HAL
open science

Les avocats entre ordre professionnel et ordre marchand : concurrence par la qualité et socio-économie d'une réglementation professionnelle

Olivier Favereau, Lucien Karpik, Emmanuel Lazega, Franck Bessis, Christian Bessy, Camille Chaserant, Sophie Harnay

▶ **To cite this version:**

Olivier Favereau, Lucien Karpik, Emmanuel Lazega, Franck Bessis, Christian Bessy, et al.. Les avocats entre ordre professionnel et ordre marchand : concurrence par la qualité et socio-économie d'une réglementation professionnelle. [Rapport de recherche] Conseil National des Barreaux. 2008, pp.180. hal-01800233

HAL Id: hal-01800233

https://sciencespo.hal.science/hal-01800233

Submitted on 25 May 2018

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.

CONTRAT DE RECHERCHE
CNB-UNIVERSITÉ PARIS X-CNRS
« Les conséquences économiques de la libéralisation du marché des services juridiques »

UMR 7166

LES AVOCATS entre ORDRE PROFESSIONNEL et ORDRE MARCHAND

Concurrence par la qualité et socio-économie d'une réglementation professionnelle

Rapport Final
Septembre 2008

CONTRAT DE RECHERCHE
CNB-UNIVERSITÉ PARIS X-CNRS
« Les conséquences économiques de la libéralisation du marché des services juridiques »

UMR 7166

LES AVOCATS
entre
ORDRE PROFESSIONNEL
et
ORDRE MARCHAND

Concurrence par la qualité et socio-économie d'une réglementation professionnelle

Rapport Final
Septembre 2008

Composition de l'équipe chargée de l'étude

Responsable scientifique :

Olivier FAVEREAU*, professeur de sciences économiques à l'Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense

Conseiller scientifique :

Lucien KARPIK, professeur de sociologie à l'Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris

Membres :

Sociologues

Emmanuel LAZEGA, professeur de sociologie à l'Université Paris-Dauphine

Economistes

Franck BESSIS*, économiste, post-doc

Christian BESSY, Chargé de Recherches au CNRS en sciences économiques, IDHE et Ecole Normale Supérieure de Cachan

Camille CHASERANT*, maître de conférences en sciences économiques à l'Université du Havre

Sophie HARNAY*, maître de conférences en sciences économiques à l'Université Paris Ouest Nanterre-La défense

** chercheurs au sein d'EconomiX, UMR 7166 CNRS et Université Paris Ouest Nanterre-La Défense*

Nous sommes reconnaissants au président Paul-Albert Iweins pour son respect scrupuleux de notre liberté de recherche, à Christophe Jamin pour son appui intellectuel sans faille ni complaisance, à Pascale Honorat, Stéphane Bortoluzzi, David Lévy et Alexandre Harel pour leur constante disponibilité face à nos incessantes demandes d'information. Nous souhaitons aussi exprimer notre profonde gratitude à tous les avocats que nous avons consultés, pour les heures d'entretien qu'ils nous ont si généreusement accordées. Merci également (et bravo !) à Jean-Sylvestre Bergé pour avoir réussi à nous faire partager son enthousiasme devant les subtilités de la jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Nos remerciements vont enfin à Amélie et Alexandre, ainsi qu'à Julie, pour leur précieuse relecture d'une partie importante du texte.

TABLE

Introduction **13**

SYNTHÈSES **15**

SYNTHESE 1. L'économie sans qualité : critique du diagnostic de la Commission Européenne **17**
SYNTHESE 2. Les coûts cachés de la qualité du travail professionnel : l'entretien de la collégialité et des réseaux sociaux **19**
SYNTHESE 3. Les enjeux de la qualité : innovations juridiques et diversité des exercices professionnels **21**
SYNTHESE 4. Conventions de qualité et réflexivité : que faut-il attendre (et ne pas attendre) du marché ? **24**
SYNTHESE 5. Entretien des qualités et renouvellement de la profession **27**

Conclusion de la partie « Synthèses ». Ordre Professionnel et Ordre Marchand ...**31**

ANALYSES **33**

ANALYSE 1. L'économie sans qualité : critique du diagnostic de la Commission Européenne. **35**
0. Introduction 35
0.1. Les objectifs et recommandations de la Commission Européenne 35
0.2. Une démarche contraire aux enseignements de la théorie économique 37
0.3. Une méthodologie empirique contestable 39
0.3.1. Un diagnostic sur le niveau de régulation du marché à nuancer 39
0.3.2. Une méthodologie et des interprétations contestables 42
1. L'analyse des services professionnels proposée par la Commission 43
1.1. La justification de la réglementation par l'argument des défaillances du marché 44
1.1.1. Les asymétries d'information entre l'avocat et son client 44
1.1.2. Les services juridico-judiciaires induisent des effets externes 45
1.1.3. La justice est un bien public 46
1.2. La nécessité des réglementations en présence de défaillances de marché 47
1.3. Réglementation professionnelle et cartellisation 49
1.3.1. L'ordre des avocats conçu comme un cartel… 49
1.3.2. … et les réglementations comme des accords collusifs 50
1.4. Les recommandations de la Commission : libéralisation et déréglementation . 52
2. Une lecture partiale et partielle de la littérature économique 53

2.1. Une analyse caricaturale des apports de l'économie publique 54
2.1.1. L'impasse sur les développements récents de l'économie publique 54
2.1.2. Un recours inexact à la théorie des contrats 55
2.2. Une analyse incomplète et partiale des comportements de cartel 57
2.2.1. Les conditions théoriques et empiriques d'émergence et de stabilité d'un cartel 57
2.2.2. Comportements de cartel et réglementation de la publicité 59
2.2.3. Les exemptions au droit de la concurrence 60
2.3. L'autorégulation, une alternative institutionnelle parmi d'autres ? 61
Conclusion 62

ANALYSE 2. Les coûts cachés de la qualité du travail professionnel : L'entretien de la collégialité et des réseaux sociaux 65
1. Collégialité et réseaux sociaux 65
1.1. Profession et collégialité 65
1.2. Tâches complexes, coordination et réseaux sociaux 66
1.3. Les réseaux de conseil 67
2. Les occasions de construire et d'entretenir des réseaux de collègues 69
Conclusion 78

ANALYSE 3. Les enjeux de la qualité : innovations juridiques et diversité des exercices professionnels 79
1. Droit, formes d'organisation et marché des services juridiques 79
1.1. Les différentes dimensions de l'inventivité des avocats 80
1.2. Inventivité juridique et organisation 82
1.2.1. Les grands cabinets d'affaires US 82
1.2.2. Le rôle de médiateur des grands cabinets d'affaires 83
1.3. Un droit endogène 84
1.3.1. L'intermédiation des avocats 84
1.3.2. Influer sur la définition du droit 85
1.4. Redéfinition des règles professionnelles et nature du droit 86
1.4.1. Le passage d'un « régime professionnel » à un autre 87
1.4.2. Une conception plus individualiste du droit 88
2.1. Les grands cabinets internationaux 89
2.1.1. Les cabinets prestataires de service 90
2.1.2. L'inter professionnalité bien comprise : chacun à sa place dans un réseau (international). 91
2.2. La niche du droit de la distribution 92
2.2.1. La défense des « agents » 93
2.2.2. L'émergence d'un droit équitable ? 94
2.3. La niche du droit social 95
2.3.1. La course aux niches en droit social 95
2.3.2. Un cabinet de niche transformé en réseau européen de droit social 95
2.3.3. Un cabinet de renom qui esquisse la construction d'un réseau européen 96
2.3.4. Les réseaux nationaux de cabinets en droit social 97
2.3.5. La défense des salariés de l'audiovisuel 98
2.3.6. Intermédiaires et stratèges du droit 99
2.4. Une typologie des cabinets 99

ANALYSE 4. Conventions de qualité et réflexivité : que faut-il attendre (et ne pas attendre) du marché ? 103
1. « On doit dépasser ce que souhaite le client » 103
2. Ce qui permet ce dépassement 106
2.1. Le dépassement autorisé par la déontologie 106
2.2. Le dépassement rendu possible par l'indépendance économique 108
2.3. Le dépassement motivé par la cause 109
3. La nécessité de contrôler ces dépassements 111
4. La profession d'avocat comme dispositif de réflexivité 115
5. Les effets de la réflexivité sur la qualité 117
6. Les qualités au fondement des marchés 122
6.1. Retour sur les axes de la typologie 122
6.2. Les conventions de qualité 125
6.3. La pluralité des marchés 129
7. Conséquences attendues d'une dérégulation 134
7.1. Sur la publicité 135
7.2. Sur les appels d'offre et les enchères inversées pratiquées par les entreprise. 136
7.3. Sur les honoraires de résultat 137
7.4. Sur les conflits d'intérêt, ... 137
Conclusion 139

ANALYSE 5. Entretien des qualités et renouvellement de la profession 141
1. La période florissante des avocats salariés 142
1.1. Le droit social pousse au salariat 143
1.2. Le financement de la formation des jeunes avocats 143
2. Le retour au statut de collaborateur libéral 146
2.1. Changement idéologique : le collaborateur entrepreneur 146
2.2. Changements de cap 150
2.3. Un statut qui ne répond plus aux attentes des collaborateurs 151
2.4. Problèmes de rémunération 152
3. La limitation des perspectives de carrière 152
3.1. L'accès à l'association 153
3.2. Les difficultés de mise à son compte 155
3.3. Les variations suivant les structures des cabinets 155
3.4. La mise en cause de l'ordre professionnel 156
3.5. La reconversion difficile dans des cabinets autres que les cabinets d'affaires parisiens 157
4. La construction du marché du travail des jeunes avocats 158
4.1. Sous investissement en formation et turnover élevé 159
4.2. La construction du marché du travail par les chasseurs de tête 160
4.2.1. La course au diplôme 160
4.2.2. Le rôle des cabinets de recrutement dans la définition des catégories du marché 161
4.3. Les canaux de recrutement 162
4.4. Des marchés segmentés 162
4.5. L'inadéquation de la formation professionnelle 163
Conclusion 165

Conclusion de la partie « Analyses ». De la confrontation globale entre les modèles de l'Ordre et du Marché à l'examen critique des règles spécifiques à la profession d'avocat 166

Annexe méthodologique..... 176
1. Le guide d'entretien 176
Étape 0 : Présentation..... 176
Etape 1 : Le travail et son organisation 176
Étape 2 : Les clients 176
Étape 3 : La concurrence..... 176
Étape 4 : Questions générales sur la profession 176
2. Liste des 24 entretiens intégralement retranscrits 177

Bibliographie..... 178

Résumé……...187

Introduction

Le rapport qui suit est le fruit d'un an de recherche collective sur les conséquences économiques de la libéralisation du marché des services juridiques.

Les matériaux qui ont servi à la construction de ce rapport sont de trois types :

(i) un **examen critique** des arguments et des données mobilisés par les rapports de la Commission et diverses études concluant à l'opportunité de cette libéralisation ;

(ii) un **travail théorique interdisciplinaire** entre économistes institutionnalistes et spécialistes de sociologie économique sur, d'une part, la logique de fonctionnement de la profession d'avocat en France, d'autre part, la notion de *qualité* appliquée aux différents registres de la prestation d'un avocat ;

(iii) vingt-quatre **entretiens semi-directifs** d'une durée de 2 à 3 heures dans des cabinets d'avocats (Paris / province, en : droit social, droit de la famille, droit des affaires (notamment droit de la distribution, et droit des fusions-acquisitions)), plus 3 **entretiens ouverts** avec des collaborateurs ; les 24 entretiens semi-directifs ont été intégralement transcrits (soit un volume de 700 pages) et les 3 entretiens ouverts ont fait l'objet d'une note synthétique.

Ces différents matériaux ont été utilisés de façon séquentielle et cependant interactive. En effet les matériaux de type (i) ont débouché sur la nécessité d'une investigation de la notion de qualité, au centre du type (ii), ce qui a structuré le questionnaire utilisé pour le type (iii), dont les réponses, en retour, ont guidé le travail théorique de (re)construction, dans le type (ii), et conforté les critiques formulées à l'encontre du type (i).

Le contenu (et pas seulement le plan) de ce rapport reflète(nt) cette méthode de travail.

Le rapport consiste d'abord en **un texte synthétique** (SYNTHESES 1 à 5), une sorte de relevé de conclusions, que l'on a voulu aussi bref que possible, et, nous l'espérons, accessible au non-spécialiste de l'économie institutionnaliste ou de la sociologie économique.

Cinq développements substantiels (ANALYSES 1 à 5) l'accompagnent, pour expliciter et argumenter ce qui est seulement énoncé et affirmé dans le texte synthétique : c'est là que l'on trouvera les justifications théoriques (empruntées à l'économie institutionnaliste et à la nouvelle sociologie économique), et empiriques (par renvoi aux entretiens réalisés) – à l'exception du premier développement, dédié à la seule critique des rapports produits ou inspirés par la Commission.

La succession de ces justifications est tout sauf anecdotique ; elle est liée à la progression des (hypo)thèses exposées dans le corps du texte. En ce sens, ces développements ne sont pas à considérer comme des *annexes* de la construction, tels des commentaires détaillés à consulter pour plus de précisions en fin de raisonnement, mais comme des *fondations* - comme une infrastructure que l'on re-visiterait à chaque étape-clé de l'élaboration du raisonnement, pour s'assurer de sa cohérence et de sa solidité.

Dans ce qui suit, nous allons chercher à analyser différentes formes de régulation des activités juridiques en partant de la remise en cause de la régulation professionnelle classique à la fois politiquement, par la commission européenne ainsi que par les pouvoirs publics nationaux (Rapport Attali, 2008), et économiquement, de façon plus diffuse, par l'émergence de nouvelles formes organisationnelles des activités juridiques. C'est à partir de ce type d'interrogation que nous avons questionné nos interlocuteurs, sans oublier qu'ils ont eux-mêmes différents points de vue sur les modèles d'activité ou de régulation de la concurrence.

L'expression de ces points de vue dépend, en partie, de leur position, notamment de la nature de l'activité dans laquelle ils sont engagés. C'est pour cette raison que nous avons décidé, dans le cadre de cette pré-enquête, de faire varier nos domaines d'investigation (droit de la famille, droit social et droit des affaires), en même temps que le type de concurrence (prix/qualité). A partir de ces variations d'observation, nous avons aménagé un espace de débat *analytique* pour une confrontation *renouvelée* du modèle de l'Ordre professionnel et du modèle du Marché, en ce qui concerne le métier d'avocat et la fourniture de services juridiques. L'autre aspect du renouvellement souhaité tenait à notre souci de ne pas en rester aux arguments traditionnels, et d'exploiter toutes les avancées récentes, y compris hétérodoxes, de la recherche en sciences sociales sur le marché, le droit et l'économie.

L'hypothèse de travail qui est à la base de ce double renouvellement pose que ***la concurrence, sur le « marché des services juridiques », porte autant ou davantage sur la qualité que sur les prix***. Cette idée, dans son énoncé général, n'est pas neuve (Karpik, 1989, 1995 ; Copenhagen Economics, 2006). Mais c'est pour nous une raison supplémentaire de nous étonner que ses conséquences logiques n'aient jamais été systématiquement inventoriées par les économistes - comme nous nous proposons de le faire dans cette étude.

SYNTHÈSES

SYNTHESE 1. L'économie sans qualité : critique du diagnostic de la Commission Européenne

La Commission a produit deux rapports et inspiré plusieurs autres, sur le mode de fonctionnement actuel des *professions libérales*.

Nous nous intéresserons évidemment à ce qui concerne la seule *profession des avocats* ou, quand c'est opportun, l'ensemble des *professions juridico-judiciaires*. Cela dit, il faut déjà relever que les avocats (et les professions juridico-judiciaires) sont, si l'on suit la Commission, supposés ne pas présenter de spécificités telles qu'elles appelleraient un traitement séparé. Hypothèse forte, jamais justifiée.

La tonalité générale de ces rapports est nettement critique à l'encontre de toutes les règles qui éloignent du modèle de la libre concurrence. Cela vaut pour l'existence d'un ordre professionnel, et pour les 7 types de règles suivants :

- R1 : conditions d'accès à la profession d'avocats
- R2 : tâches réservées (monopole de la plaidoirie, de la représentation, ..)
- R3 : postulation
- R4 : honoraires
- R5 : interdiction de la publicité
- R6 : structures d'exercice, multi-disciplinarité
- R7 : existence d'un code de déontologie

La conclusion générale est que l'ensemble de ce dispositif réglementaire engendre des prix plus élevés, source de rentes pour la profession. Une intensification de la concurrence, à travers un relâchement, voire une suppression, de ces règles, bénéficierait au consommateur en faisant baisser les prix des services juridiques. Cette recommandation se réclame de la théorie économique. C'est ce que nous avons voulu regarder de plus près, partant du principe que cette critique de l'existant, quelle que soit l'autorité de ses auteurs, n'a pas plus de raison d'échapper à la critique que tout autre travail se réclamant d'une démarche scientifique.

La théorie économique, qu'est-ce à dire ? Deux ou trois problématiques successives ont été mobilisées, sans d'ailleurs que l'on s'interroge sur leur compatibilité. Notre conclusion est qu'elles ont été mal utilisées, de façon sélective, traduisant une instruction à charge à l'encontre des dispositifs issus d'une tradition historique.

La 1ère problématique est celle du « cartel ». Les professionnels s'entendent pour relever les prix. Admettons. Il convient seulement de ne pas oublier que la théorie économique, *elle-même*, conclut que les cartels ont toute chance d'être instables, simplement parce qu'il est toujours dans l'intérêt d'un producteur individuel d'augmenter sa part de marché en proposant un prix inférieur. La théorie économique énumère les hypothèses nécessaires pour l'émergence et la pérennisation d'un cartel : il y en a ***six*** ; la profession d'avocats en vérifie au mieux ***trois***. Comme les principes de la profession d'avocats ont une ancienneté séculaire, de deux choses l'une : ou bien la théorie économique du cartel est fausse, ou bien cette profession ne relève pas totalement de cette théorie.

La 2ème problématique est celle des « défaillances du marché » : on fait ici allusion à la trinité diabolique des externalités, des biens publics et des asymétries d'information. Les services juridiques peuvent en effet alimenter les trois catégories :

- les externalités, parce que les décisions prises par un avocat et son client peuvent affecter l'évolution de la jurisprudence, la bonne marche de la justice, … sans que les intéressés en aient tenu compte ;
- les biens publics, parce que la justice est un bien public, même si la prestation de l'avocat est un bien privé ;
- les asymétries d'information, parce que la qualité de l'avocat et de son implication au service de son client est certainement mieux connue de l'avocat lui-même que de son client.

Le paradoxe est qu'ici, la théorie économique, *elle-même*, vole au secours de la réglementation, puisque, par hypothèse, le marché est défaillant, en présence de ces trois phénomènes. Par conséquent, appeler à la déréglementation, en l'espèce, est à peu près aussi intelligent que de conseiller une formation pour devenir oenologue à un alcoolique en fin de cure de désintoxication. En revanche, la bonne question à poser est celle d'une meilleure réglementation (non celle de son extinction), – ce que certains économistes appellent « re-réglementation ». Mais cela suppose alors de ne plus identifier hâtivement augmentation de la concurrence et diminution de la réglementation….

Une 3ème problématique pourrait s'intituler celle des « disciplines latérales de marché ». On la trouve dans la littérature académique, au sein de laquelle puisent plus ou moins directement ces rapports. L'idée – optimiste – est qu'en déréglementant, on libère des forces et des dynamiques dont une conséquence *inintentionnelle* pourrait être de susciter le type de comportements concurrentiels appropriés. Deux exemples : la publicité et les mécanismes de réputation. La publicité informe sur les prix et, de ce fait, organise la concurrence ; les effets de réputation retiennent les professionnels opportunistes, qui seraient tentés de profiter de l'asymétrie d'information. Cela est vrai, mais la théorie économique, *elle-même*, pondère cette conséquence positive par une multiplicité d'autres incidences, jouant en sens inverse (la publicité crée aussi des barrières à l'entrée, la réputation ne vaut que pour des clients réguliers), de sorte qu'aucune conclusion ne peut être avancée en toute généralité. Il faut étudier les règles, localement, au cas par cas. C'en est à nouveau fini des schémas simplistes assimilant intensification de la concurrence, déréglementation et baisse des prix…

Au total, on ne peut s'empêcher de penser que là où la théorie économique la plus orthodoxe (mais aussi la plus sophistiquée, donc la moins manipulable) prévient qu'il faut dresser un bilan coûts-***avantages*** exhaustif des règles existantes, un certain nombre de rapports se sont contentés de mesurer leurs ***coûts***.

Il est vrai que les coûts se prêtent à la mesure assez naturellement, sinon toujours facilement, tandis que les avantages requièrent d'aborder **la question de la qualité**. En effet, une justification courante (qui reste à vérifier) des règles traditionnelles de la profession d'avocats est qu'elle garantit un niveau minimum de qualité. Or qu'est-ce que la qualité de la prestation d'un avocat, dans toutes ses dimensions ? On pressent que la réponse à cette question risque d'outrepasser les capacités de traitement de la théorie économique, même la plus sophistiquée, dès lors qu'on met en doute scientifiquement que toutes les dimensions du droit puissent être justiciables d'une rationalité qui soit seulement de type calculatoire…

Si les critiques libérales de l'organisation historique de la profession d'avocats, au nom de la concurrence par les prix, ont inspiré tant de discours, c'est aussi parce qu'elles ont opéré dans le silence embarrassé de la théorie économique sur la concurrence par la qualité. Trop plein, ici ; vide, là.

→ *Pour une justification plus complète de cette* **SYNTHESE 1**, *voir les développements détaillés de :* **ANALYSE 1**, pp. 35-64

SYNTHESE 2. Les coûts cachés de la qualité du travail professionnel : l'entretien de la collégialité et des réseaux sociaux

Les analyses économiques de la profession d'avocats passées en revue nous ont livré (à leur corps défendant !) un message capital : l'impact économique de la libéralisation complète du marché des services juridico-judiciaires pose une question, à laquelle la théorie économique non seulement ne sait pas répondre, mais peut-être même se trouve hors d'état de pouvoir envisager une réponse – **la question de la qualité du service rendu par un avocat**.

Qui peut juger de cette qualité – sinon un (autre) avocat ?

La théorie économique avait fait quelques pas dans cette direction, en parlant d'asymétrie d'information entre l'avocat et son client ; mais elle ne pouvait en tirer cette conséquence cruciale, probablement parce que la configuration d'information parfaite est toujours présente, à titre de possibilité logique, et même empirique - si la relation se répète suffisamment.

En l'espèce, c'est une erreur, parce qu'il faut un haut degré d'expertise pour apprécier à sa juste valeur le degré d'expertise d'un avocat. **Comme pour toutes les professions « intensives en connaissances », la qualité ne peut être appréciée convenablement que par les pairs**. Nulle complaisance, ici, de notre part : il en va pareillement pour la communauté scientifique, et toutes les revues académiques procèdent de la même façon, en soumettant le projet d'article d'un physicien (par exemple) à des lecteurs eux-mêmes physiciens, spécialistes du sujet traité.

S'il y a quelque part, une connaissance possible de la qualité d'un avocat, elle ne se trouve donc qu'au niveau de la profession des avocats, dans son ensemble, ou dans un sous-ensemble pertinent.

Un terme-clé vient d'être introduit, celui de **profession**, consécutivement (notons-le) à l'introduction de la notion de **qualité**. La commission européenne semble postuler que rien d'essentiel ne se joue dans la réduction d'une profession à un type particulier de marché. On pourrait utiliser la même grille d'analyse, sans dommage, même si l'on doit s'attendre à certaines spécificités. Au contraire, ce serait sans doute l'occasion de repérer d'abord, de réformer ensuite, certaines bizarreries…

Pourtant, s'il est vrai que la qualité d'un avocat n'est correctement saisie que par ses confrères, il serait surprenant que cela restât sans effet sur le contrôle ou la construction de cette qualité. Deux termes nouveaux doivent être introduits, celui d'**organisation collégiale** et celui de **réseau (social)**, tels qu'ils sont développés par la nouvelle sociologie économique ou organisationnelle, et c'est un nouveau motif de prendre nos distances avec le concept économique de marché.

- **L'organisation collégiale** est le produit d'un ensemble de règles formelles que se donnent les membres de la profession pour travailler en commun, pour évaluer leur production et leurs collaborateurs, pour se constituer en corps intermédiaire distinct des autres et pour s'auto-réguler.
- **Le réseau (social)** est un système d'interdépendances personnalisées entre les membres de cette organisation collégiale qui permet à celle-ci de fonctionner, de suppléer aux incomplétudes pratiques de l'organisation collégiale purement formelle. Et cela à tous les niveaux : le plus agrégé est celui, précisément, de la profession représentée par un organisme collégial – le barreau, voire une fédération de barreaux (et l'on commence à entrevoir à quel point est aventureux le postulat méthodologique des économistes de la Commission) ; le plus désagrégé

est celui des relations de coopération non formelle qui se nouent entre membres d'une autre organisation collégiale, un simple cabinet.

Dans ce cadre, un phénomène très important – sous des dehors d'une apparente modestie – a été mis en lumière par la sociologie des organisations et par des travaux de terrain, tout en étant le pain quotidien des praticiens : la constitution de réseaux informels de relations interpersonnelles où des avocats de rang similaire (selon des conventions complexes) échangent gracieusement des informations, des idées, des appuis, etc.., qui sont autant d'éléments cruciaux de leur compétence professionnelle, ou de sa consolidation dans le temps.

Ce phénomène, dont la banalité signale la généralité, est intrinsèquement rebelle à un traitement analytique en termes d'échange marchand, ou de quasi-échange marchand.

D'une part, en effet, il suggère qu'il y a des **coûts cachés** de la qualité, cachés par les fonctionnements de réseaux que permet la profession comme organisation collégiale (et qui réapparaîtraient pour être facturés dans une logique marchande intégrale) – coûts cachés, aisément supportés par tous et par chacun parce qu'ils sont associés à des **gains invisibles** (en termes de qualité).

