

SERVICES JURIDIQUES :  
LA FIN DES PROFESSIONS ?

**A** compter de la fin des années 1970, plusieurs directives communautaires ont entendu favoriser la liberté des prestations de services juridiques et la liberté d'établissement des avocats au sein de ce qui allait devenir l'Union européenne, mais sans contester l'existence même de la profession d'avocat. Au début du XXI<sup>e</sup> siècle, il semble que nous ayons singulièrement changé d'échelle : c'est la logique professionnelle en elle-même qui pourrait être remise en cause dans le domaine des services juridiques, une remise en cause qui toucherait toutes les professions du droit réglementées. Les Anglais avaient peut-être ouvert la voie à la fin de l'ère Thatcher quand celle-ci avait commencé à traiter les professions juridiques (*solicitors* et *barristers*) sur le même registre que les *trade unions*<sup>1</sup>. Le relais a certainement été pris par la Commission européenne quand elle a publié en 2004, sous l'autorité de Mario Monti, un premier rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales. Désormais, une nouvelle vulgate pourrait s'être imposée dans différents cercles institutionnels – et pas seulement européens. *Brevitatis causa*, la modernisation des services juridiques passerait par l'abandon d'une logique professionnelle au profit d'une logique de marché (*profession vs. business*).

33

La radicalité de ce discours a suscité des réactions diverses sur l'ensemble du continent européen, tout en prenant des formes particulières en France : les professionnels du droit qui font l'objet d'une réglementation, au premier rang desquels figurent les avocats et les notaires, ont adopté des stratégies distinctes. Alors que les premiers tentent plutôt de s'adapter au nouvel esprit du temps en ne prenant plus seulement la

---

1. Richard Abel, *English Lawyers between Market and State*, Oxford UP, 2003, p. 35.

défense de la logique professionnelle, les notaires s’y opposent de manière beaucoup plus frontale pour tâcher de préserver leurs monopoles. Or c’est cette différence d’attitude qui explique l’affrontement violent qui met aujourd’hui aux prises ces deux professions.

Les pages qui suivent seront ainsi consacrées d’abord à une présentation du mouvement dit de modernisation des services juridiques, lequel se traduit par une remise en cause de la plupart des règles régissant les professions du droit, puis à la manière dont, en France, les deux principales professions juridiques que sont le barreau et le notariat ont réagi et continuent de réagir vis-à-vis de ce mouvement.

## REMISE EN CAUSE DES PROFESSIONS JURIDIQUES

- 34 Les professionnels du droit sont aujourd’hui soumis à une logique économique d’une particulière dureté. D’un côté, le mouvement de globalisation des services juridiques a vu l’émergence d’acteurs mondiaux (essentiellement américains et anglais) qui se concurrencent à l’échelle planétaire, alors même que de nouveaux acteurs issus du continent asiatique (Inde et surtout Chine) commencent à entrer dans le jeu. De l’autre, les progrès des technologies de l’information permettent à de nombreux prestataires de services juridiques de fournir, de manière tout aussi globale, des produits de plus en plus performants dans tous les domaines du droit, contraignant les professionnels à innover sans cesse afin de préserver leurs marges – la fin des *lawyers* ayant même été annoncée s’ils n’étaient pas en mesure de repenser à brève échéance la nature des services juridiques<sup>2</sup>.

Cette logique est connue. Elle a partie liée avec un double facteur qui peut soit en être à l’origine, soit l’accentuer. D’une part, un facteur institutionnel qui touche au premier chef les pays européens et consiste dans le démantèlement progressif des règles gouvernant les professions du droit. D’autre part, un facteur intellectuel qui contribue à légitimer le premier en étant au fondement des choix de politique publique : relevant de la théorie économique, il tend à appliquer aux professions juridiques les principes de l’économie industrielle. Analysons ces deux facteurs, avant de voir que ce sont les Anglais qui pourraient avoir poussé à leur paroxysme les conséquences de cette façon d’appréhender les professions du droit.

---

2. Richard Susskind, *The End of Lawyers ?*, Oxford UP, 2008.

*Le démantèlement des règles professionnelles*

À l'échelon communautaire<sup>3</sup>, tant la délivrance de prestations juridiques dans un pays membre autre que celui dans lequel un professionnel du droit exerce à titre habituel (directive 77/249/CE) que le droit pour ce même professionnel de s'établir dans un autre pays membre (directive 98/05/CE) ont été amplement favorisés depuis plus de trente ans. Et cette faveur a encore été accentuée par l'adoption de directives successives (89/48/CEE et 2005/36/CE) qui autorisent les ressortissants d'un pays membre à exercer une profession libérale dans un autre pays que celui où ils ont acquis leurs qualifications professionnelles, ou encore par la directive relative aux services dans le marché intérieur (2006/123/CE), dont la Commission précise qu'elle a vocation à s'appliquer sous certaines réserves aux juristes. Il s'ensuit qu'il n'y a plus guère aujourd'hui de frontières intra-européennes s'agissant de l'exercice du droit par un avocat, alors même qu'il en existe encore entre les différents États des États-Unis ou les diverses provinces du Canada.

