

Le dilemme des avocats (et des professions juridiques réglementées): se réformer ou disparaître

Christophe Jamin

▶ **To cite this version:**

Christophe Jamin. Le dilemme des avocats (et des professions juridiques réglementées): se réformer ou disparaître. Dalloz avocats : exercer et entreprendre, 2014, 12, pp.391 - 396. hal-03568360

HAL Id: hal-03568360

https://sciencespo.hal.science/hal-03568360

Submitted on 12 Feb 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

posée : l'avocat de demain travaillera-t-il avec ces « brokers de clientèle » ou contre eux ? La pratique semble avoir déjà pris le chemin de la première option.

L'innovation dans le domaine de la réalisation de la prestation juridique : le « *legal process outsourcing* »

Toujours selon Frédéric Pelouze, c'est le prix élevé des prestations de l'avocat qui risque d'avoir pour effet de l'exclure de toute une partie de la réalisation de la prestation juridique. Les éditeurs de logiciels proposent leurs formulaires intelligents et leurs systèmes visant à automatiser – ou du moins rationaliser – la fabrication des actes et documents qui relèvent de la prestation juridique. La question se pose alors de savoir qui seront les principaux utilisateurs de ces outils ? L'avocat va-t-il rester le maître d'œuvre ou deviendra-t-il le simple fournisseur de l'opérateur ou de la plate-forme qui fournit la globalité du service ?

L'innovation juridique par qui et au service de qui ?

Parmi les dossiers soumis à l'incubateur du Barreau de Paris, une grande majorité d'entre eux n'émane pas d'avocats mais de prestataires ou d'ingénieurs qui veulent saisir les opportunités que peut présenter un marché en pleine mutation. Les avocats ne sont sans doute pas assez à la manœuvre dans un domaine qui est cependant le leur. Concernés au premier chef, c'est à eux de réfléchir à ces transformations, ces nouveaux modèles économiques et les outils pour les accompagner. Frédéric Pelouze reconnaît que la situation est délicate. Les projets soumis à l'incubateur ne sont pas tous à l'avantage de l'avocat. « L'incubateur présente toutefois le grand avantage d'être un lieu d'observation privilégié permettant à l'Ordre de Paris de porter à la connaissance de la profession toutes ces nouveautés et ces changements. Il vaut mieux ne pas fermer les yeux. Les avocats peuvent encore être les acteurs du changement », conclut-il.■

Le dilemme des avocats (et des professions juridiques réglementées) : se réformer ou disparaître [1]

Par

Christophe Jamin
Professeur des universités, Directeur de l'École de droit de Sciences Po

Beaucoup d'avocats sont convaincus que leur profession ne peut disparaître tant elle dispose d'une histoire riche et ancienne. Soutenez devant eux que les choses sont plus fragiles qu'ils ne le pensent et, au mieux, ils vous regarderont avec curiosité. Et pourtant, les professions sont mortelles et il est inutile de remonter au Moyen Âge pour énumérer celles qui ont disparu ou sont en voie d'extinction : les disquaires des années 1970 deviennent introuvables, le nombre des agences de voyage a beaucoup diminué et les libraires s'inquiètent pour leur avenir…

Certes, il faut être prudent quand on aborde cette question. Certaines professions ont disparu car elles portaient sur l'exercice d'un métier qui n'a plus d'utilité sociale. Qui parle encore des boquetiers (les marchands de sabots) ou des oribusiers (les fabricants de bougies) ? Il existe aussi des professions qui disparaissent parce que les fonctions qu'elles exerçaient le sont aujourd'hui par d'autres. On vend toujours des livres mais la librairie est de moins en moins le lieu où on les achète. Or c'est un peu dans cette situation que pourraient se trouver bientôt les avocats et, plus largement, la plupart des professions juridiques

réglementées. La rédaction d'actes juridiques pour autrui, le conseil juridique donné à un tiers ou encore l'assistance et la représentation des personnes en justice pourraient ne plus leur être réservés (même si elle ne l'est déjà qu'en partie).

Désormais, les décideurs publics s'appuient plutôt sur un discours emprunté à l'analyse économique du droit pour justifier le maintien ou le changement des règles applicables aux professions juridiques.