D'autre part, il autorise un approfondissement de la comparaison entre la logique professionnelle et la logique marchande. L'économiste réagira devant ce phénomène en y voyant un exemple d'externalité, ici positive. Mais en l'occurrence**,** ce phénomène n'est pas seulement **extérieur** à l'ordre marchand, il lui est **antagoniste**. **L'internaliser serait non le stimuler, mais le détruire** : nos entretiens montrent bien que ce comportement de coopération, même s'il n'est pas exempt d'une attente de réciprocité, est inséparable d'une forme de désintéressement, souvent affecté d'un coefficient amical, et apprécié comme tel - en tous cas inconciliable avec une démarche ouvertement impersonnelle et intéressée.

La profession d'avocats *produit* cette externalité positive – c'est toute la différence avec l'ordre marchand, qui est contesté par les externalités, et qui cherche donc à les *réduire*, à les faire rentrer dans le rang. Nous avons là une *première* illustration de **ce que l'on perd en traitant une profession comme une variété de marché.**

Autant le dire tout de suite : il y en aura *d'autres*, sur cette voie nouvelle que nous avons commencé à explorer, du rôle décisif de la qualité dans les modes de coordination, propres à la profession d'avocat.

→ *Pour une justification plus complète de cette* **SYNTHESE 2**, *voir les développements détaillés de :* **ANALYSE 2**, pp. 65-78

SYNTHESE 3. Les enjeux de la qualité : innovations juridiques et diversité des exercices professionnels

Continuons à remonter à la source de l'asymétrie d'information sur la qualité, entre l'avocat et son client.

Nous avons vu qu'elle tenait moins à une stratégie de dissimulation, ou de manipulation, qu'à la complexité des opérations professionnelles propres à cette activité. La conséquence en était que seuls d'autres avocats ont la compétence requise pour apprécier, dans toutes ses dimensions, la qualité du travail d'un avocat.

Nous allons faire un pas de plus, en amont de ce constat. Il y a un degré irréductible de singularité (Karpik, 2007) dans tout service rendu par un avocat. À cela trois raisons (au moins) - qui s'enchaînent l'une l'autre :

- L'application d'une règle juridique à une situation n'est jamais une opération mécanique, même s'il y a des degrés variables dans la part de création nécessaire pour sélectionner les textes pertinents, qualifier la situation et construire le rapprochement entre les deux, l'application est tout sauf... une application. Un texte et un contexte sont des objets hétérogènes – un énoncé linguistique dans un cas, un évènement dans l'autre. C'est bien pourquoi le droit est une discipline d'*interprétation*, imparfaitement saisissable par la théorie économique, la discipline du *calcul*.
- Le contentieux est marqué, si peu que ce soit, par une certaine imprévisibilité, non au sens où le résultat d'une procédure serait aléatoire, mais du fait de la part nécessaire de création, au cœur de l'interprétation des règles et de la situation. Le problème informationnel souligné par les économistes cache en fait un autre problème, plus radical, *d'incomplétude de l'avenir* (plus exactement des représentations anticipées de l'avenir). Ce que l'on vient de dire vaut davantage pour le contentieux que pour le conseil (qui a certes ses incertitudes propres), mais il est évident que l'un déteint sur l'autre, de sorte que nous sommes bien là confrontés à une caractéristique qui traverse tout l'univers juridique.
- Le métier d'avocat requiert donc une dose élevée d'inventivité, contrairement à l'image répétitive associée au droit, dans l'opinion courante. Au-delà des problèmes d'application/interprétation et d'incomplétude/imprévisibilité, chaque avocat, pour soutenir la concurrence, est incité à se forger un certain *style* d'intervention, qui l'identifie et le différencie.

L'étape suivante consiste à prendre conscience de l'interdépendance inévitable entre les structures organisationnelles, dans lesquelles travaillent les avocats, et les types d'inventivité, qu'ils vont être amenés à développer. *Cette inventivité n'est pas à comprendre sur un registre purement individuel*, elle implique aussi une certaine ligne d'évolution du droit.

L'observation du *cas Nord-Américain* permet de mettre en corrélation (i) la taille des « law firms », (ii) de multiples innovations issues d'une logique de diversification dans différents domaines de spécialité, (iii) le développement d'un droit foncièrement individualiste et ajusté aux contraintes pragmatiques de la vie économique, bien dans la tradition « Common Law », ainsi que (iv) la gestion de fait d'une nouvelle « lex mercatoria » pour les firmes mondiales, sous l'égide des plus grands cabinets d'avocats d'affaires.

De même, dans le *cas français*, l'existence de grands cabinets en droit social organisé en réseau (national ou européen) épouse le développement des grands groupes ou entreprises multi-établissements : ceux-ci cherchent à s'adjoindre les services exclusifs d'un cabinet

d'avocat qui va pouvoir traiter des dossiers, via son réseau de correspondants, sur l'ensemble du territoire concerné et sur la totalité des registres sollicités.

Dans les deux cas, les « law firms » et les cabinets en réseaux contribuent à rendre peu pertinentes les restrictions en matière de publicité, de pluridisciplinarité, et d'ouverture du capital, restrictions qui ont un sens en référence à une forme d'organisation traditionnelle des activités juridiques avec des frontières étanches. L'activité en réseau permet tout à la fois d'accroître son activité dans différents domaines et lieux géographiques, et de multiplier ainsi les opportunités d'affaires avec les grandes entreprises.

Voilà qui situe dans une perspective plus exigeante (et plus claire sur l'importance des enjeux) les propositions de réforme de la profession d'avocats, portées par les différents rapports de la Commission. On pouvait penser qu'il s'agit seulement d'améliorer le bien-être du consommateur, mais on pressent que, e*n changeant les formes d'organisation du métier d'avocats, on changera aussi le contenu de ce métier, et, via la réorientation des lignes d'inventivité juridique, le modèle d'Etat de Droit* !

Précisément, dans le contexte français, on peut penser, sur la base de nos entretiens avec différents cabinets, que les critères déterminants de la différenciation entre cabinets, sont :

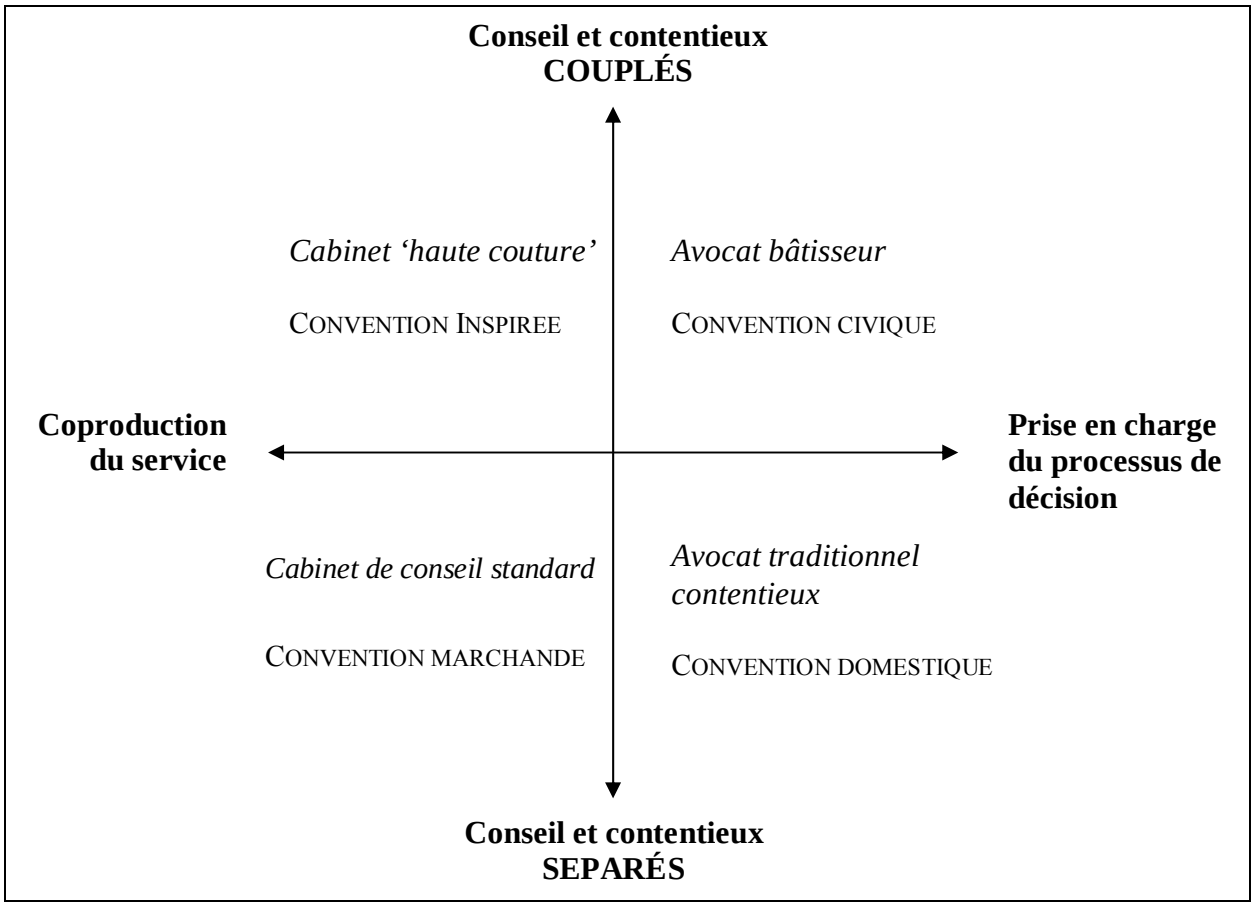
D'une part, le degré de couplage entre contentieux et conseil, dans la logique de fonctionnement du cabinet : sont-ils séparés et plus ou moins exclusifs l'un de l'autre, ou bien sont-ils étroitement imbriqués ?

D'autre part, le degré de co-décision entre l'avocat et son client : l'avocat accompagne-t-il la stratégie du client, ou bien le client lui délègue-t-il l'essentiel de l'initiative et de la réflexion sur la conduite à tenir ?

Chaque fois le positionnement d'un cabinet va se situer entre deux positions extrêmes, selon que le degré correspondant est faible ou élevé ; cela nous donne 2x2 configurations possibles, que l'on peut représenter commodément sous forme d'un tableau à 4 cases (où l'on retrouvera, en la prolongeant, la typologie construite par Lucien Karpik, 2007, chap.16).

A partir de notre (re)lecture des propos recueillis dans les différents entretiens, nous avons pu caractériser chaque cas(e) par un label intuitif, parfois directement repris des termes employés par nos interlocuteurs : cabinet « *haute couture* » (degrés de couplage et de co-décision élevés), cabinet de conseil « *standard* », c'est-à-dire : aux standards internationaux (degré de couplage faible, degré de co-décision élevé), avocat « *bâtisseur* » ou « *militant* » ou « *défendant une cause* » (degré élevé de couplage, degré faible de co-décision), avocat « *dans la tradition* », se définissant par la défense d'un particulier, dans un dossier contentieux (degrés faibles de couplage et de co-décision).

Nous avons enrichi et consolidé cette caractérisation en suggérant une correspondance possible avec les « conventions de qualité », qu'ont dégagées l'économie des conventions et la théorie des réseaux sociaux. Des recherches, à la fois empiriques et théoriques, ont montré que la concurrence par les qualités nécessite, pour se stabiliser dans un dispositif marchand viable, un accord implicite sur le type de qualité valorisé par la clientèle. Chaque cas(e) évoque en effet une conception différente de la qualité par le client : qualité *inspirée* (attente du client centrée sur la créativité), qualité *marchande* (attente du client centrée sur l'obtention du standard international, au meilleur coût), qualité *civique* (attente du client liée à une certaine vision de l'intérêt général portée par l'avocat), qualité *domestique* (attente du client liée à sa confiance dans la compétence de l'avocat pour prendre totalement en charge son dossier personnel).



Cette grille, si simple qu'elle soit, fait ainsi apparaître quatre familles de cabinets d'avocats, obéissant à des logiques autonomes et distinctes, dont nous pouvons retrouver une trace indubitable dans l'exploitation des entretiens – et *la logique marchande est effectivement une de ces logiques, nettement identifiable.*

Dés lors, la recommandation d'une intensification de la concurrence dans la profession d'avocats et la mutation vers un marché des services juridiques perdent leur voile d'innocence, en révélant le prix à payer pour cette amélioration projetée du bien-être du consommateur : la société et l'économie françaises gagneront-elles à ce que ***l'une*** de ces quatre logiques supplante les ***trois*** autres ?

A contrario, devient perceptible une propriété, ou une responsabilité, de l'ordre des avocats, qui est de donner sens à la variété des structures organisationnelles de la profession. Ce sens, quel est-il ?

La réponse demande que l'on progresse encore dans l'investigation de ce qui fait la qualité du travail d'un avocat. Mais ce qui est acquis, c'est que, s'agissant du marché, la question ne peut même pas être posée.

→ *Pour une justification plus complète de cette* **SYNTHESE 3**, *voir les développements détaillés de :* **ANALYSE 3**, pp. 79-102, *et en ce qui concerne la typologie :* **ANALYSE 4**, §6.1, pp.122 et suiv.

SYNTHESE 4. Conventions de qualité et réflexivité : que faut-il attendre (et ne pas attendre) du marché ?

Comment peut-on parler des avocats sans parler du droit ?

Jusqu'à présent, nous avons peu fait usage du caractère si particulier – à vrai dire unique – de l'objet sur lequel opère l'activité des avocats. Tout au plus dans la synthèse précédente, avons-nous mobilisé la *dynamique* du droit, objet infiniment moins statique que ne le croit l'opinion courante. Il est temps de mobiliser la *nature* du droit.

Ici transparaît une difficulté majeure des rapports de la Commission évoqués plus haut, difficulté aggravée par le fait qu'ils traitent le plus souvent la profession d'avocats *à l'intérieur de l'ensemble des professions libérales* (comme si le droit n'entraînait aucune spécificité radicale) : l'impossibilité méthodologique de construire une représentation théorique de cette profession, sans disposer d'une représentation théorique de la fonction ou du statut du droit, dans l'économie et la société.

Essayons. Le droit étant indissociable de l'exercice par l'Etat du « monopole de la violence légitime », selon la formule classique de Max Weber, les avocats participent à la façon dont la société dans son ensemble décide de ce qu'elle veut être. **La qualité du service rendu par les avocats a, de ce fait, une double nature,**

- **l'une *micro-économique,* appréciable au niveau individuel,**
- **l'autre, *macro-économique,* ou plutôt systémique, seulement appréciable au niveau de la collectivité**.

D'un côté, l'intérêt du client, de l'autre, la qualité de l'Etat de droit – caricature, qui, comme toutes les caricatures, prêche le faux, pour démasquer le vrai.

Le faux : l'intérêt à long terme du client se confond bien sûr avec la qualité de l'Etat de droit, même si, à court terme, et pour l'affaire qui l'a conduit à recourir aux services d'un avocat, le client est plus soucieux de la défense de ses intérêts que de la qualité intrinsèque de la décision rendue, ou de ses effets si elle devait être généralisée.

Le vrai : l'intérêt du client n'est pas quelque chose d'univoque. On a distingué deux niveaux extrêmes, correspondant à deux définitions de l'identité, que les psychologues sociaux nous invitent à différencier : l'identité personnelle (l'individu, abstraction faite de tous ses liens), et l'identité sociale (l'individu, membre d'un collectif – ici la collectivité nationale). Mais, entre les deux polarités opposées, prennent place bien d'autres caractérisations de l'individu, en partant des liens familiaux jusqu'aux liens associatifs, syndicaux, politiques, etc..

Arrêtons-nous un instant pour faire le point : nous venons d'introduire simultanément deux données parmi les plus structurantes, croyons-nous, de la profession d'avocat : *d'une part, l'éventail des niveaux d'appréciation de la qualité du travail de l'avocat (éventail, qu'il est nécessaire, mais pas suffisant, de condenser en une dualité micro/macro) ; d'autre part, la traditionnelle (et paradoxale) revendication d'indépendance de l'avocat, par rapport à la demande initiale de son client – pour être mieux en mesure de déterminer avec celui-ci où est son véritable intérêt : il n'est pas forcément dans ce qui inspire sa demande initiale*. Ainsi du conjoint blessé par un divorce et avide de représailles, que son avocat amène peu à peu à troquer cette identité (au demeurant légitime) pour celle (non pas plus légitime, mais peut-être plus fructueuse) de parent, dont les intérêts intègrent ceux de sa progéniture. Ce n'est qu'un exemple.

Ces deux données prennent définitivement à revers la théorie économique sur laquelle la Commission s'est appuyée (ou plutôt a cru s'appuyer) pour justifier ses rapports.

La seconde (**l'indépendance de l'avocat par rapport à son client**) est déformée par le concept de relation d'agence, où le client est le principal de l'avocat. Celui-ci n'épouse pas les intérêts de son client, mais il n'a pas non plus des intérêts antagonistes : il entretient avec son client une relation unique (de « représentant » ?), où il peut s'autoriser à faire évoluer les préférences de son client, si cela sert mieux son intérêt particulier et l'intérêt général.

Quant à la première donnée (**l'opposition micro/macro**), on imagine qu'elle sera abordée par la théorie économique à travers (encore une fois) la notion d'externalité, c'est-à-dire un coût ou un bénéfice, qui ne trouvent pas de traduction marchande. En effet, un seul des deux niveaux de qualité est rémunéré par le client. Plus sérieux encore, rien ne permet de penser a priori que le degré le plus élevé de qualité au niveau micro soit associé au degré le plus élevé, ni même simplement à un degré élevé, au niveau macro. Bref, les avocats qui rendent le meilleur service à leurs clients, sans même parler de ceux qui sont les mieux rémunérés, n'ont aucune raison d'être aussi ceux qui contribuent le plus à la qualité de l'Etat de droit.

Le problème est certes bien posé, mais comment le résoudre ? Certainement pas par le marché, notons-le une nouvelle fois, puisque *c'est précisément l'inaptitude du marché à rémunérer la production de biens et services d'intérêt général qui est en cause*. La réponse existe, c'est l'histoire qui nous l'enseigne : **ce qui devrait résoudre la tension micro/macro, c'est l'ordre professionnel des avocats, entendu comme un dispositif de *réflexivité* et d'autorégulation.**

Cette profession doit réfléchir sur elle-même – ce qui est sans doute le cas de toutes les professions, mais la spécificité du bien qu'elle contribue à produire démultiplie cette exigence, au point d'en faire la justification, quasi auto-référentielle, de son existence[1]. A l'inverse, inutile de le rappeler, un marché a beaucoup d'avantages, mais pas celui de réfléchir sur lui-même ; son côté automatique (« main invisible ») est même son grand atout, sauf qu'en l'espèce, c'est justement le contraire dont on a besoin.

En quoi consiste cette réflexivité ? Quelles formes particulières prend-elle, dans cette profession… particulière ?

Cette réflexivité doit être pensée par rapport aux diverses modalités de mobilisation du droit existant : celles-ci peuvent être ramenées à quatre. Deux font monter dans l'échelle micro/macro, en prenant en compte des intérêts de plus en plus larges – le **dépassement** et la **catégorisation**. Deux autres font plutôt le trajet inverse, dans l'échelle des intérêts – le **déplacement** et **l'instrumentalisation**. Entendons-nous bien : même si les 2 premières sont plus nobles et doivent être encouragées, les 2 autres sont indispensables dans une économie marchande dynamique et dans une société ouverte, où l'aspiration individualiste a la force que l'on sait.

Il se trouve que ces quatre modalités de mobilisation ne sont pas sollicitées de la même manière dans les quatre facettes du métier d'avocats que nous avons distinguées ci-dessus. En acceptant une extrême simplification, la convention *domestique* est propice au dépassement,

[1] Notre accent sur la réflexivité justifie le recours systématique à des entretiens, ce qui a pu étonner le lecteur, habitué à un mode de preuve centré sur des tests statistiques. Notre interprétation de la profession d'avocat nécessitait une méthodologie dite « compréhensive », par opposition à la méthodologie dite « explicative », plus familière aux économistes orthodoxes. Cette option méthodologique est en rapport avec le fait que nous avons privilégié la qualité, par rapport aux prix, dans l'approche de la concurrence pertinente pour la profession d'avocat (cf Karpik, 1995, 2007 ; Piore, 1974, 1983 ; Favereau, Biencourt et Eymard-Duvernay, 2002)

la convention *civique* à la catégorisation, la convention *marchande* au déplacement, et la convention *inspirée* à la catégorisation aussi bien qu'au déplacement.

Nous pouvons maintenant conclure. Il est de la plus haute importance pour la qualité de l'Etat de droit que soit maintenu ce pluralisme comme une source de richesse (notamment parce qu'il est *aussi* une source de tension entre ces divers secteurs). Plus les avocats sont différents les uns des autres, dans leur rapport au droit, plus la profession d'avocat doit être en Ordre – cet Ordre est, en ce sens, d'autant plus nécessaire qu'il est plus menacé, de l'intérieur et de l'extérieur.

Vision idéalisée ? Non, puisque nous sommes partis du constat des divergences d'attitude et d'intérêts. Toutefois, une précision est indispensable : ce pluralisme n'est pas de simple juxtaposition. Car il y a une asymétrie profonde entre le conseil et le contentieux – dont on a vu qu'ils animaient un des deux axes de différenciation du métier – *en liaison avec la dualité de niveaux de qualité micro/macro.*

Cette dualité révèle une opposition possible entre la fonction-conseil et la fonction-contentieux. Dans les deux cas, l'avocat cherche l'application des règles de droit la plus favorable aux intérêts de son client, mais alors que dans le premier cas, la créativité de l'avocat n'est sollicitée que sur ce seul registre, dans le second, l'avocat se doit de prouver au juge que son interprétation des textes – par hypothèse la plus favorable aux intérêts de son client – est aussi la plus juste, dans les deux acceptions de ce terme (justesse, justice). La conformité aux intérêts du client, composante-clé de la qualité « micro », ne saurait être un argument décisif pour un juge ! *Lorsqu'il plaide, l'avocat doit plaider pour la justice, quoiqu'il défende des intérêts : micro et macro sont réunis. Lorsqu'il conseille, quoiqu'il s'en défende, il ne fait que défendre des intérêts : micro et macro sont disjoints, même si l'opposition s'atténue, dès lors que l'avocat-conseil anticipe les risques de contentieux.*

Cela implique qu'une des plus importantes forces de rappel, pour les forces centrifuges vis-à-vis de l'Ordre, en provenance des « law firms » mondialisées, est le prestige symbolique supérieur de l'avocat plaidant. Probablement est-ce la clé de voûte de l'édifice. Les avocats entièrement voués au conseil n'en restent pas moins au centre de leur profession, tant qu'ils partagent avec leurs confrères plaidants cette exigence de réflexivité, qui fonde la défense.des intérêts légitimes de leur client.

Mais il doit revenir à ces derniers le supplément d'autorité qui s'attache au fait d'en arborer régulièrement l'habit symbolique.

Pour autant, si la profession d'avocats *doit* être régulée par un Ordre, il s'ensuit que l'Etat et le public *peuvent* à tout moment procéder à cette « (re)mise en question » : l'Ordre actuel, en tant qu'organisation et institution, aide-t-il, ou non, tous ses différents membres à opérer ce dépassement, voire comment réagit-il à l'encontre de ceux qui ne l'opèrent pas ? Il n'y a rien d'automatique ni de nécessaire dans l'existence d'un rapport vertueux entre réflexivité et qualité, en particulier au sens éthique du terme. Les comparaisons internationales et les études empiriques dans le contexte contemporain (encore très opaque) nous rappellent que nous savons mal répondre à ces questions. Si la réflexivité et l'auto-régulation dont la profession juridique est capable sont dominées par ses membres les moins indépendants et les moins capables du dépassement – noble et moins noble– auquel on est en droit de s'attendre dans le passage du conseil au contentieux, cette « mise en question » est aussi légitime que sont erronés les présupposés de l'économisme bruxellois.

→ *Pour une justification plus complète de cette* **SYNTHESE 4**, *voir les développements détaillés de :* **ANALYSE 4**, pp. 103-140

SYNTHESE 5. Entretien des qualités et renouvellement de la profession

En nous intéressant aux problèmes de qualité que créerait une concurrence débridée sur les prix, au sein de la profession d'avocats, nous sommes arrivés à cette conclusion : un ordre professionnel dispose *au moins potentiellement* de ressources de coordination, hors de portée d'un hypothétique marché généralisé des services juridiques. Pourtant nous n'en avons pas fini avec la confrontation entre ces deux modes de coordination.

C'est que nous avons raisonné jusqu'à présent à un instant du temps, en supposant figées les structures internes des cabinets d'avocats, notamment dans cette dimension essentielle que constitue la clé de répartition entre *associés* et *collaborateurs*. A la **diversité instantanée** des cabinets, que nous avons résumée ci-dessus dans une typologie 2x2 (Synthèse 3), s'ajoute une **diversité intertemporelle** des trajectoires professionnelles des avocats, qu'il nous faut maintenant intégrer.

Traditionnellement, un jeune avocat, nouvellement recruté par un cabinet, va y travailler pendant quelques années en tant que collaborateur, avant de se voir proposer (ou de réclamer) le statut d'associé, ou encore avant de s'installer à son compte, seul ou avec un ou plusieurs partenaires. On peut concevoir, pour diverses raisons, qu'un avocat reste durant toute sa vie professionnelle dans la position effective, sinon formelle, de collaborateur, mais on se concentrera ici sur le cas général. La carrière des avocats est marquée par une discontinuité entre un statut que l'on dira « dépendant » et un statut que l'on dira « indépendant » (lato sensu). Il serait donc bien imprudent de réfléchir sur cette profession sans considérer cette dynamique si particulière qui traverse tous les cabinets, quel que soit leur type. Nous le ferons en restant au niveau des logiques globales, tant l'information détaillée est lacunaire – et complexe le phénomène à saisir.

Paradoxalement, cette intrusion d'une dynamique individuelle dans la logique organisationnelle de cette profession semble ouvrir un nouvel espace à la coordination par le marché. En effet, jusqu'à présent nous avons envisagé exclusivement la figure du *marché des biens et services* – avec son arbitre suprême : le consommateur. Or ce qui apparaît maintenant, en filigrane des dynamiques de carrières, pour les avocats, c'est …le *marché du travail*, ou plus exactement le versant « marché du travail » de la profession d'avocats.