35

Aux échelons nationaux, il y a certes de réelles divergences entre les différentes réglementations qui organisent l'exercice du droit – la situation finlandaise n'ayant par exemple rien à voir avec celle de la Grèce (du moins jusqu'à la récente réforme des professions). Néanmoins, l'exercice du droit n'y est que rarement réservé à un groupe restreint de professionnels réglementés – à la différence de l'Amérique du Nord où les *lawyers* disposent du monopole de cet exercice.

Pour s'en tenir à la France et dans un esprit de compromis politique, le titre II de la loi du 31 décembre 1971 sur les professions judiciaires et juridiques, tel qu'il a été réformé au moment de la fusion des avocats et des conseils juridiques, a ouvert à un grand nombre de personnes le droit de donner des consultations juridiques et/ou de rédiger des actes sous seing privé pour autrui – banquiers, assureurs, experts-comptables, auditeurs divers, etc. La principale restriction tient à ce que ces consultations doivent se rapporter à leur activité principale et que la rédaction d'actes constitue, soit l'accessoire direct de la prestation fournie, soit l'accessoire nécessaire de cette activité principale. Une précision et des distinctions trop subtiles qui ont donné lieu à une jurisprudence peu abondante, mais plutôt confuse, laquelle n'est en définitive guère favorable aux titulaires du droit de donner des consultations juridiques et de rédiger des actes sous seing privé pour autrui à titre principal dans le

3. S'agissant des avocats, voir Michel Bénichou, « L'Europe, les avocats et la concurrence », *Gazette du palais*, 7-8 mars 2007, n° 66-67, p. 2-14; *ibid.*, 9-10 mars 2007, n° 68-69, p. 7-18.

cadre des activités défini par leurs statuts respectifs – avocats, notaires, avocats aux conseils, huissiers de justice, etc.

### *Une question d'économie industrielle*

Sur le plan intellectuel, il est aisé de constater que la littérature grise émanant des institutions européennes (en 2003, 2004 ou 2005) ou internationales (le comité de la concurrence de l'OCDE en 2007) conteste la légitimité d'une très large part de la réglementation professionnelle en s'appuyant à peu près exclusivement sur des arguments de nature économique qui conditionnent désormais le regard porté par les décideurs publics sur la réglementation professionnelle – en ce sens que tout argument qui ne ressortit pas au discours économique semble aujourd'hui dénué de portée, pour ne pas dire inaudible.

36 Au surplus, cette littérature se rattache massivement à un certain courant de la pensée économique : les professionnels du droit et leur réglementation y sont perçus sous le double prisme du modèle de la concurrence pure et parfaite et de l'économie industrielle<sup>4</sup>.

D'un côté, il est entendu que le moyen de rapprocher le secteur des services juridiques de ce modèle passe par un démantèlement, au moins partiel, des réglementations professionnelles, qu'il s'agisse de la fixation des honoraires, de la régulation à l'entrée de la profession, de l'organisation de la publicité et du démarchage, de la structuration du capital des cabinets ou des études, etc. De l'autre, ces mêmes réglementations sont analysées à l'aune d'une économie industrielle standard qui, sans tenir compte de l'éventuelle spécificité du marché des services juridiques, confond les différents ordres professionnels avec de simples cartels dont l'objectif serait uniquement de réduire la concurrence entre ses membres au détriment des intérêts du public.

Pour autant, si même la Commission (parfois contredite par la Cour de justice de l'Union européenne) semble favorable à une déréglementation des activités juridiques dont elle affirme attendre un surcroît de bénéfice pour le fonctionnement quotidien du marché unique, ce que tendraient encore à démontrer certains extraits de sa « lettre d'invitation à soumissionner » (MARKT/2011/071/E) destinée à évaluer le cadre juridique de la libre circulation des avocats au regard de l'environnement

---

4. Pour une présentation critique de cette littérature, voir Camille Chaserant et Sophie Harnay, « L'économie sans qualité : critique du diagnostic de la Commission européenne », in Olivier Favereau (dir.), *Les Avocats, entre ordre professionnel et ordre marchand*, Lextenso, 2010, p. 31-64.

réglementaire dans le marché intérieur, il semble qu'elle n'ait pas encore franchi le pas en se prévalant de certains acquis de l'économie industrielle pour dénier toute spécificité aux professions du droit. Ce qui pourrait ne pas être le cas des Anglais.

