est profitable à l’ensemble des parties, en l’occurrence aux avocats comme aux entreprises. On ne peut cependant pas tout internaliser et nous verrons un peu plus loin que la fonction de représentation de l’avocat ne devrait pas être concernée par le processus d’internalisation.

**Un dernier élément vient renforcer nos propos concernant l’intérêt de l’internalisation. Il s’agit des externalités positives qui justifient également l’internalisation dans le cas du droit des affaires.** En effet, dans des marchés concurrentiels, l’offre en biens publics sera insuffisante. La raison en est que les bénéficiaires de ces biens profitent également à des individus n’y contribuant pas financièrement, ce qui n’incite pas franchement les producteurs à fournir de tels biens. De toute évidence, l’intervention de l’avocat ne crée pas des avantages pour les seules parties impliquées, mais aussi pour les tiers qui auront davantage d’informations valables concernant les aspects juridiques d’une certaine transaction. Le bien public le plus important auquel contribue l’avocat est la sécurité juridique. Par l’intervention d’un avocat, les effets négatifs des transactions non valables d’un point de vue

<sup>18</sup> On peut résumer la théorie à l’aide du tableau suivant :

	Degré de spécificité des actifs		
		Non spécifique	Spécifique
Fréquence des transactions	Faible	Marché (externalisation)	Contrat de long terme
	Récurrente	Marché (externalisation)	Internalisation

juridique sont réduits. Faute de réglementation, c'est à un sous-approvisionnement en sécurité juridique qu'on s'expose. De cette manière, les coûts *ex post* de la transaction, tels que les frais de contentieux des parties impliquées, sont réduits. **En assumant toutes ces tâches, les avocats contribuent à une baisse des coûts des transactions et à un haut niveau de sécurité juridique. Or c'est précisément parce que la profession est réglementée que cette amélioration de la qualité juridique de l'entreprise est rendu possible.**

### **3.2.2. Internalisation et réglementation sont complémentaires**

Dans le mode de prestation traditionnellement associé aux professions libérales, les professionnels sont totalement autonomes, exercent en pratique privée et entretiennent des rapports personnels directs avec les consommateurs de services. En cas d'internalisation, les bénéficiaires des services sont aussi les employeurs comme c'est le cas pour les avocats en entreprise.

La différence essentielle par rapport à la pratique privée réside donc dans la possibilité de formes d'encadrement des activités du professionnel relevant de l'organisation qui l'emploie. **Le problème soulevé est donc celui de la juxtaposition de deux systèmes de contrôle : le système professionnel lui-même et les mécanismes organisationnels d'encadrement et de motivation. Dans le cas des avocats en entreprise, ces mécanismes apparaissent totalement complémentaires.**

Dans la conception habituelle du professionnalisme, à cause de la « difficulté de porter un jugement pour des gens ne possédant pas une formation ou une qualification de même nature », le seul contrôle satisfaisant de la qualité des services est celui que permettent les ordres professionnels, soit dans l'agrément des producteurs habilités ou leur certification, soit dans la supervision des normes de pratique. Du point de vue de la conception du « système de régulation », cette conception repose sur des relations bilatérales autonomes entre consommateurs et prestataires de services, ces derniers étant en retour supervisés par les ordres professionnels. En effet, seul ceux-ci sont

réputés avoir les compétences pour déterminer les conditions d'admission appropriées, évaluer les services rendus et assurer la discipline professionnelle.

**Le cas où des professionnels sont associés dans une même pratique constitue une variante de cette situation, comme dans les cabinets d'avocats.** La structure de la relation professionnel-consommateur est la même que précédemment en ce sens qu'il y a un rapport direct de prestation de service entre un professionnel et un consommateur et que de plus les recours de ce dernier s'exerceraient contre le professionnel concerné. Par contre, il y a un rôle possible ici, qui peut être plus ou moins important selon le cas, pour une certaine forme de supervision mutuelle entre les professionnels associés, ne serait-ce que parce qu'ils sont légalement solidairement responsables de leurs actions.