Cela dit, si nous faisons rentrer en scène une nouvelle figure du marché, avec le marché du travail des jeunes avocats, simultanément nous lui soumettons un problème de coordination particulièrement épineux – nous allons l'appeler le *problème intertemporel*, puisqu'il s'agit du problème de la promotion régulière des collaborateurs à un statut de propriétaires d'un cabinet (seuls ou associés), et que cela implique, de toute évidence, de réfléchir *sur le long terme*. Or tous les économistes savent que le long terme n'est pas bien géré par les marchés, ce dont l'homme de la rue conviendra sans difficulté, en suivant les évolutions de la Bourse – pourtant l'archétype du marché organisé.

Le courant institutionnaliste en économie a eu le grand mérite de réfléchir sur les conditions de viabilité d'un marché, quel qu'il soit, marché du travail, aussi bien que marché des produits. Or le problème juniors/seniors (adoptons cette terminologie) est typiquement un problème de fonctionnement d'un marché – en l'occurrence de ce qu'il est convenu d'appeler un « **marché professionnel** ». On entend par là un marché du travail qualifié d'un type particulier : des professionnels dotés de qualifications reconnues plus ou moins objectivement mettent en concurrence les entreprises qui offrent les postes correspondant à leur niveau de compétence.

Voilà qui nous permet de donner une formulation technique au problème intertemporel, s'agissant des jeunes avocats : peut-on concevoir un marché professionnel qui résolve harmonieusement la question d'une transformation régulière du statut d'une large majorité de collaborateurs, sur une période de temps raisonnable ? Ou, plus modestement, quel serait l'effet d'une libéralisation complète du marché des services juridiques, en ce qui concerne la possibilité, la solidité et l'effectivité d'un tel marché professionnel ?

A nouveau, on peut s'étonner que cette question n'ait pas retenu l'attention des experts sollicités par la Commission. Pourtant la théorie économique, en tous cas dans sa composante institutionnaliste, fournit une grille de réponse – *extrêmement pessimiste*, comme on va le voir.

Donnons d'abord la réponse générale, avant de la transposer au cas des avocats**. Un marché professionnel est en tout état de cause une construction éminemment fragile**, pour une raison fondamentale tenant à la concurrence entre employeurs. Qui va payer pour la formation de ces jeunes professionnels ? Une part peut être fournie par l'Etat (formation initiale), mais une part essentielle de la compétence ne peut s'acquérir qu'au sein et au contact des entreprises employeuses. La difficulté est alors la même que celle qui pénalise la fourniture de « biens publics ». Le plus rationnel pour une entreprise est de ne pas contribuer à ces dépenses de formation, et de débaucher les travailleurs qualifiés formés par les concurrents.

Transposons : le cabinet d'avocats qui forme bien ses collaborateurs s'expose au risque de ne pas tirer bénéfice de cet investissement (en formation), et de les voir partir pour un autre cabinet, qui pourrait leur offrir des conditions d'autant plus avantageuses qu'il n'aurait pas supporté le coût de leur formation. La concurrence entre cabinets peut alors déboucher sur une configuration catastrophique pour tous – et ce n'est pas le marché qui peut apporter la solution, pour cette raison simple qu'il est justement à l'origine du problème !

Cette réponse générale doit être modulée en fonction des spécificités de la profession d'avocats.

Il y a, pour simplifier outrageusement, deux composantes fort différentes, dans les compétences multiformes permettant de passer du statut, dépendant, de collaborateur à celui, indépendant, d'entrepreneur-propriétaire (individuel ou associé) : d'une part, une maîtrise des techniques de la profession et, d'autre part, les premiers signes de la capacité de constitution d'un portefeuille de clients, que l'on mettra au service de la structure dont on devient (co)propriétaire.

Au niveau de chacune des deux composantes, on doit s'attendre à ce qu'une logique marchande systématisée risque plutôt d'aggraver le problème général.

- La 1ère composante relève de ce que les économistes appellent le « **capital humain général** » (par opposition à « spécifique »), au sens où le surcroît de compétence est valorisable dans d'autres cabinets que celui où il a été acquis. Selon la théorie du capital humain, la solution concurrentielle est un financement entièrement à la charge du travailleur pendant la phase de formation. Sinon l'employeur risquerait de perdre le bénéfice de son investissement-formation.

- La 2ème composante va relever aussi d'un capital humain général, dans la mesure où les clauses de non-concurrence sont interdites : le jeune avocat peut quitter la structure qui l'a hébergé pour s'installer, avec sa part de clientèle, dans une autre structure. Dès lors, la formation de cet aspect de la compétence va être une source structurelle d'antagonismes entre les intérêts en présence, avec deux polarités extrêmes aussi peu satisfaisantes l'une que l'autre : les cabinets vont osciller entre *l'excès de méfiance* (en empêchant les collaborateurs de nouer un lien personnel avec les clients) et *l'excès de confiance* (en laissant leurs collaborateurs exploiter à leur profit les relations avec les clients).

La perspective qui s'ouvre a priori devant une logique concurrentielle débridée est donc peu engageante. Elle est même encore assombrie par la prise en compte de la variété des

cabinets. Bien sûr, le problème de formation que l'on vient de cerner vaut pour les quatre types de cabinets, que l'on a distingués (SYNTHESE 3). Mais il est facile de comprendre (et de constater) que *tous ne créent pas les mêmes tensions quant à la possibilité d'existence d'un marché professionnel*. Les cabinets qui incarnent le plus une logique marchande sont les plus à même de déséquilibrer (inintentionnellement) l'ensemble de la profession, en cherchant légitimement à résoudre le problème à *leur* niveau. Il s'agit en général des cabinets d'avocats d'affaires, et, parmi eux, des plus grosses structures (les plus proches des « Law Firms » : cf la case Sud-Ouest, dans notre typologie, correspondant à la convention marchande). D'un côté, ils offrent un label précieux quant aux aptitudes cognitives (et de ce point de vue, peuvent truster les candidats les plus brillants, sans avoir à les former), mais, de l'autre, ils rendent particulièrement difficile (de par leur organisation du travail) la constitution d'une clientèle par un jeune collaborateur.

Le point-clé est que **ces problèmes structurels non seulement ne freinent pas le développement de ce type de cabinet (qui absorbe assez bien le turn-over), mais auraient presque tendance à l'accélérer (en attirant sans cesse de nouveaux entrants, et de nouveaux clients) à la différence de tous les autres types, dont la croissance, elle, est plutôt entravée par le turn-over et par les scissions**. Voici sans doute le risque le plus grand d'une intensification de l'ordre marchand : l'instauration d'une sorte de *dualisme, entre un petit nombre de firmes de très grande taille, et une multitude de cabinets de petite taille*, avec une discontinuité, un trou dans la distribution par taille des firmes d'avocats : pas de structure moyenne, ou plutôt une impossibilité pour des cabinets performants de gravir peu à peu – sur le long terme - tous les degrés de la distribution par taille. C'est préoccupant pour des raisons qui n'ont rien d'académique, car cela signifie des positions acquises pour les plus grosses structures (généralement multinationales). Le marché ne produit pas automatiquement *plus* de concurrence, pas plus que la logique marchande ne s'identifie toujours et partout à une logique concurrentielle.

A ce stade, notre conclusion est que les formes d'organisation du métier d'avocats les plus proches d'une logique marchande risquent d'*aggraver* le problème général qui affecte *tous* les marchés professionnels, quels qu'ils soient. Au surplus, l'entrée en scène des cabinets de recrutement produit son effet classique de renforcement des tendances « spontanées » du marché.

Que peut-on dire des solutions envisageables ?

Il y a d'abord les solutions qui restent à l'intérieur de la logique concurrentielle, à condition de l'enrichir pour mieux l'encadrer.

A l'instar des « disciplines latérales de marché », examinées à la fin de la Synthèse 1, les excès de la compétition secrètent-ils, pour ainsi dire naturellement, des contre-tendances ? Celle qui vient immédiatement à l'esprit est liée à la charge de travail (et à ses répercussions sur l'équilibre personnel et la vie privée) dans les organisations les plus réputées. On observe depuis peu des réactions de rejet significatives de la part des jeunes générations, rendues plus exigeantes, en outre, devant la probabilité décroissante de devenir associé.

Ce phénomène pourrait prendre une importance décisive, si le marché des services juridiques prenait une orientation « amont », plutôt que « aval », dans la terminologie proposée par la nouvelle sociologie économique des marchés (White, 2002). L'argument est simple : de quel côté se trouve l'incertitude majeure pour les cabinets d'avocats (traitées comme des firmes) ? Du côté des clients (marché « aval », privilégié par la théorie économique) ou du côté des « inputs » (marché « amont ») : en l'occurrence, les nouveaux avocats, sortis du système de formation initiale. L'orientation « amont » signifierait que les jeunes avocats les plus prometteurs classeraient les cabinets existants en fonction des conditions de travail, des perspectives de carrière, et qu'un classement négatif pour un cabinet

compromettrait sérieusement ses possibilités de croissance ultérieure – au même titre (par exemple) qu'un laboratoire qui ne parviendrait plus à attirer les meilleurs jeunes chercheurs.

Ce schéma s'observe partiellement à certaines phases de la conjoncture (celles que les économistes qualifient de situation de « demande excédentaire » sur le marché du travail qualifié), mais on ne voit pas ce qui pourrait rendre cette configuration pérenne – dans une logique marchande, tout au moins.

C'est bien là que réside le paradoxe : seule une organisation collective du type « Ordre professionnel » serait en mesure de créer les conditions institutionnelles et notamment le consensus inter-cabinet nécessaire, pour rééquilibrer la pente dominante de l'orientation « aval », par une dose d'orientation « amont » *délibérée*.

Faisons un instant retour sur les deux composantes de la compétence professionnelle attendue des avocats seniors.

La composante « clientèle » crée une rivalité structurelle entre juniors et seniors, d'une nature proche de celle qu'on observe, dans le système de transmission du savoir, entre enseignants-chercheurs, titulaires et postulants. Le traitement de ce problème requiert, chaque fois, l'émergence d'un collectif aux conditions d'appartenance suffisamment strictes pour différencier sans ambiguïté ceux qui en sont et ceux qui n'en sont pas.

La composante « formation générale » a donné lieu à une solution non concurrentielle. Désormais le principe d'une prise en charge de la formation pratique des collaborateurs (sous des formes diverses) est acquis ; en outre la mobilité des jeunes avocats entre les cabinets est assez bien tolérée (sinon toujours bien vécue), en tant que règle du jeu – au-delà de l'acceptation résignée d'une contrainte marchande, elle représente la contrepartie de l'appartenance à une même communauté, transcendant les frontières des cabinets. L'intuition est malgré tout que les avantages dans la durée l'emportent sur les inconvénients à court terme.

Chacune de ces solutions, qui caractérise le modèle de l'Ordre professionnel, a ses faiblesses – elles ont du moins le mérite d'exister, et l'avantage de fonctionner, là où le modèle du Marché doit avouer son impuissance.

Notre propos ici comme ailleurs n'est pas d'idéaliser la réalité : les entretiens auprès de collaborateurs montrent bien la distance entre ce que pourrait autoriser le modèle théorique et ce que révèle la réalité pratique. Notre propos était plutôt de confronter deux modèles théoriques – ou mieux le champ des possibles que l'on peut, *ou que l'on ne peut pas*, associer, respectivement, au modèle du Marché, et au modèle de l'Ordre professionnel.

→ Pour une justification plus complète de cette **SYNTHESE 5**, voir les développements détaillés de : **ANALYSE 5**, pp. 141-165

CONCLUSION DE LA PARTIE « SYNTHÈSES ». Ordre Professionnel et Ordre Marchand

La conclusion de la cinquième synthèse rejoint finalement celle des quatre premières, dans la démarche, qui fut la nôtre, d'élaboration d'une *économie de la qualité, respectant les singularités du métier d'avocat* : le **modèle du Marché** dispose non pas de plus *mais de moins* de ressources de coordination que le **modèle de l'Ordre professionnel**, pour résoudre les problèmes de prix **et de qualité**, que pose la concurrence entre avocats – ce qui ne veut pas dire que ces ressources soient ipso facto utilisées par l'Ordre au maximum de leurs potentialités.

Cela veut plutôt dire que ce qui est *impossible* dans le modèle du Marché *ne l'est pas* dans le modèle de l'Ordre professionnel : l'existence d'un ordre professionnel où se retrouveraient, pour réguler la profession, collaborateurs et associés serait la preuve que le problème intertemporel a trouvé sa solution, de même que l'existence d'un ordre professionnel auquel coopéreraient les différents types de cabinets serait la preuve que le problème micro/macro a trouvé la sienne.

*
***

ANALYSES

ANALYSE 1. L'économie sans qualité : critique du diagnostic de la Commission Européenne.

Camille CHASERANT et Sophie HARNAY

0. Introduction

0.1. Les objectifs et recommandations de la Commission Européenne

La Direction Générale de la Concurrence de la Commission Européenne (que nous désignerons désormais sous le simple terme « Commission ») a décidé de promouvoir, dans les pays membres de l'Union Européenne, la « modernisation indispensable des services professionnels » (Commission, 2005, p. 12), comprenant les services juridico-juridiciaires rendus par les avocats.

Les effets attendus d'une telle « modernisation » sont principalement de procurer « des services professionnels meilleurs et plus diversifiés » (Commission, 2005, p. 4), d'en « réduire les prix » (Commission, 2004, p. 3), de « renforcer le choix des services » pour les utilisateurs (ibid., p. 27), de « permettre aux professions libérales d'innover » (ibid.) et, à terme, d'« accroître la demande [pour ces services], ce qui à son tour aurait un effet positif sur la création d'emplois » (Commission, 2005, p. 4), permettant ainsi de « stimuler la croissance économique » des pays membres de l'Union Européenne (ibid., p. 7).

Pour obtenir ces effets bénéfiques, la « modernisation » des services offerts par les professions libérales passe, selon la Commission, par une amplification de la concurrence sur les marchés de ces services, ceux-ci n'étant pas estimés suffisamment concurrentiels, car trop fortement réglementés. La définition même d'une profession impose l'existence d'une réglementation. Enracinée dans une discipline scientifique, la profession se doit – au moins – de contrôler et de garantir les conditions nécessaires de formation ou les références professionnelles (Gadrey, 1994). La Commission considère que les règles qui en découlent, aujourd'hui promulguées par un ordre professionnel et largement institutionnalisées, entravent l'accroissement recherché de la concurrence sur les marchés correspondants. La « modernisation » des services professionnels nécessite donc une déréglementation ou, pour le moins, un allègement et une évolution des règles présentes au sein des professions libérales.

Plus précisément, un premier rapport sur « La concurrence dans les professions libérales » (Commission, 2004) dénonce les réglementations en vigueur en Europe au sein de ces professions comme « potentiellement restrictives de concurrence ». Toutes concernent les avocats français ; sont en effet jugées comme freinant la concurrence :

- les règles encadrant la fixation des honoraires – que ceux-ci soient imposés (comme pour l'aide juridictionnelle) ou interdits (tel le pacte de *quota litis*)[1] ;
- celles définissant les conditions d'accès à la profession et les services dont elle a le monopole – comme la représentation en justice et la plaidoirie ;
- la réglementation des structures d'exercice des avocats – et notamment de la propriété du capital de ces dernières ;
- et les règles établies en matière de publicité personnelle des cabinets.

Sur tous ces points, la Commission recommande de réduire le nombre et l'amplitude des réglementations, considérant qu'un faible niveau de réglementation est « un avantage pour la création de richesse », puisque « les pays qui connaissent un faible niveau de réglementation enregistrent un plus grand nombre de professions libérales, qui enregistrent un chiffre d'affaires global supérieur » (Commission, 2004, p. 8).

La Commission adopte, un an plus tard, un second rapport, « Poursuivre la réforme » (Commission, 2005), au ton un peu plus nuancé. Face aux critiques émises lors de la publication du premier rapport (cf. *infra*), elle y admet en effet la nécessité « d'approfondir l'analyse économique du marché des services professionnels… [et de] la signification de l'intérêt général » sur ces marchés – les règles justifiées par la protection de l'intérêt général et le maintien d'une « bonne pratique » au sein des professions étant tolérées (Commission, 2005, p. 5). Néanmoins, les règles précédemment jugées « restrictives » sont dorénavant qualifiées de « règles injustifiées » et « disproportionnées », les recommandations demeurent identiques et la Commission invite même les pays et les professions concernées à « dresser l'inventaire des restrictions susceptibles d'être supprimées rapidement sans nécessiter d'autres analyses » (*ibid.*, p. 12).

L'OCDE, quant à elle, dans son dernier rapport sur les professions juridiques (OCDE, 2007), adopte un point de vue analogue. Si « certaines réglementations » sont reconnues comme « serv[a]nt l'intérêt général, car elles visent à remédier aux défaillances de marché », il est néanmoins souligné que « la réglementation et l'autoréglementation semblent parfois servir essentiellement les intérêts privés de la profession » (OCDE, 2007, p. 13). Il est notamment rappelé que les règles du droit de la concurrence s'appliquent aux professions juridiques et, en particulier, « exclusivement aux pratiques anticoncurrentielles introduites, de manière autonome, par les membres des professions juridiques et les associations qui les représentent » (*ibid.*, p. 14). Les restrictions portant sur les honoraires et la publicité sont de nouveau dénoncées, ainsi que l'existence de droits exclusifs d'accomplir certaines tâches.

Nous montrerons dans la première partie de ce rapport que la « modernisation » du marché des services juridiques et judiciaires envisagée par la Commission :

(1) procède d'une démarche contraire aux enseignements de la théorie économique ; l'initiative de la Commission vise en effet à lever ou réduire les obstacles à la réalisation des conditions de la concurrence pure et parfaite, afin de se rapprocher de ce régime considéré comme idéal. Néanmoins, lorsqu'une spécificité inhérente au marché empêche la réalisation de cet idéal – ce qui est le cas pour le marché des services juridico-juridiciaires – la théorie économique a prouvé que tenter de s'en rapprocher n'implique absolument pas une amélioration de l'efficacité et le bien-être économiques. Présumer une telle amélioration, pour la profession d'avocat en France, n'a aucun fondement scientifique, mais relève de la pure idéologie.

[1] Ou encore simplement recommandés, par l'ordre ou un barreau local, ce qui a été condamné en France par le Conseil de la concurrence (cf. *infra,* note 19)

(2) Repose sur une lecture partiale et partielle des seuls champs théoriques que sont l'économie publique et de l'économie industrielle traditionnelles ;

- lecture partiale, car seules certaines analyses de ces deux champs justifient l'initiative de la Commission, à l'exclusion d'autres, relevant pourtant elles aussi des mêmes disciplines, mais dont les conclusions sont opposées ou plus nuancées ;
- lecture partielle, car la Commission occulte, *primo*, les développements récents de ces deux disciplines et, *secundo*, les avancées d'autres approches économiques contemporaines comme par exemple la théorie des jeux.

Prendre sérieusement en considération l'ensemble de ces travaux conduit à une conception moins réductrice de la réglementation professionnelle et des résultats plus nuancés que ceux de la Commission.

(3) S'appuie empiriquement sur une étude plus que contestable, et déjà largement critiquée : celle commandée par la DG Concurrence à l'Institute for Advanced Studies de Vienne (Paterson, Fink, Ogus et al., 2003). La méthodologie employée est en effet peu rigoureuse et les conclusions sont forcées.

Le reste de cette introduction est consacré à l'explicitation des points (1) et (3) – ce dernier reprenant en partie les critiques formulées dans le contre-rapport rédigé par l'institut RBB Economics (2003). Les sections suivantes développent de manière précise le point (2).

0.2. Une démarche contraire aux enseignements de la théorie économique

La théorie économique enseigne que le régime économique idéal est la concurrence pure et parfaite sur un marché. Ses résultats en termes d'efficacité et de bien-être économique en font en effet un régime hautement désirable (cf. encadré 1), mais les conditions d'obtention de ces résultats sont tellement spécifiques qu'elles ne sont pas satisfaites sur la quasi-totalité des marchés existants. Ces derniers relèvent donc en pratique de régimes de concurrence imparfaite – terme générique attribué dès qu'une des hypothèses de la concurrence pure et parfaite n'est pas vérifiée.

Encadré 1 le modèle de concurrence pure et parfaite

Rappelons qu'un marché est le lieu de confrontation de l'offre et de la demande d'un bien permettant la formation du prix. La concurrence pure et parfaite sur le marché suppose que :

- les actions des différents acteurs n'ont aucun impact sur la formation du prix (hypothèse d'atomicité) ; ceci sous-entend que le lien entre ces acteurs ne passe que par les prix ;
- le bien ou service échangé sur le marché est homogène : les acteurs en considèrent chaque unité comme parfaitement interchangeable ; une telle hypothèse implique par exemple que les acheteurs sont indifférents à l'identité de l'offreur ;
- il n'y a aucune entrave à l'accès des différents acteurs au marché ;
- l'information est transparente : les acteurs peuvent, à tout moment, connaître sans coût toute l'information relative aux prix ;
- les facteurs de production sont parfaitement mobiles : il n'y a aucun obstacle au déplacement des travailleurs et des capitaux entre les différents producteurs.

Lorsque ces conditions sont réunies, on considère que la détermination du prix de marché ne dépend que de la rencontre entre l'offre et la demande, par application de « la loi de l'offre et de la demande ». L'équilibre obtenu (c'est-à-dire le prix de marché et la quantité globale échangée) est estimé idéal, car il est à la fois :

- Efficace : il n'y a, à l'équilibre, aucun gaspillage des ressources. Ceci signifie par exemple que les producteurs sont « efficaces par rapport aux coûts » (Commission, 2004, p. 18), c'est-à-dire qu'ils maximisent leur profit (recettes moins coûts). La théorie économique montre que, dans ce cas, le prix est égal au coût marginal du producteur, c'est-à-dire au coût de production de la dernière unité de bien vendue. L'observation d'un prix de marché élevé est alors soit le signe de coûts de production élevés – en restant dans le cadre de la concurrence pure et parfaite – soit celui de l'existence d'une rente (d'un écart entre prix et coût marginal), relevant de l'existence d'un pouvoir de monopole – le marché serait alors en concurrence imparfaite.
- Optimal : il maximise le bien-être (économique) des acteurs du marché. Plus précisément, à l'équilibre d'un marché en concurrence pure et parfaite, il n'est plus possible de modifier l'allocation des biens obtenue sans réduire le bien-être d'au moins un agent (second théorème de l'économie du bien-être). On évalue traditionnellement le bien-être à l'aide de la notion de « surplus ». Le surplus du consommateur est le bénéfice qu'il retire de la transaction (mesuré par la différence entre le prix de marché, auquel il obtient le bien, et le prix qu'il était prêt à payer pour ce bien) ; le surplus du producteur correspond, lui, à son profit. L'équilibre obtenu en concurrence pure et parfaite est celui qui permet d'obtenir le surplus total (du consommateur et du producteur réunis) maximal.

Le marché des services juridico-judiciaires n'échappe pas à la règle : l'existence d'un contrôle à l'entrée sur le marché afin de garantir les compétences des avocats, leur imparfaite mobilité géographique et professionnelle, la multitude des services juridiques et judiciaires offerts par ces derniers, ou le manque d'information du public quant aux services existants et leurs prix sont des symptômes largement suffisants pour caractériser le marché en termes de concurrence imparfaite.

Les appels de la Commission à la déréglementation du marché suggèrent qu'une réduction de ces imperfections de la concurrence sur ce marché (par la diminution des exigences à l'entrée, l'accroissement de la mobilité des avocats, une meilleure information du public etc.) permettra de se rapprocher du régime de la concurrence pure et parfaite et ainsi d'améliorer l'efficacité et le bien-être économique sur ce marché. A l'encontre de cette démarche, **la théorie économique montre** pourtant **que si, pour des raisons intrinsèques au marché, la concurrence pure et parfaite n'est pas possible, ce n'est pas en essayant de s'en rapprocher qu'on améliore la situation** et qu'on accroît l'efficacité économique sur ce marché. C'est ce qu'on appelle la « théorie du *second best* », dont le théorème général a été formellement démontré par Lipsey et Lancaster (1956).

Dit autrement, la Commission considère que les règles encadrant la profession d'avocat restreignent la concurrence, ce qui engendre un régime de concurrence imparfaite sur le marché. Elle propose en conséquence de les éliminer ou au moins de les alléger, afin de créer les conditions favorables au déploiement du régime idéal de la concurrence pure et parfaite et à l'obtention de ses résultats si désirables. Un tel raisonnement n'est cependant valable que si la réglementation de la profession est *la cause* de l'imperfection de la concurrence. Or, la Commission ne démontre pas ce point. Elle présente même, en contradiction avec son raisonnement, l'existence d'asymétries d'information (cf. §1.1 *infra*) comme l'une des sources majeures de cette imperfection. Or, les asymétries d'information ne découlent pas de

la réglementation – elles en sont bien au contraire une des justifications, comme on le verra plus loin – mais de la nature des services juridiques et judiciaires. Autrement dit, **c'est la nature même des services offerts sur le marché qui est au fondement de l'imperfection de la concurrence, et non la réglementation. Eliminer ou réduire cette dernière ne contribuera pas à changer la nature des services**. On ne peut donc en rien présager, nous enseigne la théorie du *second best*, d'une éventuelle amélioration de l'efficacité économique due à la déréglementation sur le marché d'un service possédant intrinsèquement des caractéristiques contrevenant aux conditions nécessaires à la concurrence pure et parfaite.

La démarche suivie par la Commission est ainsi contraire à ce que démontre la théorie économique, lui ôtant dès lors tout fondement scientifique valable. Toutefois, un second enseignement de la théorie du *second best* est que mettre en œuvre une politique visant à accroître l'efficacité économique n'est certes pas impossible, mais nécessite, outre une définition claire d'objectifs précis et ciblés, une excellente connaissance empirique du marché concerné (Lipsey, 2007). Concernant la profession d'avocat et le marché des services juridiques et judiciaires en France, les données disponibles à l'heure actuelle sont pour le moins insuffisantes pour réaliser des analyses précises[2]. La Commission ne semble pas plus disposer d'une analyse empirique approfondie du marché français des services juridiques et judiciaires, ce que dénonce, à juste titre semble-t-il, le Conseil des Barreaux de l'Union Européenne (2003, 2004, 2005).

0.3. Une méthodologie empirique contestable

Pour étayer ses recommandations, la Commission a en effet commandé une étude à l'Institute for Advanced Studies (IHS) de Vienne, dont le rapport, établi par Paterson, Fink, Ogus et al. (2003) est franchement critiquable à plusieurs titres.