### *Le paroxysme anglais*

Ceux-ci ont peut-être franchi ce pas quand ils ont adopté le *Legal Services Act* en octobre 2007 (dont l'entrée en vigueur a été repoussée à la fin de l'année 2011) qui constitue l'ultime étape d'un processus entamé en 1979<sup>5</sup>. D'une part, ce texte modifie les modalités de régulation de la profession en s'éloignant du système d'autorégulation réputé ne pas servir au mieux les intérêts du public – alors même que ce système constitue de manière traditionnelle un élément caractéristique d'une « profession »<sup>6</sup>. D'autre part, il modifie l'organisation des structures d'exercice en autorisant non seulement l'ouverture du capital des firmes juridiques à des investisseurs extérieurs et leur management par des non-juristes (les *legal disciplinary practices*), mais aussi en créant des structures d'exercice susceptibles de fournir des services multiples (sur le mode du *one-stop shop*), détenues exclusivement par des non-juristes (par exemple, des groupes de distribution) et, le cas échéant, introduites en Bourse (les fameuses et tant débattues *alternative business structures*).

37

À dire vrai, plus certainement que tous leurs autres partenaires européens, les Anglais auraient pris acte et pleinement tiré les conséquences de la dichotomie entre les cabinets traditionnels et les grandes firmes globalisées – telles celles du *magic circle* – qui privilégient une logique tout à la fois commerciale et entrepreneuriale. Leur considérable croissance durant les dernières décennies, leurs modes de fonctionnement, les objectifs qu'elles privilégient et l'emprise qu'elles prennent sur l'exercice du droit des affaires aujourd'hui illustreraient à leurs yeux le passage d'une logique « professionnelle » à une logique « de marché »<sup>7</sup> qui autoriserait l'admission de raisonnements tirés de l'économie industrielle.

Ce qui expliquerait la création de structures alternatives (et

5. Sur cette évolution, voir Christopher J. Whelan, « The Paradox of Professionalism: Global Practice Means Business », *Penn State International Law Review*, vol. 27, 2008, p. 465, 472-475.

6. Voir, par exemple, Stephen L. Pepper, « The Lawyers's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, and Some Possibilities », *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 11, n° 4, 1986, p. 613, 615.

7. Voir, par exemple, Robert G. Lee, « From Profession to Business: The Rise and Rise of the City Law Firm », *Journal of Law in Society*, vol. 19, n° 1, 1992, p. 31.

potentiellement concurrentes) aux grandes firmes juridiques – les *alternative business structures*. Mais ce qui expliquerait aussi l'apparition de nouvelles revendications de la part de ces mêmes firmes : dans la mesure où certaines défaillances du marché qui justifient l'existence de règles restrictives de concurrence – dont l'affirmation très classique d'une asymétrie d'information entre son client et l'avocat – ne se retrouvent pas dans la fourniture, par ces firmes, de services juridiques aux entreprises, il n'y aurait plus lieu de maintenir ces règles, mais bien plutôt de favoriser non pas tout à fait une déréglementation accrue du marché des services juridiques (qui pourrait ne pas être favorable à ces firmes), mais plutôt d'autoriser une distinction entre les règles applicables aux grandes firmes et aux cabinets traditionnels<sup>8</sup>.

38 Si donc les idées aujourd'hui promues par les Anglais finissaient par s'imposer en Europe, voire si les effets produits sur le continent par la mise en œuvre du *Legal Services Act* devaient bouleverser les équilibres actuels au sein du marché des services juridiques, peut-être assisterions-nous à un nouveau recul de la logique professionnelle par rapport à la logique de marché. Autrement dit, à une nouvelle poussée du démantèlement des réglementations censées caractériser l'exercice du droit sous la forme d'une profession au profit d'un exercice laissé plus largement aux forces du marché.

En l'état actuel, le basculement n'a certes pas eu lieu, mais il est présent dans l'esprit de nombreux représentants des différentes professions juridiques. En France, il donne lieu à des réactions dont les expressions distinctes ne pouvaient qu'aboutir à un affrontement, du moins entre les deux professions réglementées les plus importantes – le barreau et le notariat.

## RÉACTIONS DES PROFESSIONS JURIDIQUES

Les débats, souvent passionnés et parfois violents, qui ont eu lieu entre 2008 et 2009 au cours des travaux menés par la commission présidée par l'avocat Jean-Michel Darrois<sup>9</sup>, ont certainement cristallisé l'essentiel des tensions qui existent au sein des professions juridiques réglementées du fait, nous venons de le voir, de la concurrence exacerbée dans le domaine du conseil juridique et de la rédaction d'actes pour autrui et

8. Voir, dans ce sens, Robert G. Lee, « Liberalisation of legal services in Europe: progress and prospects », *Legal Studies*, vol. 30, n° 2, 2010, p. 186.