Au minimum, ce contrôle s'exercera par la cooptation des associés. De plus, comme elle peut avoir un horizon de vie plus long que ceux des individus qui la composent <sup>19</sup>, la pratique elle-même aura intérêt à préserver son «image de marque», de sorte que le rôle régulateur du mécanisme de réputation pourrait être beaucoup plus efficace dans un tel contexte. Une « firme professionnelle » établie n'a plus à bâtir sa réputation et peut donc jouer elle-même une fonction de certification à l'égard des professionnels qui en font partie ; le souci de chaque associé de préserver sa propre réputation, par le biais de l'image de marque de la pratique, incite également à une certaine supervision des comportements.

Il est clair que lorsqu'on aborde la situation de l'avocat en entreprise, les mécanismes régulateurs changent de nature. En raison du statut d'employé, les actions peuvent en effet être plus ou moins étroitement encadrées par des mécanismes organisationnels.

En premier lieu, on pourrait penser que l'employeur est alors en mesure de contrôler les formations des producteurs de services professionnels, ainsi que d'évaluer la qualité des prestations fournies. Cela se justifierait dès lors que l'employeur dispose

---

<sup>19</sup> Par exemple, les grands cabinets comptables ou de génie-conseil. Notons que la permanence des raisons sociales, au-delà de la durée de carrière des associés, est elle-même objet de réglementation dans certaines professions.

d'un degré élevé d'expertise dans le domaine considéré. Dans de telles conditions, les mécanismes de régulation professionnelle et de coordination interne feraient en quelque sorte double emploi. Le système professionnel aurait donc moins d'utilité particulière dans ce contexte. **La question essentielle est donc celle du degré d'expertise de l'organisation dans le domaine considéré. S'agissant des activités juridiques au sein de l'entreprise, on est en droit de douter de l'existence d'un degré d'expertise suffisant pour se détacher du modèle professionnel.**

Les firmes se trouvent face à des règles de plus en plus nombreuses, techniques, complexes et contraignantes. On n'attend pas des dirigeants et des actionnaires qu'ils maîtrisent l'ensemble de ces données juridiques, d'autant que leur rôle est d'abord de définir et de mener la politique générale de l'entreprise. La connaissance des besoins juridiques des firmes et la maîtrise des techniques légales et contentieuses relève d'un savoir très spécifique qui impose *per se* une expertise exogène, extérieure à l'entreprise. C'est ce constat qui conduit à définir l'efficacité économique du modèle professionnelle, y compris dans le cas des avocats exerçant en entreprise.

**En second lieu, l'organisation dispose d'un minimum de moyens de supervision, ne serait-ce que sur la base d'indicateurs indirects de la pertinence des actions des professionnels.** Au minimum, elle semble capable d'assurer la sélection des professionnels en fonction de leur formation. En pratique, la capacité de supervision et de sanction de l'organisation existent indépendamment de celle de l'ordre professionnel lui-même<sup>20</sup>. De plus, l'organisation a une pérennité qui dépasse largement la durée de carrière des individus, ce qui en principe peut renforcer le rôle des « images de marque » comparativement à ce qu'on observe dans les pratiques individuelles.

Par ailleurs, l'organisation fournit des biens ou services à des consommateurs qui n'ont de recours, le cas échéant, qu'à l'encontre de l'organisation. Contrairement aux situations précédentes, le critère de « rapports personnels » n'est évidemment plus satisfait<sup>21</sup>. Cette situation est donc bien celle qui s'éloigne le plus du mode de

---

<sup>20</sup> Par exemple, il est peut-être plus facile de mettre à pied un professionnel négligent ou incompétent que de le faire radier par l'ordre.

<sup>21</sup> En pratique, on pourrait envisager un système mixte dans lequel l'avocat conserverait une activité privée indépendamment de son activité salariée au sein de l'entreprise.

prestation de services associé traditionnellement à « professionnalisme ». **Toutefois, même dans ce cadre, l'avocat demeure détenteur d'un savoir spécialisé et la question de la « compétence » de l'organisation demeure posée. Les mécanismes organisationnels de contrôle et de supervision interne ne pourront pas se substituer à ceux du système professionnel.**

### **Conclusion**

L'entreprise a besoin de pouvoir internaliser la fonction de l'avocat dans la mesure où la présence de ce dernier contribue à améliorer la qualité et la sécurité juridique dont l'entreprise a besoin. C'est précisément la réglementation et le rôle des instances de la profession qui contribuent à ce résultat. **On peut donc imaginer qu'on puisse tout à la fois ouvrir la profession (1) et maintenir la réglementation (2).**

(1) Aucune justification de nature économique ne paraît s'opposer à l'interdiction de l'exercice de la profession d'avocat en entreprise. Au contraire, il semble économiquement justifié de favoriser l'intégration des missions de l'avocat dans l'entreprise. L'internalisation n'a pas à être automatique, elle dépend du degré d'incertitude, de la fréquence des recours au service de l'avocat par l'entreprise et, surtout, de la spécificité des actifs considérés. Compte tenu de nos conclusions précédentes sur la complexité croissante du droit des affaires et de sa place centrale dans les stratégies des firmes, on peut même supposer que l'évolution actuelle rende opportune l'exercice de la profession d'avocat en entreprise.