0.3.1. Un diagnostic sur le niveau de régulation du marché à nuancer

Le rapport de Paterson, Fink, Ogus et al. (2003) porte sur de nombreux services professionnels, faisant douter à première vue d'une analyse empirique en profondeur tenant réellement compte des spécificités propres à chaque profession et chaque pays concernés. Sont ainsi étudiés, à partir du même appareillage théorique et avec les mêmes outils empiriques, les services juridiques (des avocats et notaires), les services comptables, les services techniques (des architectes et ingénieurs) et la pharmacie dans 15 pays européens.

La méthodologie employée dans ce rapport est la suivante : à partir des données recueillies, un indice de régulation est attribué à chacune de ces professions dans chaque pays. Cet indice, censé refléter le niveau de réglementation de la profession dans chaque pays, varie sur une échelle allant de 0 (absence totale de réglementation) à 12 (niveau élevé de réglementation) (cf. encadré 2). L'indice de régulation pour les services juridiques et judiciaires des avocats français est calculé pour l'année 2000 sur la base d'informations transmises par le Ministère et la Justice et le Conseil National des Barreaux. Il s'élève à 6,6 et est supérieur à la moyenne observée pour cette profession dans les 15 pays européens (égale à

[2] Un exemple : l'atomicité du marché (cf. encadré 1) est généralement appréhendée au travers d'indices de concentration, tel celui d'Herfindahl-Hirschmann. Cet indice calcule les parts de marché des plus grands cabinets ce qui nécessite, outre un travail en amont de définition du marché pertinent, des données sur le chiffre d'affaire global de la profession, de chaque cabinet, et ce en fonction de chaque type de service. Ces informations n'existent pas aujourd'hui pour les avocats français – alors qu'elles sont visiblement collectées dans d'autres pays européens et aux Etats-Unis.

4,9) ainsi qu'à la médiane (égale à 4,6)[3]. Le pays dans lequel la profession d'avocat est évaluée comme étant la plus fortement réglementée est la Grèce (IR = 9,5) ; à l'opposé de l'échelle se trouve la Finlande (IR = 0,3). La France se situe, avec le Luxembourg, au 3ème rang des pays ayant une profession d'avocat la plus régulée, après l'Autriche (IR = 7,3) et juste avant l'Allemagne et l'Espagne (IR = 6,5)[4].

Cet indice de régulation est ensuite interprété au regard de variables économiques telles que le nombre de professionnels et de structures d'exercice sur le marché, le chiffre d'affaires de la profession, son volume d'activité, la population du pays, etc[5]. Des corrélations sont calculées entre l'indice de régulation et ces variables, visant à mesurer l'intensité du lien entre celles-ci et le niveau de régulation de la profession. Par exemple, il est noté que les avocats français sont peu nombreux par rapport aux autres pays et le nombre de cabinets lui aussi relativement faible. Une corrélation positive entre le nombre d'avocats et l'indice de régulation étant trouvée, les auteurs en déduisent que l'explication du faible nombre d'avocats en France réside dans un niveau de réglementation à l'entrée de la profession sûrement trop élevé.

Encadré 2 : L'indice de régulation du rapport IHS

L'indice de régulation (IR) calculé dans le rapport IHS est la somme de deux indices : le premier (ER) porte sur l'existence d'une plus ou moins forte réglementation à l'entrée sur le marché et le second (MCR) vise à évaluer le niveau de régulation des comportements sur le marché.

Chacun de ces indices est une somme pondérée de différents index, chacun allant de 0 (absence totale de régulation) à 6. Chaque indice est donc compris entre 0 et 6, et l'indice de régulation IR entre 0 et 12. Par conséquent, plus l'indice de régulation tend vers 12, plus la profession est considérée comme fortement réglementée.

- l'indice ER est ainsi la somme pondérée d'indices mesurant :
  - le nombre de tâches réservées (ERLC)
  - le nombre d'années d'études supérieures de formation ($ERED_1$)
  - le nombre d'année de stage ($ERED_2$)
  - le nombre d'examens à valider ($ERED_3$)
  - le nombre de moyens alternatifs d'entrer dans la profession ($ERED_4$)
  - l'existence ou non d'un *numerus clausus* ou de quotas pour la profession (ERQT)
- l'indice MCR est, lui, la somme pondérée d'indices quantifiant :
  - le type de régulation pratiqué sur les honoraires (prix plafond, plancher, recommandé etc.) (MCPR)
  - les prohibitions à certaines formes ou supports de publicité (MCAD)
  - l'existence ou non de contraintes géographiques à l'exercice de la profession (MCLOC)
  - la possibilité ou non d'ouvrir un cabinet franchisé (MCDIV)
  - les structures d'exercice autorisées ($MCIC_1$)
  - les formes de pratiques multidisciplinaires autorisées ($MCIC_2$)

[3] La médiane d'une distribution est la valeur de la variable partageant les observations classées par ordre croissant en deux groupes de même effectif. Pour les 15 pays européens étudiés ici, il correspond à l'indice calculé pour les avocats belges ; 7 pays ont un indice de régulation supérieur à cette médiane et 7 un indice inférieur.

[4] La profession d'avocat en France est, de plus, estimée comme étant plus réglementée que celle d'expert-comptable (IR = 5,8) ou d'architecte (IR = 3,1) mais moins que celle de pharmacien (IR = 7,3).

[5] Ces valeurs ont été extrapolées pour la France, les auteurs du rapport n'ayant visiblement pas pu disposer d'informations suffisantes.

Précisément, chaque indice est calculé de la façon suivante :

$IR = ER + MCR$, avec :

$$ER = 0,4 \times ERLC + 0,4\left[(0,3 \times ERED_1) + (0,4 \times ERED_2) + (0,2 \times ERED_3) + (0,1 \times ERED_4)\right] + 0,2 \times ERQT$$

$$MCR = 0,25 \times MCPR + 0,15 \times MCAD + 0,15 \times MCLOC + 0,20 \times MCDIV + 0,25\left[(0,5 \times MCIC_1) + (0,5 \times MCIC_2)\right]$$

Pour les avocats français, IR = 6,6 avec ER = 3,9 et MCR = 2,7.

Une telle méthodologie est contestable et l'interprétation que propose l'IHS des résultats obtenus plus que douteuse – nous développerons ce point dans le paragraphe suivant. Pour l'instant, acceptons cette façon de procéder et revenons à l'indice de régulation calculé pour la France. Dans son second rapport, « poursuivre la réforme », la Commission prend note des réformes entreprises dans les différents Etats membres depuis 2004. Globalement, la France est considérée comme n'ayant mis en œuvre que des « réformes mineures », ce qui signifie avoir « assoupli légèrement les restrictions quantitatives à l'entrée » (Commission, 2005, p. 7). Trois efforts sont relevés :

(i) le décret du 23 août 2004 ouvrant la possibilité aux avocats de créer une société de capital par le biais de sociétés de participation financière ;

(ii) le travail préparatoire à un renforcement légal des obligations de l'avocat en matière d'informations sur le prix des services[6] ;

(iii) le projet de modification du Règlement Intérieur National de la profession concernant l'élargissement des possibilités pour les cabinets de faire de la publicité.

Ces réformes étant jugées « mineures », l'indice de régulation du marché est maintenu à 6,6. Pourtant, si l'on suit précisément les indications de calcul du rapport IHS, les nouvelles mesures introduites (notamment (i) et (iii)) conduisent à une réduction de l'indice de régulation des comportements sur le marché (MCR), qui passe alors de 2,7 à 2,42 – réduisant d'autant l'indice de régulation IR. De plus, le décret du 21 décembre 2004 venant modifier les règles de la formation initiale des avocats n'est pas relevé par la Commission. Or, une fois entré au CRFPA, la formation du futur avocat se déroule désormais sur 18 mois, incluant un stage, formation à l'issue de laquelle est présenté le CAPA. Reçu au CAPA, l'avocat prête serment et s'inscrit au Barreau de son choix. Ces nouvelles règles modifient donc la durée des études supérieures ainsi que celle du stage nécessaires à l'entrée dans la profession, deux des variables entrant dans l'indice de réglementation de l'entrée sur le marché (ER). Celui-ci passe ainsi de 3,9 à 3,44[7]. Au total, la somme des deux indices composant l'indice de régulation globale se trouve réduite de par les nouvelles règles adoptées par la profession depuis 2004 et s'élève, selon nos calculs, à 5,86 (et non 6,6). Toutes choses égales par ailleurs, la France se retrouve au 5e rang des pays les plus régulés avec l'Italie, et derrière l'Allemagne et l'Espagne. Dans tous les cas, l'indice de régulation est plus faible que celui avancé par la Commission.

[6] La France est toujours classée parmi les pays pratiquant une politique de prix imposés en matière de services juridiques, même s'il est noté que ce n'est que pour « certains aspects techniques et de procédure du travail des tribunaux » (Commission, 2005, p. 31).

[7] Précisons que pour obtenir ce résultat, nous avons par ailleurs modifié l'indice $ERED_4$ concernant le nombre de moyens alternatifs d'entrer dans la profession ; la valeur de cet indice a en effet été réduite par rapport à ce que propose l'IHS, qui considère qu'il n'existe aucune autre voie d'accès à la profession d'avocat en France que de suivre la formation initiale.

0.3.2. Une méthodologie et des interprétations contestables

Tout calcul d'indice nécessite d'opérer une quantification et des choix à partir des données recueillies et est, de ce fait, toujours sujet à la critique. Nous ne reviendrons pas sur la manière dont est calculé l'indice de régulation. Ce qui mérite en revanche d'être relevé est le déficit de rigueur scientifique dans la méthodologie suivie par les auteurs du rapport IHS.

Tout d'abord, toute bonne analyse empirique est théoriquement fondée. Lorsqu'on mène un travail empirique, il convient de savoir ce à quoi on s'attend théoriquement. Or, dans le maigre survol théorique proposé dans le rapport IHS, les relations théoriques auxquelles on s'attend et qui seront testées empiriquement ne sont explicitées nulle part. Ne sont calculées dans le rapport que des corrélations entre l'indice de régulation et différentes variables. Une corrélation non nulle indique qu'il existe probablement une relation entre deux variables, mais ne dit rien quant au sens de cette relation ; autrement dit, corrélation ne signifie pas relation de cause à effet. En l'absence de tout support théorique quant au sens attendu, on ne peut qu'être surpris des interprétations fournies dans le reste du rapport[8].

Celles-ci semblent en effet pour le moins biaisées. Le rapport IHS met en effet en évidence que, dans les pays ayant un niveau de réglementation élevé, la profession produit un volume de services[9], comparé au nombre d'avocats, relativement plus élevé que dans les pays ayant un niveau plus faible de réglementation. Bien que seules des données en termes de chiffre d'affaires (et non de bénéfice) soient disponibles, les auteurs concluent que des bénéfices élevés vont de pair avec des indices de régulation élevés. Une telle conclusion n'est pas justifiée. Elle supposerait déjà un lien équivalent pour chaque pays entre chiffre d'affaires et bénéfice, autrement dit des coûts de production des services identiques dans les pays. Ceci n'est pas du tout évident.

Par exemple, si, comme le suppose la Commission, une réglementation plus forte dans un pays mène à une inefficacité supérieure, elle conduit donc à des coûts de production supérieurs. Alors, une relation positive entre niveau de réglementation et chiffre d'affaires peut être observée sans différence en matière de bénéfice ou sans que ce chiffre d'affaires supérieur puisse être interprété comme une « rente de situation ». Par ailleurs, l'absence de prise en compte de la qualité conduit les auteurs du rapport IHS à occulter une interprétation possible de la relation observée : dans un pays plus réglementé, les services sont de meilleure qualité et donc les honoraires plus élevés.

Cette hypothèse sous-jacente selon laquelle le niveau de réglementation n'influence pas les coûts et laisse donc identique la relation entre chiffre d'affaires et profit entre aussi en contradiction avec deux autres interprétations avancées dans le rapport IHS. Les auteurs mettent en évidence une corrélation négative entre le niveau de réglementation et la valeur produite par employé non professionnel dans le secteur. Ils en concluent que dans les pays fortement réglementés, le même niveau de production nécessite le travail de plus de personnes. Cette interprétation est difficilement conciliable avec la précédente : si réellement,

---

[8] En outre, d'un pur point de vue statistique, le calcul des corrélations n'est pas convenablement effectué. Les tests statistiques utilisés pour mettre en évidence l'existence des corrélations ne sont que rarement précisés. Quand ils le sont, ces tests nécessiteraient dans de nombreux cas un nombre de données bien supérieur à celui recueilli par l'IHS pour être significatifs (test de Pearson). De plus, les corrélations calculées entre les variables économiques et l'indice de régulation ne tiennent pas compte du fait que les variables dites économiques sont corrélées d'une part les unes aux autres et d'autre part avec d'autres variables qui n'ont aucun lien causal avec la réglementation. Sur ce point et sur l'interprétation des résultats obtenus, on peut se référer à RBB Economics (2003).

[9] Mesuré par le chiffre d'affaires de la profession ajusté pour tenir compte des différences de niveau de prix et du PIB entre les pays.

dans les pays réglementés, les employés sont moins productifs que dans les pays peu réglementés, alors cela signifie que les coûts de production y sont plus importants et on ne peut pas considérer une relation équivalente pour tous les pays entre chiffre d'affaires et niveau des profits. De même, il est noté que plus la réglementation d'un secteur est forte, plus le nombre d'entreprises dans le secteur est élevé. Les pays réglementés ne seraient ainsi pas incités à réaliser des économies d'échelle. Là encore, cette interprétation est en contradiction avec l'hypothèse sus-mentionnée.

Le rapport de l'IHS, sur lequel se fondent essentiellement les recommandations de déréglementation de la Commission, est donc triplement contestable : l'arrière-plan théorique est quasi-inexistant, la méthodologie n'est pas rigoureuse et l'interprétation des résultats obtenus est biaisée. Il ne procure ainsi aucune preuve convaincante des effets néfastes de la réglementation des services professionnels sur l'efficacité économique et ne constitue en aucun cas une analyse empirique suffisante du marché des services juridiques et judiciaires à partir de laquelle formuler quelque recommandation de politique économique.

La démarche de la Commission, opposée aux enseignements de la théorie économique, n'aurait de sens qu'étayée par une solide analyse empirique. Or celle-ci fait clairement défaut. Si maintenant nous entrons dans le détail de l'analyse des services professionnels proposée par la Commission, de nouvelles critiques peuvent être formulées, tant théoriques qu'empiriques. C'est à l'exposé de ces critiques que sont consacrées les deux sections suivantes.

1. L'analyse des services professionnels proposée par la Commission

Nous commençons par expliciter en détail l'analyse de la Commission. Celle-ci s'ancre, au départ, dans l'économie publique la plus traditionnelle : les services professionnels sont analysés comme possédant des caractéristiques telles que le marché ne parvient pas à atteindre le résultat – souhaitable théoriquement – de la concurrence pure et parfaite : ils sont, de par leur nature, sources d'asymétries d'information entre l'avocat et son client et engendrent des effets externes sur la bonne administration de la justice, reconnue comme bien public (§1.1). Pour pallier ces défaillances du marché, l'économie publique traditionnelle préconise le recours à une réglementation (§1.2).

C'est pourtant l'approche contraire que préconise la Commission, consistant à éliminer ou alléger un certain nombre de réglementations qu'elle qualifie de « restrictions injustifiées » à la concurrence. Cet objectif de déréglementation procède de ce que la Commission conçoit l'ordre professionnel comme un cartel de producteurs, recherchant son propre intérêt et non l'intérêt général (§1.3). Adoptant ainsi l'hypothèse de base de l'économie publique de la réglementation, la Commission est alors conduite à transposer les mesures traditionnelles issues de l'économie industrielle et adoptées par les autorités de la concurrence, nationales comme européennes, dans leur lutte contre les cartels et les pratiques de collusion des entreprises (§1.4).

Une telle transposition dénote un manque d'interrogation réelle sur la nature des services et des marchés concernés. Les services juridiques et judiciaires sont ainsi traités comme n'importe quel bien classique, échangé sur un marché en concurrence qu'il faut chercher à rendre pure et parfaite. Nous avons souligné dans la section précédente le manque de fondement scientifique d'une telle démarche : si le marché possède des caractéristiques intrinsèques qui empêchent la réalisation de la concurrence pure et parfaite, ce n'est pas parce qu'on tente de se rapprocher de celle-ci que l'efficacité va s'accroître. Or, la Commission reconnaît l'existence des défaillances de marché. Les services juridiques et judiciaires

possèdent ces caractéristiques qui empêchent la réalisation des conditions de la concurrence pure et parfaite et sapent la démarche de la Commission. De fait, un problème fondamental demeure : si les services juridico-judiciaires sont bien à la source d'échecs de marché, en quoi l'élimination d'un ensemble de régulations censé pallier ces échecs permettra-t-il au marché d'atteindre l'efficacité, objectif économique affiché par la Commission ?

1.1. La justification de la réglementation par l'argument des défaillances du marché

Réglementer l'activité économique est classiquement justifié par l'échec ou la défaillance du marché, qui apparaît lorsque le marché ne parvient pas à obtenir des résultats efficaces – proches de ceux de la concurrence parfaite. Or, les services juridico-judiciaires possèdent des caractéristiques typiques de ces situations de défaillance de marché, ce que reconnaît pleinement la Commission.

1.1.1. Les asymétries d'information entre l'avocat et son client

De manière générale, les services juridiques et judiciaires, comme tout service professionnel, relèvent de « l'économie de la connaissance » : le corps professionnel se caractérise par la détention de savoirs spécialisés et formalisés (à fondement théorique), résultant d'une formation supérieure, constituant la base des prestations intellectuelles qu'ils fournissent et une condition d'exercice de l'activité par laquelle ils gagnent leur vie (Freidson, 1986)[10]. Le client d'un avocat ne possède pas ces compétences cognitives et est donc moins informé que ce dernier. La théorie économique caractérise dès lors la relation avocat-client comme recelant une asymétrie d'information. Celle-ci est même double, puisque le client est moins informé que l'avocat à la fois sur la nature du service requis (la théorie économique identifie ici un « aléa moral ») et sur la qualité du service fourni (« anti-sélection »).

Plus précisément, l'aléa moral réside en ce que le client, s'il observe les actions mises en œuvre par l'avocat, ne peut savoir si elles sont appropriées à son cas. Si l'intérêt de l'avocat ne coïncide pas avec celui de son client, alors il va se comporter de manière dite opportuniste, c'est-à-dire qu'il ne va pas proposer le service qui correspond au rapport qualité /prix optimal du point de vue du client. Le problème est alors d'inciter l'avocat à prendre la décision optimale pour son client. Or les seules règles de l'échange marchand ne fournissent pas ces incitations. En effet, sur le marché, les intervenants se comportent selon la logique de « l'homo oeconomicus » et sont opportunistes si cela sert leur intérêt. L'avocat, en tant que producteur, offre le service qui maximise son profit, et le client, en tant que consommateur, demande le service qui maximise sa satisfaction. Ces intérêts ne coïncident pas spontanément. Seule l'introduction d'une contrainte supplémentaire sur le comportement de l'avocat permet d'aligner son intérêt à celui de son client et de réduire la probabilité d'opportunisme – situation abondamment analysée dans la théorie des contrats (cf. *infra*).

Deuxième asymétrie d'information, un phénomène d'anti-sélection peut se produire, car le client ne peut pas juger *ex ante* de la qualité de l'avocat. Selon la logique bien connue et exposée par Akerlof (1970) (pour le marché des voitures d'occasion), en situation d'asymétrie

[10] Une double asymétrie d'information provient de ce que l'avocat assure deux fonctions (Quinn, 1982) : une fonction d'agence (il détermine la nature du service dont a besoin le client) et une fonction de service (il met en œuvre le service déterminé). Certains proposent alors de séparer les deux fonctions – comme au Royaume-Uni où la profession est divisée entre les *barristers* et les *solicitors* – afin de contrecarrer les effets négatifs des asymétries d'information. Néanmoins, cette solution est aussi critiquée : les clients réguliers n'ont pas besoin de la fonction d'agence et pourraient se contenter de faire appel à un professionnel de la fonction de service. La séparation entre les fonctions engendre ainsi des coûts importants.

informationnelle sur la qualité du service, les « mauvais » avocats « chassent » les « bons » du marché, créant ainsi une situation de sélection adverse ou anti-sélection. Les avocats fournissant un service de moindre qualité sont en effet capables de pratiquer des prix plus faibles que les « bons » avocats. Dès lors que les consommateurs sont incapables de discriminer *ex ante* la qualité des services, ils sont peu disposés à prendre le risque de payer un service de mauvaise qualité au prix d'un service de bonne qualité. Or, sur le marché, le prix reflète le niveau moyen de qualité. Alors, à ce prix, les « bons » avocats ne trouvent pas de clients pour leur offre de services et, par suite, sont désincités d'entrer sur le marché. Ce phénomène a, là encore, été abondamment traité par la théorie des contrats et diverses solutions ont été proposées (cf. *infra*), la solution traditionnelle étant d'introduire, en amont, un instrument de sélection des professionnels afin de garantir la qualité de leurs compétences.

Si l'anti-sélection se produit en raison d'une méconnaissance *ex ante*, par le client, de la qualité du service demandé, l'aléa moral provient de ce que, *ex post*, celui-ci n'a toujours pas les moyens d'évaluer si le service rendu était ou non de la qualité correspondante au prix payé. La Commission reconnaît ainsi que les services offerts par les professions libérales, donc les services juridico-judiciaires, appartiennent à la catégorie des « biens de confiance »[11], c'est-à-dire des biens dont la qualité ne peut être estimée ni avant ni après l'achat. Le marché, laissé à lui-même, mène à des résultats indésirables et il convient d'introduire des mécanismes supplémentaires afin de garantir auprès des clients le niveau de qualité des services offerts.

1.1.2. Les services juridico-judiciaires induisent des effets externes

En sus d'être porteuse d'asymétries d'information, la relation entre l'avocat et son client induit des effets externes. En théorie économique, il y a un effet externe lorsqu'un agent économique ne supporte pas tous les coûts (dans le cas d'un effet externe négatif) ou ne reçoit pas tous les gains (si l'effet externe est positif) de son action. Dans ce cas, les prix de marché ne reflètent pas pleinement les coûts et les avantages liés aux transactions réalisées. L'illustration emblématique de l'effet externe négatif est la pollution. Dans ce cas, une entreprise dont l'activité de production a pour conséquence de déverser des substances nocives dans une rivière produit un effet externe négatif : elle ne supporte pas la totalité du coût de cette pollution, dont une partie revient à des agents qui ne les ont pas librement acceptés et ne sont pas indemnisés ou compensés.

Sur le marché des services juridico-judiciaires, les actions entreprises par les avocats pour le compte de leurs clients ne sont pas sans conséquences sur l'évolution du droit et de la jurisprudence ou sur le coût de fonctionnement et sur la bonne administration de la justice, phénomènes qui touchent l'ensemble de la société. Pourtant, l'avocat et son client ne tiennent pas compte de ces conséquences lorsqu'ils négocient leur transaction. Or un service de mauvaise qualité peut provoquer un effet externe négatif, conduisant à un accroissement du coût de la justice, supporté non par l'avocat ou son client, mais par l'ensemble des contribuables. De plus, l'analyse économique des effets externes montre que les biens ou services induisant des effets externes négatifs sont offerts en surabondance par le marché, alors qu'au contraire, les biens dotés d'effets externes positifs sont offerts en quantité insuffisante. Autrement dit, le libre fonctionnement du marché conduit à accroître l'offre de services de mauvaise qualité et réduire celle de services de bonne qualité, aggravant les conséquences négatives sur la bonne administration de la justice.

La théorie économique a ainsi montré que la qualité du système juridique est liée à la qualité de l'avocat (Grajzl et Murrel, 2005). Il convient donc, là encore, de garantir la qualité

[11] Selon la terminologie introduite par Darby et Karni (1973).

des services offerts. Et, là encore, le marché seul ne peut fournir une telle garantie, puisque le prix de marché ne tient compte ni des coûts des effets externes négatifs – le marché ne permet pas de sanctionner les « mauvais avocats » – ni des bénéfices des effets externes positifs – il ne récompense pas les « bons » avocats. Les solutions avancées en théorie économique pour faire face aux effets externes consistent, à l'instar du principe du « pollueur-payeur », à les « internaliser », c'est-à-dire à introduire des mécanismes supplémentaires sur le marché pour que les agents à la source des effets externes en perçoivent les bénéfices ou en paient le coût. Coase (1960) a cependant montré que le recours au mécanisme de marché pour internaliser les effet externes peut être efficace, mais requiert des conditions en général non satisfaites sur les marchés « réels ».

1.1.3. La justice est un bien public

La « bonne administration de la justice » est considérée par la Commission comme un « bien public […] présentant une valeur pour l'ensemble de la société », ce qui l'amène à conclure : « on pourrait craindre qu'en l'absence de réglementation, certains prestataires ne fournissent pas ces biens publics correctement » (Commission, 2004, p. 12). Ainsi formulé, cet argument semble rejoindre le précédent – effet externe et bien public vont d'ailleurs bien souvent de pair en théorie économique – venant dès lors renforcer la nécessité de prendre en compte les effets externes potentiellement négatifs engendrés par les services offerts par les avocats et soulignant qu'ils sont d'autant plus préoccupants qu'ils concernent un bien public.

Toutefois, en restant dans le cadre de la théorie économique la plus élémentaire, l'argument peut être nettement précisé. Biens publics et biens privés sont traditionnellement opposés selon deux caractéristiques : la rivalité et l'exclusivité. Au contraire d'un bien privé, un bien public peut-être utilisé simultanément par plusieurs agents (il est non-rival) et cet usage ne peut être empêché (il est non-exclusif). Considérer que la bonne administration de la justice entre dans la catégorie des biens publics signifie dès lors qu'elle est, ou doit être, telle que chaque individu puisse avoir librement accès à la justice, sans que la possibilité pour l'un d'obtenir un service juridique ou judiciaire réduise celle d'autrui.