9. Jean-Michel Darrois, *Vers une grande profession du droit. Rapport au président de la République sur les professions du droit*, La Documentation française, 2009.

du mouvement de déréglementation du secteur des services juridiques qui semble constant, du moins au niveau communautaire.

Ces débats ont essentiellement opposé les notaires aux avocats, car certaines des propositions émises par la commission Darrois, ultérieurement reprises par une loi du 28 mars 2011, ont révélé l'existence de stratégies professionnelles antagonistes. Alors que les avocats ont récemment diversifié leur stratégie, qui combine désormais logique professionnelle et logique de marché, les notaires ont plutôt privilégié une stratégie défensive, axée sur la défense de la légitimité de leur profession, afin de ne pas être aspirés par cette même logique de marché et voir disparaître les monopoles qui en découlent.

### *Les avocats : entre profession et marché*

Au cours des années 1960, ceux-ci ont nettement pris conscience que leur profession n'aurait un avenir que si elle réussissait à diversifier ses domaines d'activités en ne les cantonnant plus à une fonction juridictionnelle en voie de diminution et de paupérisation. Aussi ses représentants ont-ils mis en place, de manière progressive et non sans de multiples débats internes, une stratégie qu'on peut qualifier de « fusion-absorption » d'autres professions, en espérant en retirer un double avantage : récupérer le domaine d'activités propre à ces professions et obtenir à terme – en fait sinon en droit – le monopole de l'exercice du droit pour des professionnels du droit qui auraient été réunis sous la bannière unique du barreau.

C'est ainsi qu'ont été successivement absorbés les avoués près les tribunaux (1971), les conseils juridiques (1990) et les avoués près les cours d'appel (2011). En revanche, l'absorption des conseils en propriété industrielle, pourtant votée par les deux professions au sein de leurs instances représentatives respectives, a fait l'objet d'un coup d'arrêt brutal en 2009. Quant à l'exercice de la profession d'avocat en entreprise, ce vieux serpent de mer qui traduirait un rapprochement avec les juristes d'entreprise, il semble s'éloigner malgré la publication d'un nouveau rapport en sa faveur<sup>10</sup>, moins peut-être en raison de l'opposition d'un nombre important d'avocats (surtout provinciaux) que du fait d'un récent arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (*AkzoNobel*)<sup>11</sup>. Celui-ci

10. Michel Prada, *Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité de la place de Paris*, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et Ministère de la Justice, mars 2011.

11. CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P.

pourrait en effet avoir privé les juristes d'entreprise d'un des bénéfices majeurs qu'ils attendent de ce rapprochement, en l'occurrence la reconnaissance du secret professionnel au profit des avis juridiques qu'ils donnent à leurs employeurs. S'agissant enfin du rapprochement avec les avocats aux conseils, il semble à ce jour exclu, avant tout parce que les présidents des juridictions suprêmes (Cour de cassation et Conseil d'État réunis) défendent ardemment leur monopole. Le tout pour ne rien dire des notaires qui se sont toujours opposés à une quelconque fusion avec les avocats – alors même que celle-ci était au point de départ de la mission confiée par le président de la République à M. Darrois.

40 La stratégie à peu près univoque menée par les représentants de la profession depuis la fin des années 1960, à savoir réserver le monopole du droit à la profession très élargie d'avocat, n'a donc pas pleinement atteint son objectif initial. Elle ne le pouvait d'ailleurs plus dès lors que le législateur, lors de la fusion des avocats et des conseils juridiques, avait refusé d'octroyer un monopole quelconque dans l'exercice du droit, fût-ce aux seuls professionnels du droit réglementés (ceux de l'article 56 de la loi du 31 décembre 1971). Et dès lors aussi que les autorités communautaires commençaient à montrer, au cours de la même période, leur relative hostilité à l'endroit des monopoles professionnels dans lesquels elles allaient bientôt voir des rentes suspectes.

Aussi ces dernières années ont-elles marqué une inflexion dans la stratégie suivie par les représentants de la profession<sup>12</sup>. La stratégie d'expansion n'a pas été abandonnée. J'en veux pour preuve le titre significatif du rapport Darrois : « Vers une grande profession du droit ». Pour autant, ce même rapport contient des propositions qui prennent acte de l'existence d'une logique de marché par un renforcement de la compétitivité des cabinets d'avocats. Nous en retiendrons deux (les plus emblématiques) qui ont été consacrées par la loi déjà citée du 28 mars 2011.