Il faut commencer par s'interroger sur les raisons de ce changement, car c'est seulement une fois qu'on a identifié ces raisons qu'il est possible de réfléchir à la meilleure façon d'y faire face. Du moins si l'on croît (ce qui, curieusement, n'est pas toujours le cas) qu'il existe un lien de causalité entre un bon diagnostic et un remède efficace… et si l'on admet aussi qu'il est possible de trouver un remède (ce qui est toujours moins facile qu'on ne le pense).

Les raisons du changement

Songeons d'abord que les avocats et la plupart des professionnels du droit font l'objet d'une réglementation spécifique qui aboutit à leur réserver un domaine d'activités. À d'importantes réserves près (essentiellement celles des articles 54 et suivants de la loi du 31 décembre 1971), les avocats disposent par exemple du monopole de l'assistance et de la représentation en justice, alors que les avocats aux conseils ont seuls accès aux juridictions suprêmes et que les notaires sont les seuls à pouvoir établir des actes authentiques. Cette situation ne suscitait pas vraiment de débats jusqu'à ces dernières années. Néanmoins, une chose a profondément changé depuis un peu plus de trois décennies. Les soubassements intellectuels qui fondaient ces monopoles (certes relatifs) ont changé. Désormais, les décideurs publics ne s'appuient plus vraiment sur la tradition ou la morale ou l'histoire, mais plutôt sur un discours emprunté à l'analyse économique du droit (une certaine analyse économique du droit) pour justifier le maintien ou le changement des règles applicables aux professions juridiques. Le débat sur la réglementation est devenu avant tout un débat d'économistes qui ont accaparé le sujet au fil du temps.

Or, l'analyse dominante (souvent répertoriée sous le titre de « théories de l'intérêt privé ») a tendu à remettre en cause la logique « professionnelle », autrement dit monopolistique, de l'exercice du droit (conseil, rédaction d'actes, assistance et représentation en justice, etc.) au motif que la réglementation constitutive de ces professions a moins pour fonction de remédier aux défaillances du marché que d'assurer la protection de leurs membres en leur conférant une rente au détriment du public. Ce qui a incité les promoteurs de cette analyse à prôner le démantèlement des règles professionnelles au profit du marché supposé plus bénéfique à ce public.

Bien plus, les économistes qui promeuvent le maintien de règles professionnelles fortes (les promoteurs des « théories de l'intérêt public ») ont progressivement revu leurs analyses à la baisse au regard des catégories qu'ils avaient créées. En quelques mots, il est possible de dire qu'à leurs yeux ces règles sont justifiées par trois séries de considérations (qui sont devenues la vulgate de l'analyse économique des professions) : le fait qu'il existe entre les professionnels du droit et leurs clients une asymétrie d'information, que les services juridiques et judiciaires produisent des effets externes (sur l'ensemble de la société) qui sont susceptibles d'être négatifs, et enfin que la justice constitue un bien public (en ce sens qu'il peut être utilisé par plusieurs agents et qu'on ne peut empêcher un agent d'y accéder). Or, ces trois éléments sont peu à peu remis en cause. Prenons l'exemple de l'asymétrie d'information. Certains ont commencé par soutenir qu'il fallait distinguer entre diverses catégories de clients : la situation d'une grande entreprise commerciale qui dispose d'un service juridique ne pouvant être comparée à celle d'un profane, l'asymétrie d'information ne peut être appréciée de la même façon selon la catégorie de clients à laquelle l'avocat s'adresse. Ce constat a permis de soutenir qu'il fallait affiner les règles professionnelles en réservant un sort particulier aux « clients sophistiqués » (*sophisticated clients*). Désormais, les choses vont encore plus loin : le développement fulgurant des nouvelles technologies et la diffusion de l'information font dire à de nombreux observateurs qu'une part croissante des clients (et pas seulement les entreprises munies de ser-

1 Ce texte reprend une partie des arguments, et parfois certaines formules, développés dans la préface du livre de T. Wickers : *La grande transformation des avocats*, Dalloz, 2014. Je remercie l'auteur et l'éditeur de m'en avoir donné l'autorisation.

vices juridiques) est de mieux en mieux informée et donc que le maintien de la réglementation fondée sur l'asymétrie d'information n'aurait plus vraiment de raison d'être dans un nombre croissant de situations. Autrement dit, alors qu'on pouvait encore récemment soutenir avec succès que les services juridiques n'étaient pas des services comme les autres en ce qu'ils étaient des « biens de confiance » (selon la terminologie des économistes : des biens dont le client ne peut apprécier la valeur exacte ni avant ni après l'exécution de la prestation) et qu'il fallait donc leur appliquer des règles spécifiques (autrement dit, ne pas déréglementer), ce discours a de moins en moins de portée.