Est-ce à dire que le service produit par l'avocat doit être analysé comme un bien public ? En termes économiques, la réponse est négative : le service proposé à un client ne peut être simultanément utilisé par un autre – c'est la définition même d'un service personnalisé – et ce service étant rémunéré, il devient dès lors exclusif. C'est donc un bien privé et c'est comme tel qu'il est envisagé par la Commission. Néanmoins, l'accès à ce service ou, en d'autres termes, le recours à un avocat, relève, lui, de la bonne administration de la justice et appartient par conséquent à la catégorie des biens publics. Le recours à un avocat n'est en effet ni rival, ni exclusif. De la même façon, la décision de justice obtenue par un avocat et sa contribution éventuelle à la jurisprudence constituent des biens publics, dans la mesure où leur utilisation n'est ni rivale ni exclusive.[12]

Or, la théorie économique montre que si le marché est un mode d'échange approprié pour les biens privés, il n'en est pas de même pour les biens publics. Se pose notamment un problème de financement : puisqu'il est impossible d'exclure un agent de l'utilisation du bien public, chacun a intérêt à l'utiliser sans en payer le prix. Un tel bien ne peut donc être échangé sur un marché puisqu'aucune offre rentable ne rencontrera de demande. L'accès aux services juridico-judiciaires ne peut donc être garanti par le marché, mais doit être assuré par un mécanisme complémentaire. Finalement, mené à son terme logique, l'argument de la Commission semble être le suivant : si les services offerts par les avocats sont des biens

[12] Landes et Posner (1976) développent ce point.

privés et relèvent d'une organisation par le marché, le recours à ces services ne peut, lui, être laissé au marché sous peine de contrevenir à la bonne administration de la justice.

1.2. La nécessité des réglementations en présence de défaillances de marché

Les services juridico-judiciaires possèdent donc les caractéristiques reconnues par la théorie économique comme provoquant des défaillances de marché. Laissée au seul marché, la prestation de ces services réduit fortement leur qualité. La logique marchande encourage en effet les avocats à tenir compte de leurs seuls intérêts au détriment de ceux de leurs clients, réduisant donc la qualité des services afin d'en réduire les coûts (aléa moral) et provoque la disparition progressive des « bons » avocats en renforçant la baisse de la qualité moyenne des services offerts (anti-sélection). Cette réduction de la qualité ne peut avoir qu'un impact négatif, non sanctionné par le marché, sur l'état du droit (effets externes). De plus, la possibilité de recours aux services d'un avocat n'est pas garantie par le marché (bien public). Le marché seul échoue donc à organiser efficacement les prestations de service juridico-judiciaires et ne concourt pas, en conséquence, à la réalisation d'une « bonne administration de la justice », objectif pourtant reconnu d'intérêt général par la Commission.

L'analyse économique démontre de la sorte qu'une réglementation complémentaire est nécessaire pour pallier les échecs du marché. L'existence de ces échecs justifie donc celle d'une réglementation. Reste à savoir la ou lesquelles. Compte tenu des caractéristiques des services offerts par les avocats, les règles doivent avant tout avoir pour but de garantir, et cela de manière visible par les consommateurs, la qualité des services offerts par les avocats, afin d'éviter les effets cumulatifs de l'anti-sélection et de réduire les possibilités d'opportunisme découlant de l'aléa moral.

En amont, la limitation de l'accès à la profession ou de la possibilité d'offrir certains services par l'octroi de diplômes ou de licences est le premier signal d'un niveau minimal de compétence sur le marché – c'est la solution traditionnellement prescrite par la théorie économique pour lutter contre l'anti-sélection (Leland, 1979 ; Ribstein, 2004). La réglementation des honoraires par l'ordre trouve aussi une justification dans cette optique. Selon Van den Bergh et Montangie (2006), elle garantit en effet aux prestataires de services de bonne qualité, qui supportent des coûts plus importants que les offreurs de mauvaise qualité, de recevoir des honoraires élevés les compensant de leur effort, et les incitant de ce fait à entrer sur le marché et y rester.

Ces mécanismes doivent néanmoins être complétés pour résoudre le problème de la qualité du service fourni – ce n'est pas, par exemple, parce qu'un avocat obtient une licence qu'il mettra en œuvre un service de bonne qualité. Il convient alors de rechercher l'alignement de ses intérêts sur ceux de ses clients. L'existence d'un Code de déontologie, dont les avocats sont supposés intérioriser les principes éthiques, et d'un ordre ayant le pouvoir de sanctionner les manquements à ces principes participent de cet alignement (Dingwall et Fenn, 1987). Ces éléments permettent, en outre, d'internaliser en partie les effets externes provoqués par les actions des avocats sur la qualité du Droit et la bonne administration de la justice.

Plus volontiers développées par la théorie économique, les analyses portant sur les honoraires mettent en évidence les moyens d'inciter les avocats à fournir le meilleur service au meilleur prix pour leurs clients. Ainsi, dans une situation où le consommateur ne peut réellement apprécier la qualité du service, la réglementation des honoraires constitue pour lui une information sur le coût moyen du service. Elle le protège de ce fait contre d'éventuels comportements opportunistes de la part des avocats résultant de la situation d'aléa moral (Stephen et Burns, 2007, p. 6). Un autre moyen de prévenir ces comportements réside dans

l'interdiction de certaines formes d'honoraires, comme les pactes de *quota litis,* dans lesquels la rémunération de l'avocat est fonction de l'issue de l'affaire[13]. A première vue, un tel honoraire au résultat peut s'analyser comme un mécanisme d'alignement des intérêts incitant l'avocat à fournir le service optimal du point de vue du client. Pour autant, cet alignement s'apparente à une cession partielle de droits litigieux. Or, cette cession peut conduire à un conflit d'intérêts pour l'avocat dès lors que celui-ci ne doit pas avoir d'intérêt propre dans l'affaire[14].

Les conséquences de l'aléa moral peuvent aussi être réduites :

(i) par la réglementation des structures de propriété des entreprises de services professionnels (Fama et Jensen, 1983) : propriétaires de leurs cabinets, les avocats sont ainsi les bénéficiaires résiduels des fruits de leur travail, ce qui les incite à fournir les services de meilleure qualité et à surveiller leurs partenaires. Matthews (1991) considère ainsi que la structure en responsabilité illimitée et les restrictions sur la détention du capital sont les incitations les moins coûteuses et les plus efficaces pour discipliner les comportements.

(ii) par la réglementation sur la publicité qui, outre qu'elle protège le consommateur contre la publicité mensongère, participe de l'alignement des intérêts de l'avocat sur ceux de son client.

Ex post, une forme supplémentaire de contrôle des prix peut aussi être introduite pour contrecarrer l'aléa moral. Par exemple, le fait que les tribunaux possèdent un pouvoir de révision des honoraires facturés par l'avocat à son client lorsque ceux-ci semblent exagérés au regard du service rendu peut, dans une certaine mesure, s'analyser comme un outil de prévention des comportements opportunistes liés aux asymétries d'information en matière de facturation de services en même temps qu'un remède à ceux-ci.

La théorie économique des défaillances de marché conduit ainsi à légitimer le besoin de réglementation pour pallier les échecs du marché nés des asymétries d'information. Un certain nombre de règles spécifiques existant au sein de la profession d'avocat en France trouve ici une justification économique rationnelle. L'existence d'un bien public – la possibilité pour tous de recourir aux services des avocats – plaide, quant à elle, en faveur des politiques d'aide judiciaire ou des pratiques de modération des honoraires en fonction des revenus des clients.

Enfin, si la logique des défaillances de marché est poussée à son terme, l'autorégulation par un ordre professionnel peut être considérée favorablement. Elle s'analyse alors comme un moyen de limiter au mieux les asymétries informationnelles existant non plus simplement

[13] Interdits dans la plupart des pays européens, les *contingent fees* sont répandus aux Etats-Unis, où certaines dérives ont été constatées. L'avocat prend alors à sa charge les frais de l'action en justice en convenant avec le client que son honoraire sera fixé sur la base d'un pourcentage – souvent important – des montants récupérés à l'issue – positive – du procès. Ce système permet au client de ne verser des honoraires à l'avocat qu'en cas d'issue gagnante au procès. Sous cette forme, le mécanisme des *contingent fees* est interdit en principe dans la plupart des pays européens, mais la pratique d'un honoraire complémentaire est souvent observable et s'étend même aux affaires financées par l'aide juridictionnelle. L'honoraire complémentaire se distingue des *contingent fees* en ce qu'il doit être déterminé avant le résultat de l'affaire.

[14] L'interdiction des pactes de *quota litis* a été, de plus, souvent justifiée comme prévenant, dans une certaine mesure, une augmentation des recours contentieux judiciaires abusifs. Néanmoins, la littérature n'aboutit pas à une conclusion claire sur le sujet. En effet, les pactes de *quota litis* peuvent permettre l'accès à la justice d'individus ne bénéficiant pas initialement des ressources suffisantes pour engager les dépenses juridiques requises par leur affaire, mais anticipant une issue positive leur permettant de couvrir *ex post* les frais d'avocat engagés (cf. un certain nombre de *class actions* aux Etats-Unis). Certains auteurs prédisent de ce fait une augmentation des recours abusifs liée à ce type de rémunération, tandis que d'autres défendent la thèse inverse (Miceli et Segerson, 1991 ; Rubinfeld et Scotchmer, 1993 ; Gravelle et Waterson, 1993 ; Miceli, 1994)

entre l'avocat et ses clients, mais également entre l'Etat (réglementeur) et la profession (réglementée). L'idée est alors que l'ordre, composé d'avocats, cumulant les rôles de réglementé et réglementeur, n'est pas soumis (ou de façon moindre) aux asymétries informationnelles qui affectent et perturbent le fonctionnement optimal du mécanisme de marché (cf. *infra*). En d'autres termes, parce qu'il est composé d'avocats informés sur les conditions réelles de l'exercice de la profession ainsi que sur les compétences et l'effort individuels requis dans ce cadre, l'ordre est en mesure de contrôler plus efficacement l'activité de ses membres que ne peut le faire une autorité de régulation externe. Sur ces fondements, la vision traditionnelle de l'analyse économique du droit est de façon générale relativement favorable à l'autorégulation, conçue comme « plus proche » d'un mécanisme de marché (décentralisé) que ne le sont les formes de régulation administratives centralisées (publiques).

1.3. Réglementation professionnelle et cartellisation

Caractérisant les services professionnels comme étant à l'origine d'asymétries d'information, d'effets externes et participant au maintien d'un bien public reconnu d'intérêt général, la Commission devrait conclure logiquement au besoin de réglementations strictes pour favoriser la bonne prestation de ces services. Mais ses propositions sont plutôt opposées à la réglementation. En effet, si elle « reconnaît qu'une partie des règles appliquées dans ce secteur se justifient », elle estime néanmoins que « dans certains cas, des mécanismes plus favorables à la concurrence pourraient et devraient être appliqués » (Commission, 2004, p. 5). Elle énonce toute une série de recommandations favorables au démantèlement des réglementations existantes au sein des professions, dans la droite ligne des politiques de concurrence européenne standards (Encaoua et Guesnerie, 2006).

Ces recommandations de déréglementation sont largement tributaires d'une conception de l'ordre comme un cartel de producteurs. Alors que l'existence des défaillances de marché plaide en faveur d'une réglementation et de l'autorégulation de la profession par un ordre, l'ensemble des règles existantes organisant la profession d'avocat est interprété *a priori* par la Commission comme le résultat de comportements de collusion destinés à l'obtention ou la protection d'une rente.

1.3.1. L'ordre des avocats conçu comme un cartel…

Les cartels, ou ententes horizontales restrictives, apparaissent lorsque plusieurs firmes concurrentes se coordonnent, selon des modalités diverses [15], pour réduire l'intensité concurrentielle sur le marché. L'ordre des avocats est ainsi conçu comme une collusion entre les cabinets d'avocats, vus eux-mêmes comme des entreprises, collusion ayant pour but d'organiser une résistance à la pression concurrentielle du marché[16]. Le cartel se manifeste généralement par un rationnement de l'offre et une augmentation du prix sur le marché au-dessus du prix de concurrence pure et parfaite – situation dénoncée par la Commission dans le cas des professions libérales. Des modalités plus subtiles de restriction de la concurrence sont

[15] Le cartel est parfois défini comme un accord formel, parfois comme un accord tacite (Médan et Warin, 2000, p. 203). Dans le second cas, malgré l'absence d'entente explicite entre les producteurs, chacun réduit sa production en anticipant que les autres feront de même : la collusion est lors qualifiée de parallélisme de comportement.

[16] La Commission retient ainsi *a priori* l'hypothèse économique la plus étroite d'agents économiques mus par la recherche de leur intérêt monétaire. La littérature sur le professionnalisme, la déontologie et les motivations éthiques des avocats n'est pas mentionnée, sinon de façon très ponctuelle, évacuant de fait toute réflexion sur les objectifs de l'Ordre professionnel.

également envisageables. Par exemple, les entreprises du cartel peuvent s'entendre pour fixer des quotas de production, se répartir la clientèle sur une base territoriale, établir des conditions générales de vente communes favorables, etc.

Théoriquement, l'objectif des membres du cartel n'est pas de maximiser leur profit propre mais celui du cartel, dit aussi profit joint, qu'ils se partagent selon des modalités prévues à l'avance et qui peuvent différer de la contribution individuelle de chaque membre au profit du cartel. Ce faisant, le cartel se comporte comme un monopole. Cette situation entraîne de façon générale – à quelques exceptions près que nous expliciterons plus loin – une perte de bien-être pour les consommateurs, qui payent un prix supérieur à celui, théorique, de concurrence parfaite. L'équivalent d'une rente de monopole est alors appropriée par les membres du cartel.

1.3.2. … et les réglementations comme des accords collusifs

Concevant l'ordre comme un cartel, la Commission en déduit logiquement que les réglementations professionnelles, émanant pour la plupart de l'ordre, sont le fruit explicite de l'accord passé entre les avocats pour réduire la concurrence sur le marché. Elle déploie alors les outils traditionnellement utilisés par la politique de concurrence, relevant du corpus de l'économie industrielle : les limitations à l'entrée dans la profession ou à la prestation de certains services sont analysées comme autant de « barrières à l'entrée » et les réglementations des honoraires, de la publicité et des structures de propriété sont autant de moyens de restreindre la concurrence afin d'obtenir une rente de situation.

La définition des conditions d'accès à la profession, en termes de qualifications et compétences, est le moyen de barrer ou de restreindre l'entrée sur le marché. Dans cette logique, il en résulte un nombre d'avocats plus faible que celui théoriquement atteignable en concurrence pure et parfaite. La situation de rationnement de l'offre de services qui en découle permet aux avocats d'accroître leurs prix, l'offre étant inférieure à la demande. Les monopoles – comme ceux conférés aux avocats français concernant l'assistance, la représentation, la postulation et la plaidoirie devant les juridictions – et autres « tâches réservées » participent aussi de cette restriction à l'entrée sur certains segments du marché. La Commission européenne considère en effet que ces droits exclusifs constituent une entrave à la concurrence, puisqu'ils empêchent des non-avocats de défendre des affaires devant des juridictions[17].

Si le monopole de la représentation et de la plaidoirie semble toléré car visant l'intérêt général, la postulation, c'est-à-dire l'exercice exclusif devant le TGI dans le ressort duquel est établie la résidence professionnelle de l'avocat, est clairement dénoncée comme une forme de répartition des marchés sur une base géographique menant à des monopoles locaux[18]. La pratique de l'inscription à des barreaux géographiquement définis est, logiquement, elle aussi considérée comme une atteinte à la concurrence puisqu'elle réduit la mobilité des avocats. Le coût social de ces barrières est mis en avant, à travers l'analyse de la perte sociale sèche liée à la rente des producteurs installés.

[17] Or la CJCE a jugé qu'il ne s'agit pas, en la matière, d'une prérogative de puissance publique (CJCE 21 juin 1974 – arrêt Reyners) ; les avocats sont donc soumis au principe de concurrence dans ce domaine.

[18] Devant la CJCE, le gouvernement français a argué que la procédure mise en état dans le Nouveau Code Civil nécessite un contact direct entre le magistrat chargé de l'instruction et l'avocat, avec une présence continue de l'avocat auprès de la juridiction. La CJCE a rappelé que cette obligation ne saurait faire obstacle aux dispositions du Traité (qui autorise une multiplicité d'installation à travers les pays européens). Elle a aussi précisé que le principe de postulation ne s'applique pas à la prestation de service effectué par un ressortissant communautaire établi dans un autre Etat membre (CJCE 10 juillet 1991 - affaire C-294/89).

La réglementation des honoraires est également traitée par le biais des outils standards de l'économie industrielle. La Commission perçoit en effet cette dernière comme une forme d'entente sur les prix entre les membres du cartel. La centralisation d'informations sur les barèmes d'honoraires et leur diffusion à l'ensemble des membres de la profession et au public sont interprétées comme des pratiques de fixation concertée des prix. En théorie, celles-ci empêchent les avocats les plus performants de mettre en place une concurrence par les prix. Dès lors, la réglementation des honoraires nuit à la recherche de l'efficacité économique maximale et à l'effort d'innovation[19]. Il convient logiquement de lutter contre ces formes d'ententes en prix. C'est sur la base de cet argument que les autorités de la concurrence françaises ont de façon récurrente condamné plusieurs barreaux pour leur pratique de barèmes indicatifs d'honoraires pour les consultations et prestations judiciaires et juridiques (que ce soit sous la forme de fourchettes, de prix minimum ou de montants fixes). Alors que les défenseurs de ces barèmes ont mis en évidence l'accroissement d'information des justiciables et la transparence en matière de prix qui en résultent, le Conseil de la concurrence français a considéré que leur pratique constituait en réalité une entente illicite sur les prix et a rappelé que les honoraires devaient être fixés librement selon la fonction de coût propre à chaque cabinet[20].

Les principes institués par l'ordre des avocats concernant les formes et supports de publicité personnelle autorisés pour les cabinets sont également aisément imputables aux comportements collusifs visant à gêner la transparence du marché. Ils sont ainsi pointés du doigt par la Commission au motif qu'ils permettent potentiellement aux membres du cartel d'exploiter collectivement et individuellement les asymétries informationnelles au détriment des consommateurs. Si les règles en matière de publicité ont été assouplies en France depuis 2005, la publicité comparative, par exemple, reste interdite, créant, selon la Commission, une opacité dommageable quant aux services existants et aux prix pratiqués sur le marché.

Enfin, la réglementation sur les structures d'exercice autorisées est également contestée comme portant atteinte à la concurrence sur le marché. Les conditions spécifiques dans lesquelles peut s'effectuer un travail multidisciplinaire et celles limitant l'ouverture du capital des cabinets sont analysées comme limitant arbitrairement les possibilités de collaboration, entre les avocats eux-mêmes et avec les membres d'autres professions. Cette situation est analysée comme freinant l'innovation et induisant des coûts supérieurs à ceux théoriquement possibles en concurrence parfaite, détournant par conséquent de la recherche de l'efficacité économique. Le raisonnement économique sous-jacent est, là encore, typique de l'économie industrielle. Les bénéfices attendus de la multidisciplinarité et de l'ouverture du capital sont en effet censés résulter de l'exploitation d'économies d'échelle, d'envergure et de spécialisation tels qu'ils sont observables dans d'autres secteurs d'activité.

Une entreprise réalise des économies d'échelle lorsqu'en augmentant son volume de production, elle parvient à réduire son coût unitaire. On parle ainsi d'économies d'échelle si le coût de chaque service juridique rendu diminue avec l'accroissement du nombre de cas ou d'affaires traités par l'avocat. La recherche d'économies d'échelle, facteur d'efficacité économique, favorise la concentration puisque, clairement, la taille du cabinet joue ici un rôle moteur. La source des économies d'échelle est supposée provenir alors de la mutualisation d'infrastructures et de services communs (recherche et documentation, secrétariat,

[19] Notons qu'il n'est pas fait de différence entre barèmes de prix indicatifs et obligatoires, les deux semblant, en pratique, avoir des effets proches sur les prix réels du marché (Arnould, 1972 ; Stephen et Love, 1999).

[20] Cf. la condamnation du barreau de Grenoble en 1998, pour diffusion de barèmes indicatifs entre 1992 et 1994 ayant conduit à une hausse des honoraires allant jusqu'à 80% sur la période ; ou celle du barreau de Nice en 2001, pour la diffusion d'honoraires d'usage pratiqués et de recommandations concernant les honoraires d'avocats en 1990 et 1994.

exploitation de systèmes informatiques, etc.) : le coût des « équipements » est de ce fait étalé sur une production plus importante. De telles économies d'échelle ont plusieurs conséquences. Elles peuvent d'une part bénéficier directement à l'entreprise : cette dernière peut en effet maintenir le prix de ses services inchangé et alors élever le bénéfice réalisé sur chaque unité produite (différence entre le prix facturé au client et le coût de production du service). Elles peuvent d'autre part conduire à l'accroissement du nombre de services et à la réduction des prix. Dans cette perspective – qui semble plutôt celle de Commission – les économies d'échelle peuvent bénéficier au consommateur par le biais d'une concurrence en prix renforcée.

Les économies d'envergure proviennent, quant à elles, de l'existence de productions jointes. Elles caractérisent les situations dans lesquelles il est moins coûteux de produire plusieurs services à l'intérieur d'une structure unique plutôt que de faire produire chacun de ces services séparément par plusieurs firmes. Les économies d'envergure sont alors invoquées en faveur de la multidisciplinarité : la réunion de plusieurs professions au sein d'une même structure – sous forme de guichets uniques par exemple – permet théoriquement, là encore, d'étaler le coût des équipements sur un ensemble plus vaste des services offerts.

La réalisation d'économies d'envergure peut cependant être contradictoire avec l'exploitation d'économies de spécialisation. Un arbitrage doit donc être effectué entre les deux types d'économies. La spécialisation des tâches à l'intérieur d'un cabinet favorise en effet l'efficacité économique et plaide en faveur de cabinets mono-disciplinaires. En théorie, la supériorité d'un type d'économie sur l'autre dépend de la manière dont s'effectue la production – et donc du type de bien produit – et des coûts associés. En dépit de l'absence d'arguments empiriques probants pour étayer son analyse, la Commission recommande malgré tout l'émergence de structures multidisciplinaires. Un argument à l'appui de cette recommandation peut être trouvé dans l'analyse de Stephen et Burns (2007) : dans un cabinet spécialisé, les gains issus de la spécialisation sont à apprécier au regard du risque supporté en raison de la mono-spécialisation. Celle-ci empêche en effet la répartition du risque sur plusieurs activités, rendant le résultat plus sensible à la conjoncture économique globale. De plus, des économies de spécialisation, certes plus faibles, sont également réalisables dans les structures multidisciplinaires, qui offrent dès lors l'avantage de combiner économies de spécialisation et mutualisation du risque.

1.4. Les recommandations de la Commission : libéralisation et déréglementation

Ainsi, à chacune des réglementations instituées au sein de la profession, la Commission fait correspondre une recommandation relativement univoque de déréglementation.

Si elle reconnaît que la régulation de l'entrée de la profession contribue à assurer la qualité des services, elle recommande pourtant la levée des restrictions diverses. Elle invite ainsi à réduire le niveau des exigences posées à l'entrée de la profession au strict nécessaire et à les éliminer lorsqu'elles sont disproportionnées à la complexité des tâches effectuées. L'effet attendu est un accroissement de l'offre de services, et notamment du nombre d'avocats, favorisant ainsi la réduction des prix. Stephen et Burns (2007) constatent ainsi effectivement une augmentation significative du nombre de *solicitors* en Angleterre, au Pays de Galles, en Irlande et en Ecosse, à la suite de l'ouverture à la concurrence du marché dans les années 1980 – cette augmentation devant cependant être rapportée à l'évolution de la population globale dans les différentes juridictions. L'allègement des restrictions à la mobilité géographique des avocats est également censé produire des effets similaires. Plusieurs études américaines ont ainsi souligné que l'absence de mobilité géographique entre barreaux locaux

aux Etats-Unis limitait visiblement le nombre d'avocats et leur permettait d'obtenir des revenus élevés (Pashigian, 1979 ; Kleiner, Gay et Green, 1982).

La levée de la réglementation des honoraires est, elle, censée accroître la concurrence par les prix et, de ce fait, augmenter l'efficacité (par rapport aux coûts) et l'innovation (Arnould et Friedland, 1977 ; Stephen et Love, 1999). Les restrictions instituées sur la publicité doivent elles aussi être réduites à la stricte protection du consommateur contre la publicité mensongère. La Commission s'attend à des effets favorables d'une levée des restrictions à la publicité sur la transparence du marché. La publicité permet en effet d'informer simultanément un grand nombre de consommateurs et de réduire par conséquent la dispersion des prix. Elle est de ce fait censée augmenter l'intensité de la concurrence et accroître l'efficacité économique. Benham et Benham (1975) ont par exemple mis en évidence que la levée des restrictions à la publicité sur le marché professionnel des optométristes américains s'est accompagnée d'une diminution des honoraires. Enfin, la Commission recommande l'ouverture du capital des cabinets d'avocats aux non-avocats et est favorable, on l'a vu, à la création de guichets uniques pour les professions libérales, tout particulièrement dans les zones rurales. Elle en anticipe des effets positifs sur l'innovation juridique et une efficacité accrue par rapport aux coûts.

Partant du domaine de l'économie publique traditionnelle et de ses arguments en termes de défaillances de marché, la Commission adopte ainsi finalement le raisonnement typique des travaux d'économie industrielle à partir des années 1970, mettant en avant les comportements de capture des autorités réglementaires par des groupes d'intérêt et les industries réglementées. Dès lors, ce qui est exploité positivement par l'économie publique n'est interprété que de manière négative par la Commission. Autrement dit, les avantages des règles existantes ne sont jamais valorisés par la Commission, qui n'en voit que les coûts en termes de réduction de la concurrence.

Or, passé le constat d'un « dévoiement » des réglementations à des fins privées, la Commission ne s'interroge nullement sur le bien-fondé du maintien des réglementations existantes au regard des coûts qu'occasionnerait leur absence. En d'autres termes, si l'argument d'une utilisation privée des réglementations est recevable, il n'en demeure pas moins que les défaillances de marché perdurent. La promotion du principe de concurrence marchand ne peut donc en aucun cas être satisfaisant : dès lors que les défaillances de marché (notamment les asymétries informationnelles) n'ont pas disparu, on conçoit mal comment et pourquoi le marché « rendu à lui même » – et donc à ses défaillances – pourrait désormais s'autoréguler efficacement. Déréglementer équivaut alors à un retour aux échecs du marché. Il devient nécessaire, dans ces conditions, de rechercher des modes et éventuellement des contenus réglementaires qui, s'ils peuvent être différents de ceux existants, n'en demeurent pas moins nécessaires. Un tel manque d'interrogation et de suggestion de la part de la Commission résulte d'une lecture partiale, partielle et datée de la littérature économique théorique comme empirique.