Première proposition : la création de « sociétés multidisciplinaires » propres à rapprocher professionnels du droit entre eux, mais aussi professionnels du droit et du chiffre (autrement dit, les experts-comptables). Cette proposition a été reprise par le législateur sur un mode mineur, puisque ce dernier a limité ce rapprochement à sa seule dimension capitalistique – autrement dit, refusé de promouvoir une multidisciplinarité d'exercice. Pour autant, le raisonnement économique sous-jacent à la création de ces sociétés ne relève pas de la logique professionnelle, mais

---

12. Voir Thierry Wickers et Christophe Jamin, « L'avenir de la profession d'avocat », *Commentaire*, n° 132, 2010, p. 985-998.

bien d'une « logique industrielle ». Ce qu'on a pu soutenir en précisant que « les bénéfices attendus de la multidisciplinarité... sont en effet censés résulter de l'exploitation d'économies d'échelle, d'envergure et de spécialisation telle qu'ils sont observables dans d'autres secteurs d'activités <sup>13</sup> ». À ce titre, la prochaine étape pourrait bien être constituée par l'ouverture du capital de certaines structures d'exercice à des capitaux extérieurs (ce que préconisait la commission Darrois pour les sociétés d'exercice libéral).

Seconde proposition : la création d'un « acte contresigné par avocat » dont la valeur probante est supérieure à l'acte sous seing privé, mais sans pour autant équivaloir à celle de l'acte authentique. Présenté sous le seul angle du droit de la preuve (celui que privilégient de nombreux juristes civilistes), ce nouvel acte peut constituer une énigme. Analysé sous son aspect économique, il se présente sous un jour très différent qui mérite d'être expliqué en quelques mots.

41

Dès lors que les services juridiques (conseil et rédaction d'actes pour autrui) sont renvoyés vers un marché qui est caractérisé, certes par la présence de très nombreux offreurs, mais aussi par l'importance de la qualité du service qu'en attendent les demandeurs, il n'est pas possible de réguler ce marché uniquement par les prix, ceux-ci ne pouvant pas jouer pleinement leur rôle discriminatoire. Il faut donc que les demandeurs de services puissent se repérer autrement que par une comparaison des prix. Un peu à la manière dont une personne choisirait un vin parmi la multitude de ceux qui lui sont offerts dans un magasin, le demandeur d'un service juridique a besoin d'indicateurs de qualité pour procéder à des arbitrages <sup>14</sup>. Or c'est précisément le rôle joué par le contreseing de l'avocat : en conférant aux avocats le bénéfice de ce contreseing, dont l'effet peut n'être que probatoire, l'État marque la confiance qu'il leur témoigne et donne une indication sur la qualité d'ensemble de leur travail aux demandeurs des services juridiques. L'acte d'avocat constitue ainsi un « marqueur de qualité » spécifique à ce marché des services juridiques qui, répétons-le, ne peut être régulé uniquement par les prix (un indicateur parmi d'autres qui jouent un rôle identique : songeons aux multiples palmarès qui fleurissent aujourd'hui pour classer les cabinets d'avocats d'affaires entre eux).

Les experts-comptables ont parfaitement compris le sens de la proposition et ont tenté de s'opposer à son introduction en droit positif

13. In Camille Chaserant et Sophie Harnay, « L'économie sans qualité », art. cit., p. 50.

14. Voir, de manière générale, Lucien Karpik, *L'Économie des singularités*, Gallimard, 2007.

(à moins de pouvoir eux aussi en profiter) en saisissant pour avis l’Autorité de la concurrence. Celle-ci a néanmoins retenu que le fait de réserver le contreseing des actes sous seing privé aux avocats et de lui attacher une valeur probante particulière ne constituait pas une atteinte au droit de la concurrence. En se plaçant sur le terrain du marché des prestations juridiques aux entreprises, elle a reconnu que le monopole du contreseing réservé aux avocats se justifiait au motif que la formation des avocats, leur déontologie particulière, leur indépendance et leur qualité d’auxiliaire de justice constituaient autant de « garanties d’intégrité et d’expérience de nature à répondre de façon adaptée à l’objectif de renforcement de la sécurité juridique <sup>15</sup> ».