C'est donc de tous côtés (théories économiques dites de l'intérêt public mais aussi de l'intérêt privé) qu'un discours critique à l'égard de la réglementation des professions juridiques a vu le jour. Et c'est ce discours qui a fondé, évidemment à des degrés divers, des politiques publiques qui aboutissent au démantèlement de pans entiers de règles qui organisaient ces professions aux fins de restituer au marché une part plus importante (pour l'essentiel en décloisonnant ces professions). C'est ainsi qu'ont été remises en cause au fil du temps, par exemple, les règles relatives à la fixation des prix, à la publicité et au démarchage, aux conditions d'entrée dans certaines professions, ou encore aux structures de propriété.

Voici donc pour la première raison qui explique que le monde dans lequel évoluaient les avocats a considérablement changé. Il tient à la puissance du discours économique, un discours qui est d'autant plus prégnant que les professionnels ne sont plus toujours capables de lui opposer un argument absolument fondamental qui a longtemps justifié leur existence.

Pour comprendre la nature de cet argument et en mesurer la portée, il faut s'attacher à un deuxième phénomène qui a été analysé par le sociologue Lucien Karpik [2] et l'anthropologue et juriste Louis Assier-Andrieu [3] dans leurs ouvrages sur les avocats. Ceux-ci y ont démontré, d'un point de vue historique, que la profession d'avocat n'a pu exister et l'emporter sur le marché que parce qu'elle a toujours su pactiser avec le public dont elle a servi les intérêts. Autrement dit, l'État n'a accepté de réserver un domaine d'activité à une certaine catégorie de praticiens, ce qui ne relevait pas de l'évidence, que parce qu'il a pu constater que les membres de la société en retiraient un bénéfice certain. C'est ce qui explique, par exemple, que les barreaux furent classiquement attachés à l'assistance gratuite aux indigents. Il s'agissait là d'une logique d'échange avec l'État, ce que beaucoup d'avocats oublient aujourd'hui en soutenant qu'ils doivent être rémunérés et non simplement indemnisés au titre de l'aide juridictionnelle… Or, ce pacte ou cette alliance aurait été au moins en partie rompu durant les dernières décennies, car la profession ne permettrait plus à la majeure partie du public d'accéder au droit – autrement dit, le bénéfice ne serait plus aussi net qu'auparavant. En effet, le développement du barreau d'affaires depuis le début des années 1990 a permis de servir les intérêts des plus grandes d'entre les entreprises, alors que la mise en place d'un système d'aide juridictionnelle deux décennies plus tôt a donné un certain accès au droit à une partie de la fraction la plus pauvre de la population ; en revanche, l'entre-deux n'a guère été servi, ce que prouvent une multitude d'études empiriques réalisées un peu partout dans le monde. Il s'ensuit qu'une fraction croissante des justiciables, personnes physiques et morales confondues, ne peut être conseillée ni faire prévaloir ses droits car les professionnels que sont les avocats, qui n'entendent rien céder de la qualité de leurs prestations ni des modes de fonctionnement de leurs cabinets (qui sont, selon la terminologie anglaise, des « *solution shops* »), ne les servent pas à un prix accessible.

L'État n'a accepté de réserver un domaine d'activité à une certaine catégorie de praticiens, que parce qu'il a pu constater que les membres de la société en retiraient un bénéfice certain.