(2) S'il n'existe pas de justification économique à l'interdiction d'exercer la profession en entreprise, **la réglementation de la profession reste quant à elle essentielle.** Les asymétries d'information dans les marchés des services fournis par les avocats justifient clairement une réglementation pour éviter la détérioration de la qualité et protéger l'intégrité du professionnel. Plusieurs instruments politiques viennent étayer la fourniture de services de haute qualité : l'exigence d'une formation universitaire, la formation en cours d'emploi et la formation professionnelle, y compris l'obligation de suivre un programme postuniversitaire. Une surveillance réglementaire par les instances de la profession pouvant imposer des sanctions disciplinaires a pour but de garantir l'impartialité et l'intégrité.

Bien entendu, les divers modes de prestation de services permettent des « structures de gouvernance » différentes. Si l'utilité de la fonction régulatrice de la réglementation professionnelle ne fait pas débat, la flexibilité dans la relation avocat/entreprise doit être possible dans la mesure où, selon les caractéristiques des transactions, l'internalisation comme l'externalisation peuvent s'avérer efficaces.

#### **4. ASPECTS ÉCONOMIQUES DES QUESTIONS SPÉCIFIQUES À L'EXERCICE DE LA PROFESSION D'AVOCAT EN ENTREPRISE**

Les développements qui précèdent ont permis de mettre en évidence les avantages d'internalisation de l'activité de l'avocat dans l'entreprise. En premier lieu, ces avantages sont liés en premier lieu aux caractéristiques « techniques » de la relation entre les agents que sont l'avocat d'une part et la firme d'autre part. En second lieu, nous avons souligné que ces avantages se trouvent renforcés par le statut de l'avocat tel qu'il est encadré par la réglementation fondé sur l'existence d'un ordre professionnel. L'analyse économique des conditions d'accès à la profession et de contrôle des comportements restent en particulier les moyens d'assurer l'efficacité de l'intervention de l'avocat dans l'entreprise.

Ces résultats établis, nous souhaitons aborder dans un dernier chapitre certains problèmes spécifiques à l'ouverture de l'exercice de la profession en entreprise. Trois principaux points font débat sur lesquels il semble utile de revenir : **le statut, la représentation, la confidentialité.**

##### **4.1. Le statut**

Une fois l'internalisation rendue possible, deux questions spécifiques doivent être abordées concernant le statut de l'avocat en entreprise :

- Tout d'abord concernant l'accès à la profession, le problème est de savoir à quel niveau fixer la « certification » pour exercer en entreprise. Le principe de

la certification étant acquis pour l'ensemble des avocats, faut-il un traitement spécifique pour l'exercice en entreprise ?

- Ensuite, concernant la possibilité d'exercer en entreprise, cette dernière est-elle compatible avec le fait d'avoir une clientèle indépendante ?

Chacune de ces questions a pu susciter des interrogations de la part de la profession. Par delà les débats soulevés par le rapprochement possible avec les juristes d'entreprises, il est vrai que la question du contrôle des compétences devient cruciale dans le domaine du droit des affaires. Les entreprises ont mesuré l'importance d'avoir une bonne connaissance et une bonne maîtrise de leur environnement légal et elles recherchent pour cela des compétences spécifiques. De ce fait, la réponse à la première question apparaît relativement simple : **la certification est nécessaire, mais il n'existe pas de motif permettant d'imposer une certification d'un type particulier à l'avocat destiné à exercer dans l'entreprise.** Pas plus qu'on ne demande au départ à un avocat spécialisé en droit de la famille ou en droit du travail une certification particulière, on ne saurait opérer de différence en droit des affaires. Pour autant, nous avons souligné à plusieurs reprises l'importance de la notion d'actif spécifique en relation avec l'existence d'effets d'apprentissage. Autrement dit, le droit devenant très pointu, on comprend bien l'importance de la spécialisation pour être concurrentiel sur le marché. **Le modèle est donc basé sur un principe de certification (accès au titre d'avocat) accompagné d'un principe de spécialisation dans un domaine particulier. Il n'y a aucune raison de remettre en cause ce modèle dans le cas précis de l'avocat qui serait appelé à exercer dans l'entreprise.**