42 La référence à la qualité d’auxiliaire de justice n’est pas anodine : elle constitue le troisième et dernier axe de la stratégie désormais privilégiée par le barreau – aux côtés de la (classique) politique de fusion-absorption des autres professions et du (moins classique) renforcement de la compétitivité des cabinets d’avocats sur le marché du droit. Alors que cette qualité n’était plus mise en avant ces dernières années, elle l’est à nouveau pour distinguer les avocats des autres intervenants en matière de services juridiques (pour preuve : la définition de la profession récemment adoptée par le CNB qui qualifie explicitement l’avocat d’auxiliaire de justice). Cette qualité vise à contrecarrer le discours dominant (de facture économique) qui tend à voir les offreurs de services juridiques comme autant de marchands de droit. Elle vise à démontrer que les avocats participent à de nombreux égards à l’œuvre de justice (et plus spécialement à la défense des libertés fondamentales), au moment même où les travaux académiques les plus récents, de facture plutôt sociologique <sup>16</sup> ou anthropologique <sup>17</sup>, vont dans ce sens quand ils insistent sur le fait que la profession d’avocat continue à relever de logiques multiples et variées (défense des libertés, construction de l’État de droit, structuration du lien social) qui ne réduisent pas ses membres à n’être que des agents égoïstes ne recherchant qu’un accroissement de pouvoir et de revenus. Autrement dit, l’affirmation de la qualité d’« auxiliaire de justice » renvoie à la promotion d’une logique « professionnelle » en cherchant à distinguer certains acteurs (les avocats) parmi tous les autres – toute profession étant peu ou prou fondée sur une logique de discrimination <sup>18</sup>.

15. Avis du 27 mai 2010, n° 10-A-10 relatif à l’introduction du contreseing d’avocat des actes sous seing privé, pt 115.

16. Scott L. Cummings (éd.), *The Paradox of Professionalism*, Cambridge UP, 2011.

17. Louis Assier-Andrieu, *Les Avocats*, Lextenso, 2011.

18. Pour une présentation synthétique des différentes conceptions sociologiques de ce que

Cette inflexion de la stratégie des avocats, qui oscille entre logique de marché (la pluridisciplinarité capitalistique, le contreseing de l'avocat, et plus largement les diverses mesures prises pour accroître la compétitivité des avocats sur le marché du droit) et logique professionnelle (extension de la profession par une logique de fusion-absorption ou réaffirmation de la qualité d'auxiliaire de justice), ne pouvait que heurter la stratégie uniforme que privilégient les notaires avec succès depuis maintenant plusieurs décennies, cette stratégie tendant à renforcer sans cesse la légitimité de la profession notariale pour l'autoriser à bénéficier de droits exclusifs.

### *Les notaires : la défense des monopoles*

La remise en cause de la profession de notaire ne date pas d'hier : elle remonte au moins à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Mais c'est à partir du fameux rapport Armand-Rueff (1960) qui les vouait aux gémonies que les notaires se sont engagés dans une politique ambitieuse de modernisation et de promotion de leur profession<sup>19</sup>. Au cœur de leur dispositif, l'acte authentique, vanté pour sa force probatoire renforcée et le titre exécutoire qui l'accompagne, mais dont les avantages réels sont d'une tout autre nature pour la profession.

43

D'une part, cet acte leur sert à promouvoir leurs qualités de sérieux, qui leur permettent aujourd'hui de se prétendre les défenseurs de la sécurité juridique à une époque où celle-ci est promue par tous les décideurs publics. Des qualités de sérieux dont ils n'auraient pas même été en mesure de faire état il y a trente ans, tant les scandales impliquant des notaires se succédaient les uns aux autres – des scandales dont une littérature récente prétend qu'ils n'ont jamais cessé d'exister<sup>20</sup>. D'autre part, ce même acte peut servir de réceptacle à de multiples droits exclusifs, au point que ceux-ci représentent plus de 90 % du chiffre d'affaires de la profession – la moitié de ce chiffre étant constituée par le droit exclusif dont jouissent les notaires en matière de ventes immobilières.

Dans ces conditions, la création du contreseing de l'avocat – rapidement dénommé « acte d'avocat » – ne pouvait qu'irriter profondément les notaires qui voyaient dans ce pendant à l'« acte notarié » tout à la fois le premier pas vers des revendications futures (en particulier sur

---

sont des « professions », voir Claude Dubar et Pierre Tripier, *Sociologie des professions*, Armand Colin, 1998.

19. Voir Ezra N. Suleiman, *Les Notaires*, Seuil, 1987.

20. Voir, récemment, Laurence de Charrette et Denis Boulard, *Les Notaires*, Robert Laffont, 2010 ; Collectif Non/Taire, *Manifeste contre les notaires*, Max Milo, 2011.

les ventes immobilières) et l'expression d'une possible confusion des genres (la promotion de la qualité de sérieux dans la rédaction des actes pouvant ne plus être l'apanage des seuls notaires). Autrement dit, un moyen de contrecarrer leur stratégie sur les deux points que nous venons d'énoncer.