2. Une lecture partiale et partielle de la littérature économique

Les rapports de la Commission empruntent successivement certains raisonnements traditionnels de l'économie publique et de l'économie industrielle, aujourd'hui relativement datés, occultant leurs développements plus récents. Considérer ces derniers aboutit à des conclusions nettement moins simplistes et plus nuancées que celles qui transparaissent dans les recommandations de la Commission.

2.1. Une analyse caricaturale des apports de l'économie publique

2.1.1. L'impasse sur les développements récents de l'économie publique

Lévêque (2004) présente la chronologie des différentes écoles de la réglementation en économie publique de la façon suivante :

(1) L'économie publique traditionnelle justifie la réglementation par l'existence de défaillances du marché, principalement les asymétries d'information et les effets externes – c'est, nous l'avons vu, le point de départ de la Commission. L'économie publique traditionnelle assimile néanmoins l'autorité chargée de régulation (ou réglementeur) à un planificateur parfait uniquement préoccupé par l'efficacité économique.

(2) L'économie politique de la réglementation rejette cette conception du réglementeur et y substitue celle d'une autorité de régulation soumise à l'influence de groupes d'intérêt privés. La réglementation n'est alors plus instituée dans un objectif d'intérêt public et, à ce titre, l'autorité de régulation doit être supprimée. Cette conception, nous l'avons vu, inspire nettement l'hypothèse de la Commission selon laquelle l'ordre se comporte comme un cartel.

(3) Mais l'économie publique ne s'est pas arrêtée là. La nouvelle économie publique emprunte aux deux écoles précédentes. Reconnaissant l'existence de défaillances de marché et le besoin de réglementer pour y faire face, elle y ajoute la possibilité de défaillances de la réglementation elle-même. Elle ne néglige donc pas l'influence des groupes d'intérêt sur la réglementation, et introduit de plus l'idée d'une asymétrie d'information entre réglementeur et réglementé – le premier est en effet dépendant des informations fournies par le second. Considérant l'ensemble des défaillances, l'objectif est d'aboutir au meilleur résultat possible compte tenu de l'existence de diverses contraintes qui empêchent de parvenir à une solution parfaitement efficace (ce que la théorie économique définit comme un optimum de second rang). La nouvelle économie publique propose alors différentes solutions empruntant aux travaux des théories des contrats et des incitations (cf. *infra*).

(4) Enfin, l'école institutionnelle de la réglementation situe la source de la réglementation dans les coûts de transaction, c'est-à-dire les coûts de recours au marché. L'efficacité économique passe par une minimisation de ces coûts ; les différentes solutions réglementaires sont comparées en fonction de ce critère, aucune n'étant postulée *a priori* comme préférable à une autre. Alors, suivant les caractéristiques du marché étudié, l'école institutionnelle prescrit l'absence ou la nécessité d'une réglementation, le recours à l'autorégulation (par le corps professionnel par exemple) ou à l'hétérorégulation (par une autorité publique indépendante) etc. (sur ce dernier point, cf. *infra*)[21].

[21] Cette typologie concerne seulement les travaux portant spécifiquement sur la réglementation, mais ne couvre pas la totalité des recherches en économie sur les règles. Elle doit de ce fait être complétée par une cinquième série de travaux : ceux de l'économie politique institutionnaliste. A partir d'un élargissement de l'hypothèse de rationalité qui vient combler le manque évoqué dans la note 16 et mettre l'accent sur les compétences interprétatives des agents, l'économie politique institutionnaliste explique l'existence d'autres institutions que le marché par la nécessité d'effectuer un arbitrage entre une pluralité de formes de coordination associées à différentes visées et prétentions normatives. La viabilité des configurations réglementaires passe par la prise en compte de contraintes de légitimité ; l'effectivité des règles est évaluée à l'aune de leur capacité à combiner efficacité et équité. L'attention portée à l'ajustement des jugements nécessaire à la coordination des actions

Dans ses emprunts à l'économie publique, la Commission s'est ainsi arrêtée aux deux premières écoles. Reconnaissant l'existence de défaillances de marché, elle adopte dans le même temps la vision d'autorités de régulation soumise aux intérêts privés. Ce faisant, elle fait l'impasse sur les autres approches qui définissent les caractéristiques des solutions de second rang en situation d'asymétrie d'information et d'incertitude (nouvelle économie publique) et analysent les différentes solutions réglementaires en termes de coûts de transaction (économie institutionnelle de la réglementation). Ce sont quelques unes de ces solutions que nous allons présenter dans la suite de cette section.

De plus, sur les marchés de biens « traditionnels », les analyses économiques favorables à la déréglementation et à l'ouverture à la concurrence se sont accompagnées d'une réflexion sur les modalités nouvelles de la régulation – la suppression des anciennes formes de réglementation (la « déréglementation ») précédant un processus de régulation sous des formes nouvelles (qualifiée quelquefois de « re-réglementation »). Ainsi, la création de régulateurs sectoriels, spécialisés dans un secteur et poursuivant uniquement des missions de réglementation, a accompagné l'ouverture à la concurrence des monopoles historiques en Europe et aux Etats-Unis, en complément de l'action des autorités de la concurrence. Or aucune réflexion de ce type ne semble aujourd'hui menée par la Commission concernant les marchés professionnels : cette dernière ne propose qu'un allègement des réglementations en vigueur, sans questionnement sur la nature autorégulée des marchés professionnels et des modalités de régulation nouvelles de la profession.

2.1.2. Un recours inexact à la théorie des contrats

La théorie des contrats, qui relève de ce qu'on appelle plus globalement « l'économie de l'information », est un domaine de l'analyse économique qui s'est considérablement développé depuis les années 1970. A travers des modèles aujourd'hui fort nombreux et recouvrant une grande diversité de situations, elle vise à rendre compte des interactions stratégiques entre des agents ayant généralement une information différente. Etant donné que la première caractéristique des services juridico-judiciaires relevée par la Commission est la double asymétrie d'information dont ils sont porteurs, la théorie des contrats offre un cadre d'analyse pertinent de la relation avocat-client. Celle-ci est alors figurée par un contrat passé entre les deux parties, l'avocat possédant une information (sa compétence, son effort) que le client n'a pas – ce qu'on a qualifié d'aléa moral. L'objectif de la théorie est de trouver les propriétés que doit revêtir ce contrat pour contrecarrer les effets néfastes des asymétries d'information. Ce contrat peut être explicite (faire l'objet d'un document écrit) ou implicite (l'adoption d'une norme de comportement).

Considérant ce dernier cas, les modèles récents de la théorie des contrats analysent le rôle de la réputation pour faire face à l'aléa moral entre l'avocat et son client[22]. Celui-ci, rappelons-le, implique de rechercher comment inciter l'avocat à prendre la décision optimale pour son client. La réputation est un moyen de le faire, à travers le mécanisme suivant : l'avocat qui met en œuvre un service de mauvaise qualité verra sa réputation décroître, ce qui diminue d'autant la probabilité d'attirer de nouveaux clients. S'il veut avoir une bonne réputation, l'avocat a dès lors intérêt à fournir le meilleur service pour son client. Ce mécanisme offre l'avantage d'être implicite et ne nécessite donc aucun support formel pour

---

conduit à mettre au premier plan les attentes des agents en matière de *qualité*. Cette perspective, plus attentive aux apports de la socio-économie, sera mobilisée dans les quatre analyses suivantes.

[22] Le rôle de la réputation a été introduit par Kreps (1990). Sur la théorie des contrats, cf. Laffont et Tirole (1987, 1993), Salanié (1994) et Bolton-Dewatripont (2005).

être mis en œuvre. Il n'est cependant suffisant pour discipliner le comportement de l'avocat que si trois conditions sont réunies :

(i) la qualité des services d'un avocat peut être évaluée par le client *ex post* ;

(ii) l'achat de ces services est régulier – offrant ainsi la possibilité pour le client de changer d'avocat s'il n'est pas satisfait ;

(iii) l'information sur la qualité des services (et donc des avocats) circule facilement.

Dans son second rapport (2005), la Commission relève implicitement cet argument, sur la base duquel elle propose de distinguer deux types de clientèle :

(1) Les « utilisateurs occasionnels », comme les ménages, pour lesquels la réputation a un effet très limité pour faire face à l'aléa moral. Ces clients sont en effet caractérisés par un manque d'information et d'expertise pour juger, tant *ex ante* qu'*ex post*, de la qualité des services, ce qui ne permet pas de soutenir un effet de réputation. Ils « peuvent [donc] avoir besoin d'une protection mieux ciblée » (Commission, 2005, p. 6).

(2) Les (grandes) entreprises et le secteur public, au contraire, ont régulièrement recours aux services d'un avocat, *via* généralement des juristes internes mieux à même de juger de la qualité des services fournis. Les conditions semblent ici réunies pour que le souci d'acquérir ou de maintenir leur réputation discipline le comportement des avocats. Ces segments de clientèle « peuvent [donc] davantage se passer de protection réglementaire » (*ibid.*)

Les autres utilisateurs, en particulier les entreprises qui n'ont pas régulièrement recours aux services d'avocats ou celles qui n'ont pas recruté de juristes en interne afin de déterminer et négocier leurs besoins en ces services, ne trouvent pas leur place dans une telle distinction. Elles partagent en effet des caractéristiques avec les deux catégories de clientèle mises en évidence, ce qui rend impossible toute conclusion claire quant à leur besoin de protection réglementaire. La Commission est de ce fait bien obligée d'admettre que « la situation des petites entreprises n'est pas tout à fait claire à cet égard » (*ibid.*). Cette difficulté est symptomatique du manque de robustesse de la distinction proposée par la Commission, qui n'a pas de fondement réel en théorie des contrats.

En fait, les conditions dans lesquelles opère l'effet de réputation ne dépendent pas du type de clientèle – du type d'agent économique – mais du type de bien échangé. Il est en effet nécessaire (condition (i)) de pouvoir évaluer la qualité du service *ex post*. Un bien dont on ne connaît pas *a priori* certaines caractéristiques (dont la qualité), que l'on peut néanmoins évaluer après l'achat, est qualifié de « bien d'expérience ». Lorsqu'on ne peut même pas évaluer la qualité du bien après achat, on parlera de « bien de confiance » (cf. *supra*). L'effet de réputation n'opère que sur les biens d'expérience et ne peut être mis en œuvre pour les biens de confiance.

Ce que suggère la distinction opérée par la Commission est que pour les « utilisateurs occasionnels », les services juridico-judiciaires s'apparentent à des biens de confiance, alors que pour les grandes entreprises et le secteur public, ils relèvent plutôt de la catégorie des biens d'expérience. Toutefois, certains services ne sont sollicités qu'en de rares occasions par les grandes entreprises (cas de la faillite par exemple), alors que d'autres peuvent être régulièrement nécessaires pour un ménage (comme de recourir chaque année à un avocat pour remplir sa déclaration d'impôt sur la fortune).

A partir du concept d'asymétrie d'information, ce n'est donc pas une typologie des clientèles qu'il faut construire pour argumenter du besoin ou non d'une protection règlementaire, mais mener une analyse en profondeur des différents types de services offerts par les avocats afin d'identifier lesquels sont porteurs des asymétries d'information les plus

néfastes. Les différents résultats de théorie des contrats, incluant le rôle de la réputation, pourront alors être correctement invoqués et fonder la recherche de solutions applicables au marché des services juridico-judiciaires.

2.2. Une analyse incomplète et partiale des comportements de cartel

2.2.1. Les conditions théoriques et empiriques d'émergence et de stabilité d'un cartel

On a vu que la Commission recourt aux idées de l'économie politique publique selon lesquelles les réglementations sont soumises à l'influence d'intérêts privés, et qu'elle propose dans cette droite ligne d'analyser le comportement de l'ordre comme celui d'un cartel, ce qui lui permet de recourir alors aux outils de l'économie industrielle. Ce faisant, elle néglige cependant des avancées importantes, dans ce dernier domaine, sur la compréhension de la constitution et du comportement des cartels.

D'un point de vue purement théorique, la conception de la Commission se heurte à deux écueils. Déjà, la formation du cartel pose un certain nombre de problèmes. En effet, chaque entreprise a intérêt à ce que les autres forment un cartel sans y participer elle-même, de façon à bénéficier des prix élevés suscités par la situation de cartel sans être contrainte par les exigences de ce dernier (Stigler, 1950). Ainsi, si chaque avocat a intérêt à ce que l'ordre – en supposant qu'il se comporte comme un cartel – existe, aucun n'a intérêt à en faire partie.

Mais surtout, la stabilité du cartel, visiblement supposée acquise par la Commission, peut également s'avérer problématique, ainsi que l'ont montré les analyses récentes menées en théorie des jeux. Les membres du cartel sont en effet dans une situation typique de ce que l'on appelle « le dilemme du prisonnier », abondamment étudié : s'ils ont tous intérêt individuellement à ce que les autres membres respectent l'accord du cartel, chacun a intérêt à ne pas respecter cet accord, et cela quel que soit le comportement des autres. Supposons ainsi qu'un ordre d'avocats, en tant que cartel, impose des barèmes de prix élevés, chaque avocat a intérêt à dévier de ce barème et proposer un prix inférieur, espérant ainsi attirer une clientèle plus nombreuse. Un certain nombre d'études empiriques mettent ainsi en évidence que, lorsqu'il existe des prix recommandés par un barreau, la variation autour de ce prix est importante, un nombre élevé d'avocats préférant fixer un prix inférieur (Stephen,1993 ; Shinnick, 1995).

Au final, d'un point de vue théorique, les accords de cartel s'avèrent difficiles à constituer et surtout très instables, cette instabilité s'accroissant avec le nombre de firmes composant le cartel. L'existence et la stabilité du cartel ne sont dès lors explicables que dans certaines conditions spécifiques, non envisagées par la Commission.

Au-delà de ces aspects théoriques, cependant, des cartels sont observables dans la pratique. L'analyse empirique de ces cartels permet alors de déduire les conditions requises pour garantir leur existence et leur pérennité, conditions qu'il est utile d'examiner au regard de la situation réelle des ordres d'avocats en France.

L'observation et la réflexion mettent en évidence qu'un cartel est d'autant plus stable que les conditions suivantes sont satisfaites (Combe, 2005, pp. 122 *sq*) :

(i) le bien produit par les entreprises composant le cartel est homogène ;

(ii) les entreprises sont symétriques (elles sont d'une taille relativement homogène[23], supportent des coûts de production proches, partagent les mêmes anticipations etc.) ;
(iii) l'offre est concentrée – aux mains d'un nombre limité d'entreprises ;
(iv) les barrières à l'entrée sur le marché sont élevées ;
(v) la demande pour le produit offert est peu sensible aux variations de prix ;
(vi) le marché facilite les échanges d'information sur les prix et les quantités.

Si l'on examine ces conditions sur le marché des services juridiques et judiciaires, on constate aisément que certaines d'entre elles ne sont pas satisfaites, d'autres étant assez peu appréciables compte tenu de l'état actuel des données disponibles sur la profession :

(i) la condition d'homogénéité du service n'est d'abord pas vérifiée ; on observe au contraire différents types de prestations caractérisés notamment par des niveaux de qualité différents et servis sur des marchés et segments de marché différents (*cf.* enquête). Une telle différenciation des services rend difficile d'obtenir un accord de cartel et de le faire respecter, puisque les membres du cartel doivent se coordonner sur plusieurs produits différenciés (ce qui, en termes économiques, est plus coûteux).

(ii) La condition d'homogénéité des firmes est également difficilement tenable. En effet, les grands cabinets employant un nombre élevé de collaborateurs diffèrent, de manière non négligeable, des praticiens individuels (*cf.* analyses 3 et 4). Ces deux modes d'exercice de la profession auront vraisemblablement des intérêts différents, au moins concernant certaines dimensions de leur activité « commune », ce qui est défavorable à la stabilité du cartel. Notons également que l'existence de liens structurels sur le marché entre les membres du cartel (prenant par exemple la forme de participations croisées) aggrave en général le risque de comportement collusif. On peut donc s'interroger sur les effets réels, à terme, de l'ouverture du capital des cabinets, réclamée par la Commission, sur le degré de concurrence des marchés – l'effet obtenu pouvant être contraire à celui recherché.

(iii) Les données disponibles pour la France ne permettent pas d'apprécier rigoureusement la condition de concentration de l'offre, ce qui serait pourtant important pour une argumentation étayée du point de vue de la Commission, et cela sur de nombreux points. Selon les chiffres de l'Observatoire du CNB[24], il y a aujourd'hui un peu moins de 44 000 avocats en France, soit un avocat pour plus de 1300 habitants. Ce chiffre peut paraître faible, notamment par rapport aux autres pays (les Etats-Unis comptent un *lawyer* pour 150 habitants) mais doit être pondéré, pour être pertinent, par le nombre de juristes travaillant en entreprise et celui des autres professions du droit – chiffres dont nous ne disposons pas. De plus, la démographie des avocats montre des disparités ne permettant ni de calculer le degré de concentration de l'offre ni même de définir les marchés pertinents à partir desquels procéder à ce calcul. Une situation d'offre concentrée pour certains types de services ou dans certaines régions n'est ainsi pas à exclure rigoureusement.

(iv) La condition d'existence de barrières à l'entrée élevées semble corroborée sur le marché des services des avocats, en raison des exigences de formation à l'entrée – c'est un élément de la définition même de la profession – et sur certains segments

[23] Une forte asymétrie de taille entre les entreprises peut toutefois favoriser la collusion si un petit nombre de firmes dominent le marché (sont « leaders ») et imposent de ce fait leurs conditions aux autres (les « suiveurs »).
[24] Cf. « Avocats : faits et chiffres – Une profession qui avance », Conseil National des Barreaux, Septembre 2005.

du marché. Ces barrières sont de fait analysées par la Commission comme stratégiquement mises en place par la profession – et non comme des barrières naturelles – et soutenant de ce fait la thèse de comportements de cartel.

(v) La condition d'une faible sensibilité de la demande de services juridico-judiciaires par rapport au prix de ces services doit, comme celle de concentration de l'offre, être approfondie pour le cas français. Les données existantes à l'heure actuelle ne sont pas suffisamment détaillées et satisfaisantes pour valider ou invalider cette condition. En l'état, on ne peut que soupçonner une sensibilité faible pour certains services mais plus élevée pour d'autres.

(vi) Enfin, selon la dernière condition énumérée ci-dessus, les comportements collusifs peuvent paraître favorisés par la présence d'un ordre professionnel sur le marché, car celui-ci contribue à la circulation d'informations, notamment sur les prix et les quantités. Dans ce contexte, des transferts d'information plus intenses sont susceptibles de faciliter l'émergence d'un accord de cartel. De plus, la présence d'un ordre institutionnalisé et légitimé rend plus crédible la menace de sanctions à l'encontre d'un des membres en cas de non-respect de l'accord de cartel. De fait, les sanctions prononcées par l'ordre à l'encontre de ses membres sont applicables de droit, ce qui est rarement le cas dans le cadre de cartels privés et *a fortiori* officieux. En d'autres termes, la stabilité du cartel peut être jugée renforcée par l'autorégulation de la profession.

2.2.2. Comportements de cartel et réglementation de la publicité

L'analyse de cette dernière condition de stabilité du cartel mérite d'être approfondie et mise en relation avec celle, faite par la Commission, de la réglementation en matière de publicité personnelle des avocats. La Commission considère invariablement la publicité comme un moyen d'accroître l'information des consommateurs et, implicitement, de tendre vers la réalisation de la transparence des prix, fondamentale dans le modèle de concurrence pure et parfaite, ce qui lui fait perdre de vue l'idée, pourtant abondamment développée en économie, selon laquelle l'absence de règles sur la publicité favorise les comportements de cartel.

A cet égard, dans l'hypothèse où la présence de l'ordre des avocats facilite les échanges d'informations et favorise de ce fait l'apparition de comportements de cartel, autoriser la publicité sur les prix facilite le contrôle des membres du cartel, l'information sur les prix pratiqués par les concurrents devenant dès lors disponible. La levée des restrictions sur la publicité peut encourager les comportements de cartel et donc produire des effets inverses de ceux recherchés par la Commission.

A l'opposé de la conception positive de la publicité adoptée par la Commission, certains auteurs considèrent la publicité comme étant la source d'une différenciation fictive des produits sur le marché (Galbraith, 1967 ; Solow, 1967). Une dimension importante de la publicité est en effet d'être persuasive – et non pas seulement informative – et de duper les consommateurs. Elle crée alors une différenciation sans fondement réel entre les produits, permettant de freiner ainsi la concurrence. En d'autres termes, selon cette approche, les producteurs se font concurrence essentiellement par la publicité et par la multiplication (fictive) des produits plutôt que par les prix ou la qualité. Autoriser la publicité sous toutes ses formes ne conduira donc pas forcément à accroître la concurrence et à baisser les prix comme le suppose la Commission. Au niveau empirique, d'ailleurs, si certaines études mettent effectivement en évidence un lien entre un niveau élevé d'honoraires et l'existence de restrictions sur la publicité, d'autres études soulignent que ce lien n'est avéré que pour

certaines formes de publicité – en particulier, il faut que la publicité porte essentiellement sur les prix. Or, plusieurs études montrent que la levée des restrictions en matière de publicité sur le marché des services juridiques a conduit à une prédominance de la publicité hors-prix sur la publicité par les prix (Stephen, Love et Paterson, 1994 ; Stephen, 1994 ; Stephen et Love, 1999).

Enfin, la publicité entraîne l'apparition de barrières à l'entrée sur le marché. Les dépenses de publicité forment en effet un coût irrécupérable, qui constitue un obstacle souvent d'une taille suffisante pour dissuader les entrants potentiels sur le marché. Lever toute restriction en matière de publicité peut ainsi créer des barrières à l'entrée, elles-mêmes doublement combattues par la Commission en tant que résultant des comportements de collusion et les favorisant. La Commission n'envisage cependant jamais la publicité comme favorisant les restrictions à l'entrée sur le marché – alors qu'elle met par ailleurs l'accent sur ces restrictions en termes de tâches réservées et de difficultés d'obtention du titre d'avocat – mais la considère au contraire, et de façon systématique, comme un moyen d'accroître la concurrence sur le marché.

La publicité comporte donc (au moins) deux dimensions susceptibles de conduire à des conclusions théoriques opposées et les résultats empiriques divergent selon le type de marché et le vecteur publicitaire considérés. Comme le conclut Tirole (1992, p. 178) « chacune de ces opinions a quelque mérite. Leur pertinence semble dépendre du produit, de la nature de la demande de consommation, et du support de la publicité ». En l'absence de consensus théorique ou empirique pour départager les thèses en présence, on peut donc s'étonner que la Commission privilégie la première thèse sans mention de la seconde et sans analyse complémentaire spécifiquement axée sur les marchés des services juridico-judiciaires.

2.2.3. Les exemptions au droit de la concurrence

L'analyse économique de la concurrence justifie traditionnellement l'exemption de certaines ententes du droit de la concurrence au motif de leurs effets bénéfiques pour le bien-être des consommateurs. Outre certaines formes de restriction verticale, il s'agit notamment des accords de licence et de recherche et développement. Ainsi, selon l'article 81(3) du Traité de l'UE, ces exemptions s'appliquent aux associations d'entreprises promouvant l'amélioration de la production et la distribution des produits ainsi que le progrès technique ou économique, et bénéfiques aux consommateurs. Dès lors, les autorités de la concurrence ne considèrent pas tout accord ou entente entre entreprises comme systématiquement illégaux. Au contraire, certains accords en prix sont autorisés dès lors que leur objectif est de favoriser la concurrence et le bon fonctionnement du mécanisme de marché. C'est, par exemple, le cas de certains accords favorisant les échanges d'informations entre concurrents – y compris sur le prix, dès lors que ces accords ont en pratique des effets pro-concurrentiels. Ces ententes favorables à la concurrence peuvent, par exemple, prendre la forme d'une diffusion d'information comportant des effets positifs pour l'intérêt public ou d'une diffusion d'information en direction des entreprises, dès lors que les échanges d'information entre entreprises renforcent le bon fonctionnement du marché.

Dans ce cadre analytique, il est légitime de s'interroger sur les effets des services rendus par les ordres d'avocats. Ne peut-on par exemple pas considérer, au moins pour certains d'entre eux, qu'ils satisfont les critères d'exemption du Traité ? En d'autres termes, l'hypothèse selon laquelle les ordres professionnels contribuent effectivement au bon fonctionnement du marché, facilitent les transactions sur le marché professionnel – notamment par la préservation de la qualité des services – et exercent ainsi un effet positif sur le surplus des consommateurs, mérite d'être examinée et ne saurait être écartée sans autre

forme d'analyse. Or cette hypothèse n'est jamais examinée par les rapports de la Commission. Au final, si les ententes entre offreurs peuvent effectivement se révéler à l'origine d'une perte sociale sèche et entraîner un coût social, l'analyse économique reconnaît que l'existence de gains éventuels associés à de telles ententes ne peut être écartée *a priori* et sans justification approfondie. L'appréciation globale des effets des ententes requiert donc une analyse coûts – avantages rigoureuse intégrant simultanément l'ensemble des gains et pertes d'efficacité découlant de la cartellisation professionnelle.

A l'appui de cette analyse sur le marché professionnel des avocats, on peut évoquer les conventions d'honoraires types et l'approbation qu'elles ont reçue de la part des associations de consommateurs. Rappelons à cet égard que le Conseil National de la Consommation a participé à l'élaboration d'un modèle-type de convention d'honoraires, approuvé par la plupart des professionnels et organisations de consommateurs. Selon la lecture précédente, les conventions d'honoraires types ne constitueraient plus une manifestation d'entente sur les prix destinée à organiser l'appropriation d'une partie du surplus des consommateurs par les avocats mais, plutôt, un moyen d'accroître la prévisibilité des honoraires pour le client et de réduire ainsi les conséquences négatives des asymétries d'information entre avocat et client. En d'autres termes, la convention d'honoraires s'interpréterait alors, non plus comme un accord en prix défavorable aux clients mais, de préférence, comme un instrument de réduction des comportements opportunistes des avocats. La « sécurité » supplémentaire offerte aux clients par l'intermédiaire de telles conventions d'honoraires pourrait alors se traduire par un accroissement des transactions sur le marché professionnel et bénéficier de ce fait – à l'instar d'un bien collectif – non seulement aux demandeurs de services juridiques, mais également à l'ensemble des avocats.