Nous aurions pu en rester là, déplorer cette situation et manifester à intervalles réguliers pour que l'État-providence assure un caractère toujours plus effectif à l'accès au droit en étendant le bénéfice de l'aide juridictionnelle ou encore en rendant obligatoires les contrats d'assurance juridique à l'image de ce qu'il a fait pour l'assurance automobile… Néanmoins cette attitude n'est plus tenable en raison d'un changement absolument considérable et qui n'en est qu'à ses débuts : l'apparition et le développement des nouvelles

2 L. Karpik, *Les avocats – Entre l'État, le public et le marché XIIIe-XXe siècle*, Gallimard, 1995.
3 L. Assier-Andrieu, *Les avocats – Identité, culture et devenir*, Lextenso, 2011.

technologies. Nous tiendrions là le troisième phénomène propre à modifier considérablement la situation des avocats.

Ici, l'on songe aux travaux précurseurs et à certains égards dévastateurs de Richard Susskind [4] et plus spécialement à cette idée que l'utilisation massive des nouvelles technologies diminue considérablement le coût des services juridiques qui deviennent progressivement ce qu'on appelle des « commodités » (*commodities*) en permettant l'accès effectif au droit à un plus grand nombre. Le développement actuel de sites Internet qui offrent une multitude de services juridiques à des prix plus bas que ceux pratiqués par les cabinets d'avocats en constituent la démonstration. On peut certes contester ce phénomène en soutenant, par exemple, que les services juridiques exigent un minimum de personnalisation, car les situations factuelles sont toutes différentes, ou que le recours aux nouvelles technologies déshumanise la pratique du droit, ou encore qu'il est impossible de transiger sur la qualité des prestations. Mais il faut bien y songer : invoqués par les avocats, ces arguments ne sont déjà presque plus audibles s'agissant par exemple des divorces réputés les plus simples (sans bien immobilier, sans enfant, etc.). Le même phénomène se rencontre d'ailleurs chez les notaires : ceux-ci auront de plus en plus de mal à justifier le recours obligatoire à leurs services pour les ventes immobilières de base, le travail des études étant déjà largement industrialisé (ce qui le fait progressivement relever des commodités). Les professionnels risquent de payer très cher cette ligne de défense : à plus ou moins brève échéance, ces sites Internet, qui montent en gamme, abaissent leurs coûts et se multiplient ; ils seront susceptibles de priver de travail une large fraction des professionnels du droit en révolutionnant le marché des services juridiques. Plus et pire que cela : en privant la profession d'avocat de ce qui justifiait sa raison d'être, à savoir le service du public, puisque ce sont ces sites qui le serviront le mieux !

Les trois phénomènes que je viens d'énoncer (la puissance du discours économique, la rupture du pacte liant les avocats au public et la montée en puissance des nouvelles technologies) sont susceptibles d'engendrer un cercle infernal propre à détruire toute logique professionnelle.

Les trois phénomènes que je viens d'énoncer (la puissance du discours économique, la rupture du pacte liant les avocats au public et la montée en puissance des nouvelles technologies) sont susceptibles d'engendrer un cercle infernal propre à détruire toute logique professionnelle. Le fait que les avocats aient rompu leur pacte avec un public qu'ils ne servent plus aussi bien qu'auparavant ne peut qu'encourager les pouvoirs publics à continuer à démanteler les règles professionnelles en espérant que le marché sera mieux à même de rendre service aux sujets de droit. Or, ce démantèlement permet à de nouveaux acteurs, issus de l'économie numérique, de s'intéresser à un domaine d'activité qui ne leur était pas alors accessible, précisément parce qu'il n'était pas constitué en marché. Et l'on peut parier qu'ils le feront avec une efficacité d'autant plus grande que leur mode de fonctionnement relève plus de l'esprit d'entreprise que des arts libéraux. Et c'est cette efficacité qui encouragera les pouvoirs publics à accentuer le processus de démantèlement des règles professionnelles au motif que ces nouveaux acteurs servent les intérêts du public à certains égards mieux que les avocats. La boucle sera ainsi bouclée et la profession d'avocat (mais aussi les autres professions réglementées) susceptible d'être absorbée, en tout ou partie, par le marché !