Concernant la seconde question, il nous semble que la réponse est tout aussi claire. Comme nous l'avons écrit à plusieurs reprises, **le choix de l'internalisation est un choix rationnel fondé sur les caractéristiques de la transaction entre avocat et client en termes d'incertitude, de fréquence et de spécificité des actifs mobilisés.** Nous n'avons envisagé jusqu'à présent que des binaires du type « tout ou rien ». Autrement dit, l'activité de l'avocat serait soit totalement externalisée et l'entreprise ferait appel à un avocat externe pour ses questions juridiques, soit totalement internalisée à travers l'intervention de l'avocat en entreprise. Dans ce dernier cas, l'avocat n'aurait donc d'autre possibilité que de travailler exclusivement pour son

client-employeur. Ces situations seront certainement observées dans la réalité. Rien n'interdit toutefois d'envisager parallèlement **des « formes hybrides », par exemple l'avocat exerçant une partie de son activité dans l'entreprise et l'autre partie de manière purement libérale.**

Disons le tout net, la décision d'interdire ce type situation hybride ne peut se justifier sur la base d'argument économique. Bien au contraire, on peut parfaitement imaginer que ce type de combinaison s'avère efficace dès lors que les caractéristiques des transactions de l'avocat avec deux clients différents seraient telles qu'elles conduiraient à externaliser l'activité dans un cas (« actif spécifique et fréquence faible des transactions ») et à l'internaliser dans l'autre cas (« actif spécifique et fréquence forte des transactions »).

#### **4.2. La confidentialité**

La seconde question qui fait débat est celle de la confidentialité. Elle est même au cœur des débats à la suite de la récente décision du Tribunal de première instance des Communautés européennes qui refuse d'accorder aux juristes d'entreprises le secret professionnel des échanges et correspondances (TPICE, 17 septembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd*, aff. jtes T-125/03 et T-253/03). Il s'agit là d'une des forces de la profession d'avocat : leurs documents ne peuvent pas être saisis et encore moins produits en justice à titre de preuve, ni même à titre de renseignement ou information de la juridiction. La négociation entre avocats, au nom de leurs clients, est donc très protectrice des intérêts du client. Le dossier de l'avocat (ses pièces) ne va jamais en justice (ni ses correspondances...). Le secret professionnel est un des moyens d'une justice objective avec un justiciable (personne physique ou morale) assisté d'un professionnel dans lequel, sans réserve, il peut placer sa confiance. Or, le TPICE a refusé de reconnaître aux juristes d'entreprise le bénéfice du *legal privilege*.

**D'un point de vue économique, la position du TPICE se justifie dans la mesure où l'efficacité économique requiert l'autonomie de l'avocat et la confidentialité de son activité.**

Nous l'avons vu, la littérature économique opère une distinction entre les produits de recherche, les produits d'expérience et les produits de confiance <sup>22</sup>. Un produit de recherche est un produit dont la qualité peut être évaluée par le consommateur avant son achat. Un produit d'expérience est un produit dont la qualité ne peut pas être évaluée dès le départ par le consommateur, mais uniquement après l'achat et la consommation. Si des produits d'expérience sont achetés régulièrement, les consommateurs peuvent espérer évaluer leur qualité via le « mécanisme d'achat répété ». Dans ce cas, les fournisseurs concernés seront encouragés à développer une réputation de haut niveau et la détérioration de la qualité sera à tout prix évitée pour des caractéristiques de qualité que les consommateurs sont en mesure d'observer.

Cependant, les services professionnels des avocats sont souvent des produits de confiance <sup>23</sup>, les consommateurs ne pouvant presque jamais réellement en apprendre sur la qualité. Puisque le consommateur ne peut obtenir les informations nécessaires avant ou après l'achat, il doit se fier à l'affirmation du fournisseur de service quant à la qualité du service.