44 Plus subtilement, l'admission de l'acte d'avocat banalisait d'une autre manière la fonction notariale en contribuant à renvoyer celle-ci du côté du marché : bénéficiant chacun d'un acte spécifique, l'acte authentique d'un côté et l'acte d'avocat de l'autre, notaires et avocats devenaient en quelque sorte concurrents en matière de rédaction d'actes, alors que les notaires avaient jusqu'alors pris le plus grand soin de lier le double avantage tenant à l'acte authentique (force probante renforcée et force exécutoire) à leur statut spécifique d'officier public et ministériel, un statut précisément destiné à les affranchir de toute logique de concurrence. Si une autre profession (les avocats) se voyait octroyer un acte à force probante renforcée (rapprochant celui-ci de l'acte authentique) sans disposer de ce statut, le lien établi entre acte authentique et statut d'officier ministériel pouvait être affaibli et les notaires progressivement renvoyés du côté du marché.

Or un tel renvoi serait catastrophique, car ce serait remettre en cause ce pan majeur de la stratégie suivie avec la plus grande constance par le notariat : son affranchissement du marché pour éviter précisément le puissant mouvement de déréglementation mis en œuvre par les autorités communautaires (cf. *supra*) – et donc à plus ou moins brève échéance la suppression des droits exclusifs et autres monopoles obtenus de la Chancellerie au fil du temps. Un affranchissement que le notariat avait par exemple obtenu de très haute lutte (grâce au soutien de cette même Chancellerie) lors de l'adoption de la fameuse directive, déjà citée, relative aux services dans le marché intérieur, dont l'article 2-2 l précise qu'en sont exclus « les services fournis par les notaires et les huissiers de justice, nommés par les pouvoirs publics ».

Pour contrer les effets potentiellement dévastateurs de l'acte d'avocat pour leur stratégie, les notaires ne pouvaient donc que riposter de manière offensive. Nous ne dirons rien des multiples campagnes de communication mises en place depuis les débuts des travaux de la commission Darrois (qui sont allées jusqu'à l'invention sur Internet du personnage de « Justin Conseil ») pour nous attacher seulement à présenter en quelques mots l'évolution des éléments de langage mis en avant par la profession notariale pour affirmer la spécificité de l'acte authentique, ces éléments étant apparus sous la plume d'universitaires qui lui sont proches.

– Premier élément de langage (le plus étroitement civiliste) : acte authentique et acte d’avocat n’auraient rien à voir sur un plan technique, ce qui permettrait de réaffirmer la spécificité du premier et de renvoyer le second du côté de l’acte sous seing privé (et par contrecoup de renouer le lien entre acte authentique et statut d’officier ministériel).

– Second élément (emprunté au droit public) : l’acte authentique traduirait l’existence d’un « service public de la preuve », une nouveauté conceptuelle dans le paysage du droit public qui permettrait une nouvelle fois d’affirmer la spécificité de cet acte et d’affranchir l’activité des notaires d’une logique de marché (service public oblige).

– Troisième élément (idéologique) : ce service public constituerait une spécificité du droit continental et y porter atteinte en introduisant le contreseing de l’avocat contribuerait à faire basculer le droit français du côté du *common law* – une façon de dire que les avocats trahiraient leur propre tradition juridique, au contraire des notaires qui en seraient les meilleurs serviteurs (trahison dont les avocats seraient coutumiers depuis qu’ils auraient permis l’arrivée massive de leurs homologues anglais et américains dans l’Hexagone).

45

Cette réorientation des arguments avancés par les notaires pourrait cependant ne pas porter ses fruits, ainsi qu’en atteste un récent arrêt de la Cour de justice de l’Union européenne (*Commission c. France*)<sup>21</sup>. L’enjeu principal du débat soumis à l’appréciation de la Cour (qui ne concernait pas seulement la France) était de savoir si les activités relevant de la profession du notariat participent ou non à l’exercice de l’autorité publique au sens de l’article 45 du traité CE (devenu 51 TFUE). Ce texte prévoit en effet que les professionnels qui participent, fût-ce de manière occasionnelle, à l’exercice de l’autorité publique sont exemptés des dispositions relatives à la liberté d’établissement. Or la France soutenait de façon classique que les notaires sont des officiers publics qui participent à l’exercice de cette autorité, ce qui devait les exclure de l’application des règles relatives à la liberté d’établissement. Néanmoins, cet argument n’a pas convaincu la Cour. Après avoir précisément analysé les diverses activités exercées par les notaires, elle a retenu qu’ils ne participaient pas de façon directe et spécifique à l’exercice de l’autorité publique. Puis elle a ajouté qu’ils exerçaient leur profession dans des conditions de concurrence qui ne sont pas caractéristiques de ce même exercice de l’autorité publique. Ce qui lui a permis de conclure que les notaires ne pouvaient se prévaloir du bénéfice de l’article 45 précité et

21. CJUE, 24 mai 2011, aff. C-50/08.

qu'en conséquence la condition de nationalité (française) requise pour l'accès à la profession constituait une discrimination fondée sur la nationalité, interdite par le traité CE.