LES RÉPONSES AU CHANGEMENT

Face à une telle situation, deux attitudes sont possibles. On peut tout d'abord accompagner le mouvement, voire le précéder ou l'accélérer. C'est l'état d'esprit qui l'emporte, semble-t-il, au Royaume-Uni depuis qu'il a adopté en 2007 le fameux *Legal Services Act* dont les effets collatéraux se font sentir un peu partout dans le monde en suscitant nombre d'écrits, colloques et projets de réforme. C'est une logique de marché qui l'emporte : la régulation n'est plus dans la main des seuls praticiens mais dans celles d'une autorité indépendante où les usagers sont présents, les capitaux extérieurs sont admis au sein des structures pro-

4 R. Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford UP, 2008.

fessionnelles, des « *alternative business structures* » où les juristes ne l'emportent plus et peuvent proposer leurs services, etc.

Contre cette logique de marché, on peut aussi vouloir préserver la logique professionnelle en soutenant qu'elle a encore un sens. Cependant, il y faut alors une condition, en quelque sorte préalable: si le diagnostic qui vient d'être porté est exact, que la profession d'avocat s'emploie à renouer l'alliance qui la lie de manière traditionnelle au public.

À y regarder de près, il s'agit d'une stratégie que suivent toutes les professions réglementées dont la légitimité est remise en cause. À chaque fois, il s'agit de mobiliser des arguments tirés de la promotion de l'intérêt général. Les représentants du notariat sont passés maîtres dans cet art de l'autojustification. Leur argumentaire commence par la défense des pauvres, qui serait assurée *via* un tarif proportionnel couplé à un monopole sur les ventes de biens immobiliers dont ces représentants soutiennent qu'ils permettent aux notaires de travailler à perte sur les ventes les moins rentables (celles conclues *a priori* par les plus démunis) puisqu'ils peuvent équilibrer leurs comptes en gagnant de l'argent sur les ventes d'un montant plus important. Et ce même argumentaire trouve peut-être son aboutissement le plus éclatant dans la promotion de l'acte authentique dont les notaires soutiennent, depuis maintenant une décennie, qu'il constitue le pilier de la tradition juridique dite continentale. S'ils le font avec une efficacité moindre, les avocats recourent eux aussi à une stratégie du même genre. Ils soutiennent par exemple, et de très longue date, que les pouvoirs publics ne doivent pas contester leur statut, car leur existence est consubstantielle à un régime démocratique indissociable de l'existence de libertés publiques dont ils sont les meilleurs défenseurs, ou encore que l'aide juridictionnelle n'a qu'un seul et unique objet: favoriser l'accès au droit qui constitue « un droit fondamental garanti par la Convention européenne des droits de l'homme », ce qui est censé mettre fin à tout débat.

L'ennui de ce genre de discours, c'est qu'il relève le plus souvent d'un habile *storytelling* qui ne résiste pas à une vérification empirique, en même temps qu'il est fondé sur des arguments aisément réversibles… Des sociologues (de gauche) ont ainsi démontré à la fin des années 1980 que les avocats ne servent pas nécessairement les intérêts de la démocratie et du libéralisme politique, et que leur comportement n'a pas toujours été exemplaire durant les périodes les plus sombres de notre histoire. Et des économistes (de droite) voient dans le fait de justifier l'aide juridictionnelle par la seule invocation, souvent grandiloquente, d'un droit fondamental à l'accès au droit un aveu, celui de leur corporatisme, puisqu'ils ne reconnaissent jamais que cette aide fait aussi vivre (même modestement) une assez large fraction du barreau. Quant aux notaires, ils sont nombreux en province à ne pas croire à l'idée de péréquation entre le tarif pratiqué pour les transactions importantes et les autres, eux qui participent rarement à des ventes immobilières dépassant 100 000 €. Et que dire encore d'un acte authentique promu au rang de pilier de notre tradition juridique, alors que celle-ci n'a jamais porté une grande attention à un droit de la preuve à peu près inexistant, en même temps qu'elle érigeait en principe la liberté probatoire en matière commerciale, c'est-à-dire pour la grande majorité des transactions ?!

Il convient à la profession de se donner les moyens de recourir massivement aux nouvelles technologies afin de s'adapter à une demande qui appelle des services plus standardisés.