La théorie économique a amplement montré que les sérieuses asymétries d'information entre fournisseurs et consommateurs peuvent culminer dans un marché ne proposant que des biens de qualité inférieure. Si le consommateur ne peut pas juger de la qualité du service qu'il entend acheter, il ne sera pas disposé à payer un prix élevé pour une qualité élevée. Par conséquent, les fournisseurs de produits de qualité supérieure (et pratiquant un prix plus élevé) sont écartés du marché, ce qui engendre

---

<sup>22</sup> La distinction entre produits de recherche et d'expérience a été faite pour la première fois par P. Nelson, "Information and Consumer Behaviour", *Journal of Political Economy*, 1970, 311. Pour les produits de confiance, voir M. Darby et E. Karni, "Free Competition and the Optimal Amount of Fraud", *Journal of Law and Economics*, 1973, 67.

<sup>23</sup> Rappelons ici que la théorie économique distingue trois catégories de biens. Les produits de confiance viennent s'ajouter aux produits de recherche et des produits d'expérience. Il s'agit de produits dont on ne peut apprécier la qualité ni avant (produit de recherche) ni après la prestation (produit d'expérience).

un marché proposant des services de qualité sous-optimale. Ce processus est également connu sous le nom « d'anti-sélection ».

L'autre problème causé par l'asymétrie d'information est le risque moral. **Le service fourni par un professionnel exige un haut niveau d'intégrité, caractérisé par des relations directes ou fiduciaires avec les clients.** Le risque moral implique une divergence entre les objectifs du fournisseur de services (agent) et ceux du client (donneur d'ordre). Le fournisseur du service est supposé agir dans l'intérêt du client. Cependant, puisque le donneur d'ordre ne peut exprimer la relation prix / qualité qu'il désire, l'agent a tendance à surévaluer la qualité afin de réclamer des tarifs plus élevés, même si le client aurait été mieux servi avec une qualité inférieure à un prix plus raisonnable. Il y a également le risque que l'agent fournisse des services dont le client n'a pas besoin.

**Afin de lutter contre le risque moral et l'offre de services inadaptés par le fournisseur, la réglementation s'avère nécessaire. Autrement dit, dans le cas de l'avocat en entreprise, il est absolument essentiel de garantir le principe de la confidentialité, complément nécessaire de la certification conféré par l'accès au titre d'avocat.**

### **4.3. La représentation**

La question de la représentation fait elle aussi débat. Il s'agit de se demander jusqu'à quel point l'activité de l'avocat doit être internalisée dans l'entreprise. Pour ramener les choses à l'essentiel, on peut dire que l'activité de l'avocat se divise en deux branches : le conseil et la représentation. Si certains pays réussissent assez bien à gérer séparément ces deux composantes de l'activité, le cas de la France est plus difficile, car **la profession d'avocat y est fortement ancrée dans l'activité judiciaire.** L'avocat comme défenseur des droits de ses clients apparaît comme un auxiliaire de justice essentiel au bon fonctionnement du système judiciaire. Même si, en pratique, nombreux sont les avocats qui ne plaident pas, cette image domine

fortement le paysage juridique français. Dans ces conditions, on comprend que la question de la représentation par l'avocat en entreprise puisse être posée.

**La fonction de l'avocat en entreprise doit-elle se limiter son activité de conseil ou doit-elle inclure également son activité de représentation ?** Notre réponse sera nuancée. *A priori*, l'analyse économique ne fournit pas d'argument pour interdire la représentation, c'est-à-dire pour imposer une « externalisation » de cette composante de l'activité de l'avocat et « internaliser » seulement l'activité de conseil. Dès lors que la profession d'avocat combine les deux composantes, on voit mal comment justifier l'interdiction. Toutefois, comme nous l'avons expliqué, tout ne peut pas être internalisé par l'entreprise et certaines tâches resteront nécessairement à l'extérieur des frontières de la firme. De ce point de vue, il existe une différence importante entre le conseil et la représentation : si les coûts de transaction liés à l'activité de conseil peuvent être parfaitement internalisés, il en va certainement différemment des coûts de transaction inhérents à l'activité de représentation. Cela est logique dès lors qu'une partie de ces coûts relève de relation avec des tiers dans le cadre du fonctionnement normal du système judiciaire (tribunaux, experts,...). **En d'autres termes, nous sommes fondés à penser que les incitations économiques à internaliser la fonction de représentation sont beaucoup plus faibles que ceux qui conduisent à internaliser la fonction de conseil. On devrait donc s'attendre en pratique à ce que cette fonction reste assez largement externe aux entreprises indépendamment de toute décision réglementaire. Cette proposition s'avère d'autant plus crédible que le principe de spécialisation – combiné aux effets d'apprentissage – conduit certains avocats à se spécialiser fortement dans l'activité de représentation (défense et plaidoirie).** Il semble donc logique de penser que l'organisation efficace est là aussi de forme « hybride », l'avocat en entreprise travaillant en relation avec un avocat « externe » dès lors que la fonction de représentation devra être mobilisée.