En définitive, l'utilisation des outils de l'économie industrielle par les travaux de la Commission apparaît donc comme partielle et datée. En effet, comme pour l'économie publique, les avancées récentes de l'économie industrielle ne sont pas exploitées. Ainsi, les apports de la théorie des jeux à la compréhension du fonctionnement et de la stabilité des cartels ne sont pas mobilisés, alors même qu'ils constituent un développement majeur récent de la discipline. Les recommandations en matière de publicité occultent les débats économiques sur les différentes dimensions de cette dernière et risquent de conduire à des résultats à l'opposé de ceux visés par la Commission. Enfin, les avantages potentiels liés à la réglementation ne sont jamais envisagés ni explicités.

2.3. L'autorégulation, une alternative institutionnelle parmi d'autres ?

Les analyses de la Commission sont limitées par l'absence de questionnement sur la forme de la régulation des professions. L'autorégulation y est en effet considérée comme une forme de réglementation « comme une autre », sans examen de sa spécificité éventuelle. Si les formes réglementaires que prend l'autorégulation par la profession sont en effet relativement proches de celles prises par l'hétérorégulation (cf. *supra*), il convient néanmoins de s'interroger sur les éventuels avantages de la première. De nombreux travaux en analyse économique du droit justifient l'autorégulation par les économies qu'elle permet de réaliser en termes de coûts d'information. La profession est en effet supposée mieux apte à contrôler efficacement la qualité et les comportements de ses membres qu'une autre instance qui bénéficie d'informations indirectes. Sur ce point, la Commission n'avance aucun élément d'analyse. Elle évacue ainsi la possibilité d'une évaluation positive de l'autorégulation par

rapport à d'autres formes de réglementation[25]. Les outils qu'elle mobilise à l'appui de son argumentation ne reflètent également jamais la spécificité de la forme institutionnelle qui en fait l'objet (on a vu que les outils standards de la théorie de la réglementation sont utilisés, sans questionnement sur leur pertinence dans des contextes éventuellement différents). L'ordre professionnel est implicitement supposé adopter un comportement analogue à celui de n'importe quelle autre autorité de réglementation : celui mis en avant par l'économie politique de la réglementation. L'autorégulation est ainsi uniquement associée à la manifestation d'un intérêt privé et à un comportement de recherche et de protection de rente, sans référence aux avantages qui pourraient lui être associés.

En outre, une évolution des pratiques d'autorégulation sur les marchés professionnels n'est pas évoquée, alors qu'elle est envisagée par l'analyse économique du droit récente. Ainsi, face au problème de la capture de l'ordre professionnel par des intérêts particuliers, celle-ci suggère que l'intérêt public pourrait être mieux protégé en mettant en concurrence plusieurs autorités d'autorégulation (Ogus, 1995). Une telle approche, sur le modèle de « clubs professionnels », a été appliquée au Royaume-Uni à la suite du processus de libéralisation du marché des services juridiques à l'œuvre depuis trois décennies (Stephen et Burns, 2007, OCDE, 2007). A la fois intéressante au regard de la réforme initiée par la Commission *et* cohérente avec la promotion du mécanisme concurrentiel, cette solution n'est pourtant jamais considérée par cette dernière[26]. Si la Commission instruit à charge contre les réglementations existantes, elle ne propose néanmoins aucune alternative institutionnelle autre que la déréglementation du marché professionnel. Or sur les marchés de biens ayant déjà fait l'objet d'un mouvement de déréglementation (monopoles naturels, biens de réseaux, etc.), la déréglementation s'est accompagnée d'une réflexion sur les nouvelles formes de régulation ou un processus de re-réglementation substituables qui s'est traduite, le plus souvent, par la mise en place d'autorités de régulation sectorielles indépendantes. Rien de tel ne semble proposé à ce jour par la Commission.

Conclusion

Nous avons montré, dans cette première partie du rapport que les réformes envisagées par la Commission sur le marché des services juridiques et judiciaires procèdent d'une démarche contraire aux enseignements de la théorie économique. Présumer en effet d'une amélioration de l'efficacité de ce marché grâce à la déréglementation de la profession relève d'une pétition de principe, infondée scientifiquement. Seule une analyse empirique en profondeur du (ou des) marché(s) et de la profession peut justifier une telle démarche, analyse qui fait clairement défaut à la Commission. Le rapport IHS sur lequel elle fonde ses recommandations a été, à juste titre, très décrié et est pleinement contestable. De nombreux travaux économiques,

25 L'OCDE (2007) reconnaît que « l'autoréglementation permet que des normes de qualité soient énoncées par des professionnels susceptibles d'être mieux informés », mais poursuit immédiatement en notant que « le préjudice causé par les restrictions anticoncurrentielles potentielles peut l'emporter sur cet avantage » (OCDE, 2007, p. 14).

26 Le rapport de l'OCDE (2007) analyse la possibilité d'une telle concurrence entre plusieurs autorités de régulation, au sein d'un mécanisme traditionnel de coréglementation entre les pouvoirs publics et les instances d'autoréglementation. Précisément, un organe indépendant de la profession, soumis au contrôle des pouvoirs publics, est chargé de la réglementation sur le marché ; il peut déléguer ses fonctions réglementaires à différentes instances d'autoréglementation, définissant chacun leurs propres règles de conduite. Les effets sur les règles juridiques obtenues sont controversés (Van den Bergh, 2000 ; Kerber, 2000), mais le rapport suggère un encadrement de la concurrence par un ensemble de normes de qualité minimales de la part des pouvoirs publics. Reste néanmoins à expliciter en quoi un tel ensemble de règles est moins « restrictif » de concurrence sur le marché…

théoriques comme empiriques, offrent d'ailleurs des analyses opposées à celle de la Commission ou offrent des solutions alternatives aux recommandations qu'elle émet. Sans être exhaustifs, nous avons ainsi explicité un certain nombre de travaux récents en économie, occultés par la Commission, qui offrent cependant des pistes de réflexion non négligeables.

- Le recours à la théorie des contrats nous a ainsi permis de mettre en évidence le besoin de construire une typologie des services offerts sur le marché, plutôt qu'une typologie de la clientèle potentielle comme le fait la Commission.
- Les apports en termes de théorie des jeux concernant les conditions théoriques d'apparition et de stabilité des comportements collusifs font douter du bien fondé de la conception, mise en avant par la Commission, des ordres d'avocats comme autant de cartels.
- Les avancées de l'économie industrielle quant à la compréhension empirique des cartels renforcent ce doute. Elles soulignent aussi le manque de données statistiques précises et fiables concernant la profession d'avocat en France, données qui seraient pourtant cruciales pour qu'un certain nombre d'argument puissent être entendus par toute Autorité de la concurrence.
- L'existence de débats, au sein de l'analyse économique, quant à la nature de la publicité fait craindre qu'une déréglementation totale de cette dernière n'aboutisse qu'à des résultats opposés à ceux recherchés par la Commission.
- Le recours à l'analyse économique du droit met en évidence la possibilité pour certaines ententes d'être exemptées du droit de la concurrence et l'absence d'interrogation de la part de la Commission sur l'autorégulation de la profession. Une enquête approfondie des avantages économiques de la réglementation du marché des services juridiques s'avère nécessaire.

ANALYSE 2.
Les coûts cachés de la qualité du travail professionnel : L'entretien de la collégialité et des réseaux sociaux

Emmanuel Lazega et Franck Bessis

L'objectif de ce développement est de montrer que la qualité du travail professionnel et complexe des avocats dépend d'un travail de création et d'entretien, par ces mêmes avocats, de plusieurs réseaux d'échanges sociaux (non marchands) et collégiaux sans lesquels les coûts de leurs services aux particuliers et aux entreprises seraient beaucoup plus élevés et sans lesquels, dans le contexte actuel, la qualité de leurs services diminuerait. Dans un contexte modifié par une mise en concurrence encore plus renforcée entre avocats (et encore plus ouverte entre avocats et d'autres professions) – réformes prévues par Bruxelles – la compétition ne peut que détruire ces réseaux d'échanges sociaux ; elle leur substituerait par là même des mécanismes marchands et des contrôles qualité plus hiérarchiques (fortement inadaptés à la complexité des tâches et à l'incertitude liée au résultat des procédures juridiques)[1].

Dans la mesure où l'élasticité du rapport qualité/prix des marchés des services juridiques (marchés essentiellement « paradoxaux » au sens de White, 2002 et de Favereau et al., 2002) est limitée (surtout pour les particuliers et pour les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle), le processus conjoint de diminution des échanges sociaux (induits par une plus forte concurrence) et de disparition du contrôle collégial de la qualité (induite par une plus forte bureaucratisation) ne peuvent que faire réapparaître au grand jour ces coûts cachés de la qualité. La substitution de mécanismes marchands à ces processus sociaux ne peut donc compter sur une baisse des prix des prestations ; bien au contraire, dans un contexte encore plus marchand, les coûts jusque là cachés ne peuvent qu'être reportés sur la clientèle. A prix plus élevé, le niveau de qualité correspondant ne peut, au mieux, qu'être maintenu constant. A prix constant (celui que la clientèle – surtout particulière – peut payer aujourd'hui), le niveau de qualité ne peut donc que baisser. A son tour, cette baisse ne peut qu'avoir pour conséquence une mise en danger de l'Etat de droit.

1. Collégialité et réseaux sociaux

1.1. Profession et collégialité

Dans une perspective sociologique classique (Weber, 1920), une profession est, entre autres, une structure collégiale dans laquelle les membres d'un corps d'experts, théoriquement égaux dans leur niveau d'expertise mais spécialisés dans des domaines différents, recherchent un consensus entre eux. Les caractéristiques organisationnelles qu'implique cette définition sont les suivantes : 1) une profession utilise et applique une connaissance théorique ; 2) ses membres ont une carrière différenciée en deux étapes au moins, d'apprentissage et de

[1] Dans cette annexe, nous traitons essentiellement des coûts de la qualité liées aux ressources situées au cœur des échanges sociaux. Pour une analyse développée du contrôle collégial, voir Lazega (2001).

pratique, cette dernière découlant d'une forme de titularisation ; 3) bien qu'orientée vers la performance, elle rencontre des difficultés lorsqu'elle doit comparer la performance des spécialistes, d'où l'instauration d'une égalité formelle entre eux ; 4) elle s'autorégule au sens où elle se contrôle elle-même ; 5) elle se donne des méthodes de surveillance de la qualité de la production (échanges d'avis entre collègues, par exemple) ; 6) elle se donne un forum – qui peut devenir un système de commissions plus ou moins complexe et hiérarchisé – où les décisions sont prises collectivement, ce qui peut être à la fois un gage de qualité et d'efficacité lorsqu'il y a beaucoup de connaissances à maîtriser[2]. Ces propriétés sont idéal-typiques, tout comme celles de l'organisation bureaucratique classique. De fait, collégialité et bureaucratie coexistent dans toutes les structures de prise de décision (Waters, 1989).

Dans la forme collégiale, la sélection des représentants officiels de la profession se pratique par élection parmi les membres à part entière et non pas par nomination venue du haut ou du dehors ; la carrière, une fois un membre coopté, est fondée sur la titularisation et l'exercice autonome d'une pratique. Cette carrière avance sous le jugement collectif des pairs en relation avec des critères théoriques substantiels plutôt qu'en fonction de la capacité de respecter les ordres et les règles (Waters, *ibid*., p. 73). L'affirmation d'un leadership, qui peut prendre de nombreuses formes, est plus diffuse et ténue que dans les organisations bureaucratiques. Elle est supposée se fonder sur une plus grande expertise, spécialisée et évaluée par les pairs. Les critères de clôture (exclusion de non-membres par les membres, de membres par les officiels, d'officiels ordinaires par les leaders) se fondent sur la certification. La clôture de la profession est maintenue par le fait de disposer d'un certificat ou d'un plus haut niveau de savoir théorique que les non professionnels.

1.2. Tâches complexes, coordination et réseaux sociaux

Les caractéristiques qui viennent d'être listées sont très formelles et officielles. Elles ne rendent pourtant compte que d'une petite part de l'action collective entre pairs. En effet, malgré les idéologies professionnelles qui mettent l'accent sur l'autonomie individuelle, les membres d'une profession sont, en fait, des entrepreneurs interdépendants qui ont besoin d'accéder aux ressources nécessaires à leur travail. L'observation et les entretiens montrent qu'ils gèrent cette interdépendance, dans leur vie relationnelle, en cherchant à élaborer des contextes dans lesquels ils peuvent trouver et échanger ces ressources le plus facilement possible. Dans le modèle collégial, les relations sociales sont le fondement d'une discipline sociale qui aide les membres à coopérer et, entre autres, à maintenir un haut niveau de qualité. Comme le montrent les témoignages ci-dessous, cette vie relationnelle est riche et complexe. Elle est caractérisée par la constitution de systèmes d'échanges très divers, aussi bien marchands que très personnalisés, cultivant et atténuant la concurrence de statut, dépendant de la constitution de réputations.

C'est dans la nature même de leurs tâches que les sociologues trouvent les racines de cette discipline sociale et relationnelle. Le travail d'un avocat, concevoir des solutions nouvelles à des problèmes souvent complexes, est *knowledge-intensive*, au sens d'un « savoir-dans-l'action » accumulé par l'expérience et reflété par un « jugement sûr » – un terme souvent utilisé par les collègues pour caractériser la qualité du travail professionnel d'un collègue. Pour ce genre de travail créatif, souvent invisible ou peu spectaculaire, les avocats ont besoin de connaissances tacites qui ne peuvent être mobilisées qu'au niveau local, d'une manière décentralisée et personnalisée, auprès d'autres membres individuels de la profession. L'accès à ces connaissances tacites passe par l'échange social (Blau, 1964 ; Lazega, 2006).

[2] Les trois dernières caractéristiques font l'objet de développements dans l'ANALYSE 3.

Contrairement à ce qu'affirment beaucoup de spécialistes des services professionnels, la technologie de l'information et le capital humain ne sont pas suffisants pour assurer un niveau de qualité professionnelle élevé. La construction de bases de données informatiques à l'échelle du cabinet ne résout pas ce problème. Les avocats ne les alimentent pas très bien parce qu'ils gardent pour eux leurs connaissances tacites, qui font partie de leurs ressources les plus précieuses, par ailleurs difficilement codifiables. De plus, le travail accompli seulement en réaction aux exigences du marché n'encourage pas nécessairement l'innovation et la créativité même s'il peut développer une adaptation à court terme. Ceci soulève la question du contrôle de qualité comme processus social, et celle du partage de l'expérience. Cette question relève de l'évaluation par les pairs, un processus que les professionnels considèrent, lorsqu'il est formalisé, comme onéreux, difficile à conduire, et inefficace. Cette évaluation relève donc bien davantage du contrôle social et de la construction de réputations (Bosk, 1979).

1.3. Les réseaux de conseil

Toutes ces raisons conduisent à la nécessité d'entretenir un réseau social avec des confrères et d'entrer dans les échanges sociaux caractéristiques de la profession. Les relations sociales entre collègues sont nécessaires pour partager les connaissances tacites et l'expérience. Blau (1964) a montré que ce partage dépend de l'échange social où les jeux de statut sont importants. Le contrôle social de la qualité du travail professionnel passe notamment par la construction de réseaux informels de conseil. Les avocats interviewés témoignent du fait que l'accès à des connaissances pertinentes et à des prestations de qualité présuppose l'entretien d'un réseau social de pairs, que ce soit en cabinet ou dans le milieu professionnel plus large. Sans réseau de consultation social et informel, pas de prestation de qualité professionnelle. Les échanges informels de conseil entre confrères relèvent le plus souvent de l'échange social et non pas de l'échange marchand. Les avocats ne peuvent pas faire passer ces consultations informelles en frais professionnels. Même si la qualité se protège de manière intra- et inter-organisationnelle, il ne suffit pas de connaître leur chiffre d'affaires et la proportion du chiffre d'affaire consacrée aux frais pour estimer les coûts cachés de l'entretien de la qualité.

Le fonctionnement des réseaux de conseil est inextricablement lié à certaines règles sociales. Les principaux acteurs dans le réseau de conseil d'un cabinet, par exemple, sont ceux qui ont acquis une forme de statut et d'autorité qui leur vaut une certaine déférence. Eux-mêmes ne demandent pas conseil "en dessous" d'eux dans l'échelle du statut social. De même que les professionnels choisissent soigneusement leurs conseillers, la protection de cette expertise et de ce partage de connaissance tacite contre les comportements opportunistes étant aussi une préoccupation permanente. Les réseaux de conseils sont donc hiérarchiques (ils ont même tendance à devenir de plus en plus centraux avec le temps), mais aussi relativement cohésifs : lorsque les membres de leur noyau deviennent relativement inaccessibles, les membres de leur périphérie se consultent entre eux. Ces réseaux de conseil sont eux-mêmes encastrés dans des réseaux de collaboration et d'« amitié ». Le conseil comme ressource cognitive est ainsi un actif très spécifique dont l'échange représente une solution sociale au problème de la production de qualité au travers de la capitalisation sélective d'un savoir socialement autorisé et distribué. Le contrôle qualité est un processus complexe, socialement onéreux.

L'entretien d'un réseau social de conseil, sous-jacent au processus de contrôle de la qualité de la prestation, est corrélé de façon mesurable, positive et significative avec la performance économique mesurée à l'échelle individuelle (Lazega, 2002). L'efficience

économique ressort statistiquement de la relation entre des mesures de performance économique et la position dans les réseaux sociaux liés à l'allocation de connaissances tacites.

Le maintien de ces réseaux de conseil, à la fois au sein du cabinet et dans le milieu de la profession, correspond à un travail de coopération invisible, au long cours, souvent entre concurrents potentiels, et donc aussi à un *coût et à un investissement cachés de l'entretien de la qualité* de la prestation des avocats pour leurs clients[3]. Les réseaux de conseil mettent l'accent sur les interdépendances cognitives et sur la dimension cognitive de cette coopération. Ce sont leurs propres *jugements de pertinence* (portant sur les décisions, les opinions et les actions des collègues) que cette coordination permet de mettre en forme (Lazega, 1992). Ce coût à la fois social et organisationnel est diminué du fait de l'existence d'un ordre. Il n'est pas pris en compte dans les modèles de la Commission et dans le rapport danois. Les avocats qui déterminent leur taux horaire moyen à partir de leurs coûts, peuvent bien intégrer dans ce calcul les charges liées à l'ordre, de même qu'ils reportent sur leur client les montants que leur facturent les postulants et experts qui interviennent sur un dossier. Ces trois sources de frais (ordre, postulants, experts) engendrent cependant à la fois des coûts visibles et des coûts cachés (d'autant mieux cachés que les « visibles » garantissent la possibilité d'une présence de ces trois rubriques dans la comptabilité des cabinets). Au-delà des charges liées à l'ordre, ces coûts cachés résident tout d'abord dans le temps et l'énergie requis pour animer ce dernier (et à côté de celui-ci, l'ensemble des instances représentatives de la profession) ; ensuite, dans les précautions que prennent les avocats pour s'assurer au quotidien de la conformité de leurs pratiques et de celles de leurs confrères aux règles déontologiques. Au-delà de la facturation des postulants et d'autres experts, les coûts cachés associés à ces deux rubriques sont assimilables à des coûts de recherches, de contrôle et/ou de stabilisation de relations professionnelles collégiales.

Les réseaux de confrères constituent ainsi des dispositifs d'entretien de la qualité de la prestation, qui sont à la fois producteurs et produits d'*investissements de forme*. Cette notion vise précisément à rendre compte de ce qui de ce échappe à la fonction de production à partir de laquelle la théorie économique conçoit généralement l'entreprise. Plus précisément, le but de cette notion était tout d'abord d'expliciter sous quelles conditions la main-d'œuvre d'une entreprise pouvait être ramenée à des unités de travail homogène, comme c'est le cas dans la fonction de production. L'observation d'entreprises réelles donnent à voir un ensemble de ressource mobilisé pour transformer le « facteur travail » de manière à l'ajuster aux autres paramètres de l'environnement organisationnel. La prise en compte de ces immobilisations suggérait alors d'élargir la notion classique d'investissement à l'ensemble des opérations de mise en forme. Celle-ci consiste à stabiliser une coordination fondée sur une modalité d'évaluation locale et ponctuelle en la faisant passer d'une reconnaissance singulière, inséparable des personnes entre lesquelles elle s'effectue, à un principe de jugement transposable à d'autres situations, faisant intervenir d'autres personnes. Ainsi élargie, « la formule d'investissement met en balance un coût et la généralité d'une forme qui sert d'instrument d'équivalence et qui est caractérisée par sa stabilité et son extension (domaine de validité) », ainsi que par le degré auquel la forme est objectivée (Thévenot, 1985). L'élaboration d'un label qualité est un exemple d'investissement de forme. Il permet de créer une équivalence entre des (producteurs de) produits et services différents en privilégiant le respect de certains critères de fabrication. Il s'oppose aux critères d'évaluation de la personne

[3] La difficulté sous-estimée de l'entretien de la qualité professionnelle apparaît dans les controverses soulevées par la formalisation de l'évaluation par les pairs (peer review) (Lazega, 2001). Ce contrôle est toutefois nécessaire dans la mesure où la qualité purement marchande ne domine par les transactions de manière systématique, le client ne pouvant que rarement l'évaluer (Karpik, 2007).

qui privilégient les conseils de l'entourage ou la fidélité à une marque. Ces autres principes d'équivalence mettent en jeu des investissements d'une autre nature.

Ces différentes formes de jugement s'accompagnent d'autant de manières de se représenter l'échange social, qui ne se limitent pas à un cadrage marchand. C'est la raison pour laquelle les coûts cachés ne sont pas reportés sur les clients en l'état. L'entretien de réseaux sociaux garants de la qualité de leur service est pour les avocats, de fait, à la fois facteur de coûts traduisibles en termes monétaires et de ressources valorisables. Mais bien souvent l'engagement dans ces réseaux ne trouve pas sa motivation première dans cette évaluation marchande. Une série d'autres finalités interviennent tels que des relations d'amitié, des intérêts de connaissance, la défense de causes dans le cadre notamment des activités syndicales, ou encore plus généralement l'attachement à la profession au regard de la perception de son rôle particulier dans le fonctionnement d'une démocratie. Que cette profession soit réduite à un marché (que l'intensification de la concurrence impose un cadrage marchand à leurs échanges sociaux) et les avocats se conduiront plus systématiquement en agents économiques strictement calculateurs[4].

L'évaluation des effets économiques d'une dérégulation du marché des services juridiques appelle par conséquent une mesure statistique la plus fine possible de l'ensemble de ces coûts cachés. Pour l'heure, nous proposons de terminer cette analyse par un relevé des différentes formes que peuvent prendre ces coûts, ainsi que de la manière dont ceux-ci participent à la qualité des prestations de l'avocat.

2. Les occasions de construire et d'entretenir des réseaux de collègues

On peut appréhender l'importance des échanges et des réseaux sociaux (et des coûts et investissements y afférents) en lien avec les activités suivantes : l'investissement dans des activités extra-cabinets ; les frontières floues du cabinet (pour tenir compte des associations qui fonctionnent comme des cabinets autonomes ou à l'inverse des SCM qui fonctionnent comme des cabinets intégrés) ; la construction de « réseaux » formels ; la recherche de compétences (recrutement / formation, correspondants, confrères) ; la construction de la notoriété (la notoriété prise en soi comme une dimension de la qualité). Le rendement des réseaux sociaux ainsi construits et entretenus peut être apprécié dans l'obtention d'informations sur le marché, dans la comparaison permettant de se situer par rapport aux confrères (échanges d'informations, informations qui circulent et informations qui ne circulent pas et appellent alors des « investissements » plus ou moins importants dans les échanges informels) ; la perception des services rendus par l'ordre ; etc. Nous donnons ici un aperçu rapide de la manière dont les avocats évoquent ces investissements relationnels et ces rendements dans les entretiens que nous avons eus avec eux/elles. Pour cela, nous proposons de faire entendre une suite plus ou moins polyphonique de voix faisant émerger un consensus minimal sur les questions liées au rapport entre qualité des prestations, collégialité et nécessité de coordinations sociales et informelles.

La complexité des coordinations collégiales est un des premiers constats opérés par les avocats interviewés :

[4] Voir Favereau (1997), Chaserant (2000) et Richebé (2002). Un constat similaire a déjà été réalisé en économie de la santé : plus les politiques de santé encouragent un cadrage marchand de la relation médecin-patient, plus les membres de cette professions de la médecine adoptent un comportement strictement rationnel (au sens de la théorie économique. Voir Batifoulier et Gadreau (2006) pour une argumentation théorique et Bloy et *alii* (2008) pour une corroboration statistique.

> « Simplement mettre 80 avocats dans une même pièce et essayer de les faire avancer dans le même sens, c'est TRES compliqué, entre les questions de personnalité, les conflits de pouvoir, les conflits de personne et les problèmes d'ego, c'est très compliqué. » (E15)

Ce constat est important dans la mesure où il rappelle les bénéfices de coordinations informelles et sociales dans un cadre collégial. En interne, au sein des cabinets, mais aussi dans sa carrière, chaque avocat/e se construit un réseau de contacts sur lesquels il/elle s'appuie. Le travail des avocats est un travail relationnel par excellence, qui nécessite l'entretien de réseaux de clients autant que de collègues, même dans le droit des affaires où les clients sont des entreprises.