Pour renouer ce fameux pacte avec le public, il faut donc des arguments un peu plus sérieux – et surtout des actions concrètes. Si, pour les avocats, ce pacte réside dans l'accès au droit du plus grand nombre (ce qui fait que la sauvegarde de la logique professionnelle ne viendra pas des grandes structures qui n'évoluent plus guère dans cette sphère), il leur faut avancer moins d'arguments toujours susceptibles d'être contredits dans les faits, et se donner les moyens destinés à permettre cet accès en l'emportant sur ces nouveaux acteurs issus de l'innovation technologique. À cet effet, il convient à la profession de se donner les moyens de recourir massivement aux nouvelles technologies afin d'accroître et d'améliorer une offre susceptible de s'adapter à une demande qui appelle des services plus standardisés. Il lui appartient de s'interroger sur la publicité et le démarchage de manière moins frileuse (au-delà de la timide loi du 17 mars 2014) afin de rendre plus transparente son offre, ou de réfléchir à l'ouverture du capital des cabinets (petits et grands) aux investisseurs extérieurs (qui ne seront pas tous des fonds vautours) afin de leur permettre de lever

des fonds nécessaires à leur développement. Il appartient aux avocats de recourir plus qu'aujourd'hui à des structures multi-professionnelles pour offrir, en un lieu unique, une gamme complète de services, ou encore de modifier leur façon de travailler ou de changer leurs lieux de travail pour se rendre plus accessibles au public. N'a-t-on pas vu récemment des avocats (pour ne pas les citer: la médiatique « Agence des nouveaux avocats ») s'installer en rez-de-chaussée et à l'abri d'une simple vitrine, à l'image des commerces de proximité (mais aussi des plus nobles banques de détail)? Ne voit-on pas aussi des cabinets de renom qui songent à créer des marques *low cost*, un peu à l'image des constructeurs automobiles et des transporteurs aériens? Et que dire encore de l'apparition des « cliniques juridiques », longtemps combattues par les instances représentatives du barreau, du moins en France, mais qui peuvent constituer un extraordinaire moyen de rendre le droit accessible à des populations démunies?

Les chantiers ne manquent pas, et ce ne sont là que quelques pistes qui doivent surtout être débattues sans *a priori*. Malheureusement, la fréquentation des congrès d'avocats montre que ces derniers adoptent le plus souvent de simples postures (« nous sommes les défenseurs des libertés publiques » ou encore « le périmètre du droit doit être défendu, car c'est la loi », argument de facture étroitement positiviste s'il en est) ou continuent à faire un appel massif à l'État (« une seule solution: l'accroissement du montant de l'aide juridictionnelle! ») dont la grande majorité sait, surtout depuis 2008, qu'il n'a plus les moyens de maintenir « à leur place » le lien avec le public en garantissant l'accès au droit. Évidemment, la voie est étroite, elle est périlleuse, elle nécessite de l'imagination, et elle a même peu de chance de réussir. Car, ainsi qu'aurait pu l'écrire Adorno: « Et s'il n'existait absolument rien de positif? » [5]. Néanmoins, une chose me paraît aujourd'hui certaine, c'est la prédiction de Richard Susskind en conclusion de son fameux ouvrage (p. 269): « je prédis que les avocats qui ne sont pas enclins à changer leur pratique de travail et à étendre l'éventail de leurs services devront se battre, au cours de la prochaine décennie, pour leur survie ». Une prédiction qui remonte déjà à 2008...

5 W. Streeck, *Du temps acheté – La crise sans cesse ajournée du capitalisme démocratique*, Gallimard, 2014, p. 8.

Les règles de détention du capital des cabinets en suspens

Le ministre de l'Économie, Emmanuel Macron, veut permettre une ouverture du capital des professions du droit. Le Conseil national des barreaux ne veut pas entendre parler de capitaux extérieurs. Mais le droit de l'Union européenne n'impose-t-il pas une réforme?

Par

Caroline Fleuriot
Rédactrice, Dalloz actualité

Après les sociétés d'expertise comptable, est-ce au tour des cabinets d'avocats d'ouvrir leur capital (sur les règles actuelles, V. encadré p. 398)? Cette question est à l'étude, dans le cadre du projet de loi pour l'activité porté par Emmanuel Macron. Et elle divise. Le Conseil national des barreaux s'est prononcé contre une ouverture aux capitaux extérieurs, au nom de l'indépendance de la profession. La position du conseil de l'Ordre de Paris semble plus nuancée. Auditionné à l'Assemblée nationale, par la mis-