Il est à noter que cette lecture économique de la fonction de représentation rejoint en partie les usages de la profession qui veut qu'on ne plaide pas pour soi. L'argument déontologique viendrait en quelque sorte conforter l'argument économique pour justifier l'externalisation de la fonction de représentation.

En définitive, nous ne pensons pas souhaitable d'imposer sur un plan réglementaire le fait que l'avocat en entreprise se voit priver de sa fonction de représentation. Il y a d'ailleurs de bonnes raisons de penser que le problème ne se pose guère en pratique dès lors que les arguments économiques justifiant d'internaliser cette fonction sont très faibles. **A nos yeux, la question relève donc plutôt d'un principe déontologique restreignant la possibilité d'exercer cette activité dans le cas d'une relation employeur-employé.** Il est à noter que la profession pourrait parfaitement décider d'agir en ce sens sur la base de l'arrêt *Wouters*<sup>24</sup> de la CJCE, qui veut qu'une organisation professionnelle puisse fixer des exigences par rapport au besoin de la clientèle.

## 5. CONCLUSION GÉNÉRALE

Au terme de cette étude, il apparaît que l'approche économique conclut plutôt en faveur de l'ouverture de la profession d'avocat à l'exercice en entreprise. Bien qu'il soit impossible de livrer une mesure quantitative précise des bénéfices de cette ouverture pour la profession, nous pouvons avancer plusieurs arguments favorables à une réforme allant dans cette direction.

Qu'il s'agisse de renforcer le rôle du droit dans l'entreprise, de profiter d'effets multiplicateurs ou d'induction ou encore de faire face à la concurrence internationale, la profession ne semble pas devoir pâtir de cette ouverture, dans la mesure plus spécifique où elle devrait entraîner un accroissement du marché du droit profitable à l'ensemble des avocats.

Pour être économiquement justifiée, cette réforme devrait s'appuyer sur les deux principes fondamentaux que sont l'internalisation et la réglementation. Valable pour l'ensemble de la profession, cette dernière consiste à contrôler l'accès au titre d'avocat

---

<sup>24</sup> Cour européenne de justice, arrêt du 19 février 2002, Affaire C-309/99, *Wouters et al.*, ECR 2002, I-1577, 97. Dans cet arrêt, la Cour retient que certains types de réglementation, nonobstant les effets restrictifs de la concurrence, peuvent s'avérer nécessaires au bon exercice de la profession et devraient donc être autorisés.

(la certification) et à contrôler les comportements (au travers plus spécialement des ordres professionnels). Quant à l'internalisation, elle consiste à permettre à l'entreprise d'intégrer l'activité de l'avocat en son sein. Le point important établi dans cette étude est que l'intérêt de l'internalisation est étroitement lié à l'existence d'une réglementation efficace. Autrement dit, les deux principes sont complémentaires et non substituables, contrairement à ce qu'il est parfois avancé.

Concernant les questions plus spécifiques relatives au statut, à la représentation et à la confidentialité, l'analyse économique permet également d'apporter un éclairage intéressant. Le statut ne devrait en effet pas imposer de conditions différentes par rapport à l'ensemble des avocats en matière de contrôle des compétences, pas plus qu'il n'apparaît souhaitable d'interdire les formes hybrides où l'avocat pourrait exercer simultanément dans et à l'extérieur de l'entreprise. La confidentialité doit être garantie compte tenu des caractéristiques de « produits de confiance » des services rendus par les avocats. Enfin, s'il n'existe pas de raison d'interdire *a priori* la représentation par l'avocat en entreprises, il semble néanmoins possible de limiter l'activité de l'avocat en entreprise à sa fonction de conseil sur des bases déontologiques.

\*\*\*\*\*