46 À ce jour, nul ne sait exactement quelle sera la portée exacte de l'arrêt qui se prononce de manière explicite seulement sur la question de la nationalité en évitant de statuer sur les autres règles régissant le notariat. Néanmoins sa portée pourrait être considérable, du moins au regard de son apport méthodologique majeur, la Cour ayant apprécié la condition de nationalité à l'aune du principe de proportionnalité. Un principe qui, s'il était repris, obligerait les notaires, pour apprécier la conformité au droit communautaire de chacune des règles qui les régit (au premier rang desquelles figurent les droits exclusifs qui leur sont octroyés), à justifier ces règles par rapport aux objectifs poursuivis quand elles ont été instituées<sup>22</sup>. Ce qui a été en définitive la méthode appliquée par la Cour de justice aux règles régissant la profession d'avocat depuis l'entrée en vigueur des premières directives qui leur sont applicables. Et ce qui pourrait aboutir, à force de recours devant la Cour de justice (les *repeat players* finissant souvent par l'emporter), à un démantèlement du statut professionnel très spécifique que les notaires ont fini par obtenir de l'État français au fil des décennies – et cela au bénéfice d'une logique de (re) mise sur le marché d'un certain nombre d'activités relevant des services juridiques (ventes immobilières et autres).

Est-ce à dire plus généralement que l'avenir marquera la fin des professions du droit au profit du marché ? On peut en douter : les professions réglementées devraient continuer à exister, mais elles pourraient être régulées différemment et plus largement mises en concurrence avec d'autres acteurs. La question étant de savoir quelle sera la mesure exacte de ces changements. Néanmoins, un point me paraît à peu près certain : dans la formidable bataille des idées qui sous-tendra les évolutions politico-juridiques à venir, il ne suffira plus de se draper dans la défense d'une quelconque tradition juridique ou d'invoquer de manière générale la défense des libertés ou la promotion de la sécurité juridique pour tenter de légitimer telle ou telle règle professionnelle – voire telle profession réglementée. Les arguments relevant de l'analyse économique du droit devraient y jouer une place centrale, tant ils sont devenus prégnants quand il s'agit d'apprécier les réglementations professionnelles

---

22. Voir, en ce sens, Charles Froger, « Le droit de l'Union européenne interdit de réserver la profession de notaire aux nationaux », *Droit administratif*, 2011, comm. 77, spéc. II.

– une analyse économique nettement plus rigoureuse que celle dont certains juristes français font aujourd’hui état à des fins purement rhétoriques<sup>23</sup>. Et ces arguments devront être au surplus relayés par la présentation et l’analyse de données empiriques fiables pour caractériser le comportement réel et non supposé des acteurs, et cela alors même que ces données manquent cruellement, du moins au niveau national. Autant dire que l’avenir des professions du droit devrait se jouer sur fond de révolution culturelle pour la communauté des juristes français qui n’ont guère appris à manier ce genre d’arguments<sup>24</sup>.

---

23. Voir récemment aux États-Unis, en faveur d’une déréglementation des professions juridiques fondée sur une étude d’analyse économique du droit nourrie d’éléments empiriques, C. Winston, R. W. Crandall and V. Maheshri, *First Thing We Do, Let’s Deregulate all the Lawyers*, Brookings Institution Press, 2011.

24. Sur les limites assignées au raisonnement « juridique » chez les juristes français, voir Christian Atias, *Devenir juriste*, Litec, 2011, n° 209-212, p. 114-115.

---

## R É S U M É

*Depuis plus d’une décennie, l’emprise exercée par l’économie industrielle sur les décideurs publics contribue à une remise en cause de la légitimité même des professions juridiques. Afin de moderniser le domaine des services juridiques et de favoriser un accroissement de concurrence réputé bénéfique au public, il serait nécessaire de démanteler au moins partiellement les règles professionnelles. Pour faire face à cette évolution, les professionnels du droit, au premier rang desquels figurent avocats et notaires, réagissent, mais en adoptant en France des stratégies largement distinctes qui les conduisent irrémédiablement à l’affrontement, sans pour autant éviter vraiment à la machine à « déprofessionnaliser » les activités juridiques de progresser au profit du marché.*