> « Je suis avocat dans le milieu de la franchise. Mais c'est un milieu qui est un petit milieu. C'est comme dans toutes les branches professionnelles, si vous voulez, si vous allez voir des avocats de construction, ils sont quelques cabinets à se connaître et ils se connaissent par cœur, parce qu'ils se voient en permanence les uns ou les autres, à longueur d'année si vous voulez. MOI c'est un peu pareil. Dans notre monde, euh…dans le monde économique « FRANCHISE », les avocats de franchiseurs, je les connais à peu près TOUS…parce qu'on passe son temps depuis 20 ans à se bagarrer les uns contre les autres. Donc on se connaît. Ce sont des mondes qui sont relativement FERMES, tout au moins ASSEZ identifiés. Le premier vecteur de communication c'est le client en fin de compte, c'est le bouche à oreille. Le bouche à oreille. Un client dans un réseau OU qui connaît qui connaît qui connaît. ÇA c'est quelque chose de TRES important, ça je le constate depuis tout le temps (…). Deuxièmement, je communique beaucoup à travers un fichier de mes clients. Donc j'écris beaucoup, je fais des mailings des machins, pour faire des commentaires de décision, etc. (…) Et les gens se retrouvent ou ne se retrouvent pas dans la problématique qui leur est donnée. Souvent ils diffusent ensuite eux-mêmes parce qu'ils s'y connaissent, à des milieux commerçants. Sans aucun doute, il y a des réseaux qui existent. Donc ça se diffuse comme ça. (…) Je fais une sorte de SURVEILLANCE ou de VIGILANCE judiciaire sur les problématiques qui intéresse la population professionnelle avec laquelle je travaille, et donc je les informe, voilà. C'est la seule stimulation de marché que j'ai, si vous voulez. C'est essentiellement pour ça. J'ai essayé d'élargir un peu dans certains fichiers, entre guillemets prospect, puisque, donc je connais bien les réseaux, donc j'envois dans les réseaux dans lesquels je travaille, si vous voulez. Donc j'élargis un peu l'information. J'écris dans les journaux professionnels ou je réponds à des interviews dans les journaux professionnels ou non professionnels, mais souvent pour des articles sur la franchise, je suis souvent sollicité, on me demande mon avis sur tel ou tel truc, donc je le donne. Donc tout ça, ça fait partie de la COMMUNICATION que j'entretiens de manière très, très permanente, à la fois avec les MEDIAS qui sont sur ce terrain-là, et à la fois avec les RESEAUX et les franchisés qui sont des ACTEURS. »

Ce travail relationnel correspond à une connaissance approfondie du milieu des clients et du milieu judiciaire, et donc à une forte valeur ajoutée dans l'articulation des deux.

> « En fait ce que nous caractérise, c'est la connaissance du milieu, si vous voulez, il ne suffit pas d'avoir les connaissances techniques, MAIS il est important de mettre en CORRELATION la compétence du milieu ET les compétences techniques. Moi depuis que je suis avocat, que je bourlingue dans les différentes radios, télés, presses, journaux, etc…, donc je connais…MA PLUS-VALUE, c'est de connaître les DRH de toutes ces boîtes, de connaître les responsables, les rédacteurs en chef, les machins, etc. Je les connais parce qu'on a tellement de dossiers, qu'on sait comment ils fonctionnent, etc. Donc on a…Quand les gens viennent nous voir et qu'ils nous parlent de leurs difficultés avec tel ou tel, on peut, on est en capacité de dire « Ben oui. Tel ou tel, oui, parce que ci, parce que ça », d'ANTICIPER, finalement, leur HISTOIRE, parce qu'on a une BONNE connaissance du milieu. Et ça je crois que c'est ce qui fait la VRAIE plus-value. » (E8 : droit social, Argenteuil/Paris)

La dimension relationnelle du travail des avocats commence par les exigences de la procédure. C'est le cas lorsqu'on doit sous-traiter à d'autres collègues, par exemple pour la postulation :

> « J'ai un vieux copain qui ne fait que du droit pénal et un peu de droit de la famille, qui est mon correspondant pour la majeure partie de mon pénal. (…) C'est un confrère qui fait ce métier-là dans ces secteurs-là, donc c'est mon correspondant, je lui renvois ces dossiers-là. De même que j'ai un correspondant sur Versailles, un correspondant sur Nanterre, j'en ai un vaguement sur Bobigny… Des choses que je ne peux pas faire moi-même soit géographiquement, soit par NATURE de la chose, j'ai des correspondants, pour les baux par exemple, en matière de bail, je renvois chez une de mes amis, qui fait ça. Bail professionnel, je renvoie chez une autre. Pénal des affaires, je renvoie chez deux confrères. Pénal de la famille, je renvois chez encore un autre. Sur certaines juridictions, quand vous êtes avocat à Paris, vous pouvez postuler à Créteil, à Bobigny et à Nanterre, sauf en matière successorale où vous avez besoin de postulant…mais quand vous êtes à Versailles, ou à Pontoise, vous avez besoin d'un postulant. C'est un avocat inscrit dans le barreau, dans le ressort de compétence de ce tribunal. Bon dans ces cas là j'ai des CORRESPONDANTS aussi, qui sont des personnes avec lesquels j'ai l'habitude de travailler, en qui j'ai confiance, et à qui je confie les dossiers. » (E4)

Mais cette dimension relationnelle du travail des avocats est fortement liée à la constitution même de leur clientèle :

> « Les clients arrivent par bouche-à-oreille, relationnel… des anciens clients, des clients en cours… Les entrepreneurs ils sont assez solidaires là-dessus. (…) [Ensuite il y a les] experts-comptables. Il y en a certains avec qui je bosse, dès qu'ils ont un dossier de droit social, c'est « allez voir [E15] » quoi, je veux dire ils ne veulent même plus prendre le risque de monter un licenciement {*rire*}. Donc j'ai quand même pas mal d'experts-comptables qui même me demandent de travailler pour eux, c'est-à-dire je leur FAIS toute leur procédure, et je les facture eux. Après il y en a pour lesquels, ils vont me dire « je vous envoie le client ». (E15)

Dans la constitution de cette clientèle, le rôle des collègues est primordial :

> « Je vais vous faire une réponse PASSIONNANTE. Je dois TOUT à mes confrères. Je dois TOUT à mes confrères (…). Tout ce qui est venu est venu par hasard. Et tout ce qui est venu est venu de confrères. C'est-à-dire soit des étrangers, des avocats étrangers que j'avais connu, qui ont référé un dossier vers le cabinet, SOIT, pour beaucoup, des confrères français que j'ai connu à l'occasion d'autres affaires, SOUVENT à l'occasion de CONFLITS d'ailleurs hein, des CONTRADICTEURS, avec qui AU FINAL une relation de sympathie et de respect mutuel s'est instaurée, et qui ont pensé à moi le jour où il n'avait pas la compétence sur un dossier, ou PAS LE TEMPS sur un dossier, ou un conflit d'intérêt sur un dossier, ou le BESOIN de constituer une EQUIPE sur un dossier. Voilà, tout est venu comme ça. » (E20)

Dans plusieurs spécialités, le travail en réseau, que ce soit pour une demande d'avis informelle ou pour la discussion d'un dossier, se fait avec des collègues qui sont souvent présentés explicitement comme des copains. Placer les relations de travail sur un plan amical n'est pas simple. Il faut savoir négocier la frontière entre le conseil informel et puis le passage à l'intervention facturable.

> « Ça c'est pour nous aider à ne pas chercher. Dans l'absolu, tout le monde a son propre réseau. Moi j'ai aussi mon réseau de copains ou de gens que je connais plus ou moins bien que je vais faire intervenir dans des domaines quand j'ai besoin. Parce que je sais qu'ils bossent bien etc. Moi on me laisse toute liberté pour le faire, j'ai toujours fait comme ça dans l'équipe. Mais dans certains domaines je ne connais personne donc je vais aussi regarder la liste des référents. On les utilise aussi pour, par exemple en droit pénal, des affaires quand nous ça nous dépasse un peu, quand c'est des trop gros dossiers de droit pénal, moi j'en fait un peu mais j'en fait pas tant que ça, donc on va essayer d'avoir un bon confrère. Si il est bon, c'est plus pour mutualiser les sources. Donc c'est plutôt sous cet angle là. Après, ceuex qui vont être apporteurs d'affaires, ça se passe plutôt au niveau des associés. » (E1)

> « Moi je n'ai pas la science infuse, je ne suis pas la meilleure, loin de là. Donc il m'arrive très souvent d'appeler un tel ou un tel qui sont de bons copains en disant « là j'ai tel problème, qu'est-ce que tu ferais ? ». (E5)

« Mais combien de fois je téléphone à un confrère spécialisé en disant « Tiens, j'ai ça. Je crois que c'est ça. Est-ce que tu peux me confirmer que c'est bien ça ? », et sans prix. Une fois par mois peut-être. (E11) »

« Si c'est moi qui appelle un confrère, je vais par exemple appeler un autre spécialiste de droit du travail, et je vais lui dire « est-ce que tu as déjà été confronté à cette question-là ? est-ce que t'as une réponse ? est-ce que t'as un arrêt ? est-ce que tu me le passerais ? », et dans 99% des cas, pas de problème et dans les 20 minutes vous avez la photocopie de l'arrêt qui vous arrive par fax ». (E14)

Ce travail relationnel est aussi un travail de mémoire et d'histoire des dettes mutuelles:

« Et puis si vous voulez dans ma CARRIERE, j'ai eu l'occasion aussi de rencontrer, d'être MOI-MEME le correspondant d'un certain nombre de confrères et souvent je RENVOIS la monnaie de la pièce dans la matière parce que je SAIS que… J'ai fait la connaissance par exemple de [X] qui est aujourd'hui un spécialiste incontesté des MARQUES, parce qu'un jour il a eu besoin d'un correspondant à Aix et que LUI PAR CONTRE est venu chez moi quasiment par hasard, mais du coup ça nous a permis d'échanger, de nous connaître. Donc l'HISTOIRE et la mémoire dans ce métier sont très importantes, par rapport à ça ».(E14)

La vie relationnelle des avocats répond aussi au besoin d'entretenir un réseau de renvois. Le choix des confrères vers qui l'on doit éventuellement réorienter les personnes qui s'adressent à soi et que l'on ne prend pas se fait aussi par un travail d'évaluation collective par les pairs et par la construction de réputations.

« Tout simplement dans ma ville, je SAIS qui est compétent dans tel ou tel domaine. Et donc j'oriente les clients DONT je ne peux pas m'occuper parce que ce n'est absolument pas dans le registre des activités du cabinet, ou de mon associé ou même mon collaborateur, je les oriente vers des confrères… Ça se SAIT. Ça se sait. En province, encore une fois, ça se sait, parce que tout se sait. Et on est A MEME de porter des JUGEMENTS les uns sur les autres. D'abord ne serait-ce que parce qu'on est adversaire. On voit bien quelle est la compétence de celui contre lequel on plaide depuis 15 ans. Entre nous, on est bien capable d'apporter des appréciations sur les qualités et les compétences des uns et des autres. » (E12)

« Ça passe par l'annuaire du SAF et ça passe par les rencontres. Par exemple ici il y a un spécialiste de l'agent commercial. C'est LE spécialiste nationale du statut d'agent commercial. Je l'appelle. Il me dit « Ben non, tu vas le faire toute seule. C'est 3 textes, tu es parfaitement capable de te débrouiller de ça ». Je lui dis « Oui, mais de la stratégie… comment il faut faire pour être efficace… Je t'envois le client ». Droit fiscal, j'ai des potes aussi qui font ça. (E17)

Même le recours à des experts d'autres professions se fait parfois de manière informelle :

« Moi j'appelle mes copains médecins pour avoir des infos par exemple, ou des copains, ingénieurs pour leur demander ce qu'ils en pensent. Moi c'est la débrouille. Mais c'est aussi comme ça que ça marche un peu. Après dans d'autres équipes ils ont des référents plus techniciens, ou c'est au fur et mesure des années de boulots où on a eu des contacts. Moi je sais qu'il y a une fois on avait eu une expertise, l'expert était un mec bien, je l'ai rappelé 2-3 fois pour lui poser des questions et il y a répondu vous voyez. » (E1)

« Dans le droit des affaires on voit BIEN : l'expert-comptable, l'expert financier, tout ça, on voit bien. Mais NOUS, on peut avoir besoin d'un avis d'un psychiatre par exemple. Bon, alors, ça moi je le fais uniquement dans des secteurs d'amitié. Donc ce sont des relations qui ne sont jamais payées. Ils peuvent me demander des tas de trucs et je leur en demande aussi. Mais alors moi j'ai peut être une vision complètement archaïque des choses hein, ça c'est tout à fait possible. Moi j'aime mieux aller voir l'autre dans son exercice professionnel et lui dire « J'ai besoin de vous ». Si mon client a des sous, qu'il veut bien me financer… mais je n'ai jamais ça moi {*rire*}. C'est que je n'ai jamais ça. Mais en fait on le fait avec les travailleurs sociaux, avec les éducateurs, le pédopsychiatre, sur les MINEURS, c'est SANS ARRET. Mais JE PEUX demander quand même SI en matière médicale, j'ai un expert désigné par le tribunal et je fais ASSISTER mon client D'UN EXPERT, SON expert, pour qu'ils puissent DEBATTRE là aussi, par exemple, sur l'évaluation du préjudice quand même. » (E17)

« Oui. Alors moi je suis très, dans la transmission d'entreprise surtout, moi je travaille généralement : avocat, notaire, expert-comptable, banquier. Et on fait les rendez-vous à 4. Voilà. Et là, ça fuse dans tous les sens, et c'est ce qui permet à mon avis de donner le meilleur conseil au cédant ou au cessionnaire d'ailleurs hein. Alors j'ai une formation dont je ne vous ai pas parlé parce que c'est une association que j'ai présidée qui faisait des prêts à la création d'entreprise. Cette association était présidée par un expert-comptable avant moi. Et moi à l'époque j'avais une politique très basique. Dès qu'il y avait un expert-comptable, je collais un avocat à côté. C'est ce que j'appelais ma publicité fonctionnelle pour la profession d'avocat. Dans cette association, il y avait une majorité d'experts-comptables, il n'y avait pas d'avocat avant que j'arrive, j'étais le premier avocat, après j'ai fait le partenariat avec l'ordre des avocats, ET il y avait des banquiers, des notaires, des huissiers, des chefs d'entreprise, et des comités d'agrément qui accordent les prêts où on a 15 ou 16 professionnels autour de la table, qui CHACUN ont une vision particulière des choses, parce qu'un expert-comptable, un avocat fiscaliste, on ne va PAS analyser les comptes de la même façon et un banquier non plus. On va souvent arriver au même résultat, sans prendre les mêmes chemins. Et là, moi je dirais que j'ai appris beaucoup plus là-bas qu'à la fac. » (E15)

Très vite, ces relations avec les membres des autres professions deviennent complexes.

« Là où il y a peut-être de l'amélioration à avoir, c'est par exemple en matière de droit de la famille avec le notaire. Parce qu'on s'est aperçu par exemple qu'à l'inverse de ce que l'opinion semble penser aujourd'hui, si vous voulez plomber un dossier, vous le confiez à un notaire (…). Et puis alors finalement on a beau dire, ça ne les intéresse pas les notaires les liquidations de communauté. Les trucs conflictuels ne les intéressent pas. Donc les liquidations de communauté qui sont conflictuelles, chiantes, etc., avant d'avoir un rendez-vous, ils mettent trois mois pour vous le donner. Et puis ensuite pour vous faire le projet, ils vous remettent 3 mois dans la vue. Et puis après s'il y a quelque chose qui ne va pas dans le projet, vous reprenez 6 mois dans la vue parce que là il y a une question qu'il faut qu'ils tranchent… Ils préfèrent faire des ventes ces mecs-là, ça leur rapport 10 fois plus (…). Mais BON finalement après une fois que vous travaillez avec les gens, vous avez les rapports que vous avez, c'est-à-dire que dans les domaines dans lesquels vous intervenez, bon, ben moi je croise les notaires, je vais avec mes clients chez les notaires, j'ai de bons rapports avec les notaires, mais parce que je suis présente, hein, je dépose, je mets mon dossier à sortir, je dis « qu'est-ce que vous foutez ? », j'écris tous les 10 jours, donc ils disent « oh merde elle est de sortie, donc il faut qu'on ressorte le dossier », voilà hein. » (E13)

L'implication dans les instances de la profession permet également un accès privilégié à certaines professions, comme dans le cas des rétrocessions.

« Alors, j'ai quand même effectivement la CHANCE d'être dans une situation où il m'arrive assez régulièrement d'être consulté EN TANT qu'ancien bâtonnier. Donc j'ai un… un accès INDIRECT à la connaissance d'un certain nombre de rétrocessions, parce que c'est, souvent on m'appelle pour arbitrer des conflits ou des choses comme ça, donc ça me permet d'avoir une VISION, mais… bon, je ne vois que ce que l'on veut bien me montrer, vous savez, c'est très secret ça, c'est publié nulle part… LA SEULE chose qu'on sait, c'est que quand on a un recrutement qui nous VIENT de la région parisienne, on sait qu'ils arrivent avec une rémunération qui est au minimum de 15% supérieure à celle qui se fait ici en moyenne. » (E14)

La constitution de ces réseaux sociaux et professionnels commence dans la vie associative et ordinale, qui correspond, pour les avocat(e)s que nous avons rencontré(e)s, à des investissements forts. Mais participer à la vie du barreau, des instances de régulation de la profession se traduit souvent simultanément par la définition de nouvelles exigences de qualité du travail et par une certaine satisfaction personnelle :

« Je fais BEAUCOUP de conférences et BEAUCOUP de formations pour mes chers confrères. Donc ça me retient beaucoup à l'extérieur aussi. Et ça me prend beaucoup de temps (…). D'un autre côté ça me permet ensuite de TRAVAILLER très vite sur mes dossiers parce que comme je suis tout le temps à la pointe de la jurisprudence et de la doctrine sur les questions qui se posent, en trois minutes je sais où je vais chercher quoi (…) En réalité je me suis rendue compte – à un moment donné je me suis dit « je vais arrêter ça me fait perdre trop de temps » et puis je me suis

rendue compte que je n'allais pas arrêter parce que…parce qu'au fond c'est très exigeant et que l'exigence que ça m'impose me donnait une véritable QUALITE de prestation. » (E4)

« [Je vous donne l'exemple de] l'association des médiateurs européens, c'est une association qui me mange tout mon temps. Je ne peux plus rien faire d'autre à côté. Ça consiste à promouvoir la médiation et à être médiateur tant vis-à-vis des magistrats que vis-à-vis des avocats, et donc c'est toute l'activité de médiateur. C'est une association, il faut la faire vivre, il faut se battre pour la faire reconnaître, il faut se battre pour faire reconnaître la médiation. La médiation, c'est un vrai travail, c'est en train de naître, c'est un vrai vrai travail. Et je ne suis pas payée pour ça, mais je le fais avec passion. Vous n'êtes pas payé quand vous avez des activités parallèles comme ça, mais vous avez des satisfactions. Des satisfactions personnelles. Par exemple, l'année dernière, le bâtonnier m'a fait confiance et la journée du barreau a porté sur les règlements alternatifs, donc la médiation. Et il me l'a confiée. Je pense que si je n'avais pas mes fonctions et que je ne faisais pas ce que je faisais… je crois que ça a été une très grande réussite. Bon, c'était une TRES GRANDE satisfaction, un très grand HONNEUR. Le prochain, vendredi, nous, notre association remet un prix « médiation » tous les ans à une personnalité. Cette année la personnalité est le président honoraire Drai de la Cour de Cassation, donc c'est une grande réunion… en plus c'est remis par le bâtonnier…donc c'est quelque chose qui prend beaucoup de temps à organiser… à contacter… à inviter… à répondre… Bon. Ça c'est le côté un peu honorifique si vous voulez. Maintenant il y a le côté pratique. Par exemple, là en ce moment, je suis en train de mettre en place – moi je crois beaucoup à l'Europe, et donc la médiation européenne – donc je mets en place des CONTACTS entre les différents pays européens et mon association. Vendredi 26, on a eu une réunion qui a été FORMIDABLE où j'ai invité dans le cadre de mon association des magistrats qui ont été emballés. Donc ça avait 2 buts. Ça avait un but qui était de faire connaître notre association auprès des magistrats, qu'ils se disent « les médiateurs ce sont des gens sympas », donc c'était une façon de les rencontrer dans un lieu privilégié. Et puis en même temps ça donne à tous les gens qui ont participé cette ouverture de savoir ce qui se fait en Europe, comment ça se fait, pourquoi ça se fait, qu'est-ce qui ne marche pas chez nous, qu'est-ce qui pourrait mieux marcher, et puis l'inverse. Donc c'est de la satisfaction ÇA, quand ça marche. La satisfaction c'est que, à force de travail, j'ai obtenu que certains magistrats nous désignent. C'est pas moi perso, mais c'est l'association et dans l'association à *turnover* un des membres je donne son nom comme ça c'est lui qui va être désigné pour être médiateur. Donc c'est une satisfaction quand je vois que mon fichier de dossiers médiation grandit. Ah je me dis « T'es bonne ! Ça marche ! ». (E5)

« Le SAF, ça doit me prendre entre une demi et une journée par semaine. On va dire ça prend 2 ou 3 jours par mois. L'AFDT, c'est peu, c'est une réunion par trimestre. TOUT ça, ça doit bien prendre quand même entre une demi et une journée par semaine, si on met tout ensemble. Mais j'ai envie de dire : j'ai fait une expérience de BREAK parce que j'ai été candidate au bâtonnat à Lyon l'année dernière à cette époque, je n'ai pas été élue, donc j'ai décidé pendant un an de… cultiver mon jardin. Et en fait je me rends compte que J'AI BESOIN pour mon activité quotidienne dans les dossiers, j'ai besoin d'avoir un espace où j'y trouve du sens et l'espace où j'y trouve du sens c'est SAF, AFDT, etc. » (E10)

« [Ces activités syndicales et ordinales] me prennent TROP de temps je trouve. Enfin bon, vous savez, c'est toujours PAREIL. Enfin quand je dis que c'est trop de temps, c'est NUL ce que je dis, c'est pas bien. D'abord parce que je l'ai voulu. PARCE QUE ça vous ouvre quand même sur d'AUTRES horizons. Venir siéger au conseil national c'est : vous PENSEZ à des choses qui vous ouvrent sur des domaines que vous n'auriez peut-être pas imaginées DERRIERE votre bureau, les mains dans le cambouis. Donc ça c'est superbement enrichissant. (…) D'abord des pistes de connaissance, c'est-à-dire des endroits où on peut aller chercher si on veut. Ça m'a permis aussi de confronter des idées que j'avais sur l'exercice professionnel en soi. Pour autant, même la masse d'information, une autre vision des choses, il y a des choses qui ne m'ont pas ébranlée dans mes convictions. Et puis, bon des fois ça permet aussi de constater qu'on a des exercices professionnels extrêmement divers, et que c'est peut-être là d'ailleurs le problème de notre profession, c'est qu'on a des TELLES différences d'exercice professionnel que des fois on ne voit pas forcément la profession sous le même angle. Alors ici ça permet d'enrichir : toi tu fais ça, moi je fais ça, bon, ouvrons nous vers les autres cabinets. Mais quand vous rentrez chez vous, il n'empêche que votre exercice quotidien et les difficultés auxquelles vous êtes confronté, elles n'ont pas beaucoup changé

même si vous vous êtes frotté à d'autres modes d'exercice. Alors on peut prendre des idées : « tiens, toi tu fais comme ça, moi, effectivement, je pourrais le faire ». Mais bon, c'est pas si simple et puis après il faut y impliquer ses associés. Et si eux n'ont pas forcément été confrontés aux mêmes difficultés ou n'ont pas eu les mêmes informations, ça ne les fera pas forcément beaucoup évoluer. Bon, ceci étant dit, par exemple sur le blanchiment, les informations que j'ai eues ici, je les ai communiquées à mes associés, bon voilà, on en a un qui est chargé d'étudier comment on va mettre en place dans notre cabinet la directive blanchiment. Ça par contre, ces informations-là, je les ai tirées du CNB, parce que je pense qu'avant ça ne m'aurait même pas effleuré. Enfin ça m'aurait effleuré… OUI, je me serais sûrement posée la question parce que mon ordre m'aurait donné des informations, mais ce sont des domaines un peu compliqués. Je pense que l'ordre n'étant pas très outillé non plus, pas tant que ça, au bout du compte, ce sont les informations du conseil national qui m'ont permis de sensibiliser mes associés par exemple à l'application des directives blanchiment. » (E13)

Cette vie associative est chronophage, mais elle correspond à un investissement dont la gestion peut soulever des problèmes éthiques tout en ouvrant des perspectives d'apport de travail :

« Pour l'instant ça n'apporte pas de travail. Mais quand je ne serais plus présidente… Quand on est présidente – ça c'est une question d'éthique – moi comme je suis présidente, ce n'est pas moi que je vais désigner. Sûrement pas. Je serais LA DERNIERE. Il faut vraiment que les gens me supplient à genou pour que je le sois, parce que c'est une question d'ETHIQUE. MAIS c'est MON éthique. Ce n'est peut-être pas celle du voisin. Il n'y RIEN dans les textes qui l'interdit. D'accord ? Mais MOI je me l'interdis. Donc je vais désigner les autres. Mais je PENSE qu'effectivement quand je ne serais plus présidente, ça sera plus facile. Je SUPPOSE. Mais… « C'est du travail, est-ce que ça apporte du travail ? » Non, c'est… je crois qu'UNE fois j'ai eu un dossier parce que les personnes m'ont connu en qualité de médiateur. Une ou deux fois, mais pas plus. Alors est-ce que la proportion vaut la peine ? A vous d'en tirer des conclusions, je ne peux pas dire, hein. Je suis présidente de l'association depuis que j'ai été au Conseil, ça fait depuis 2003. » (E5)

Le développement des cabinets se fait de plusieurs manières ; la dimension informelle est omniprésente dans les processus qui président à ce développement. Il peut se faire par un rapprochement avec une autre structure ou par recrutement et intégration de collaborateurs

« Il se TROUVE qu'on a une opportunité qui est une opportunité de MISE EN COMMUN de savoir-faire sur un domaine d'activité très pointu. Donc on a 2 solutions, c'est-à-dire que SOIT on se fait concurrence, mais ça n'a pas beaucoup de SENS, parce qu'on fonctionne PAREIL, on fonctionne de la même façon, donc ça n'a pas beaucoup de sens d'être dans un mode de concurrence et depuis de nombreuses années, on s'ECHANGE nos jurisprudences, on FONCTIONNE DEJA dans un mode collaboratif. Donc à un moment donné, il faut tirer les conséquences de ces échanges, c'est-à-dire qu'on EST déjà dans un MODE qui n'est pas anti-concurrentiel, mais qui N'EST PAS concurrentiel. Ce n'est PAS anti-concurrentiel puisque que c'est au bénéfice du justiciable : on s'échange nos jurisprudences et c'est nos clients qui en bénéficient quelque part, donc… donc VOILA, à un moment donné, on se dit « Voilà, est-ce qu'on en tire les conséquences OU PAS » et on commence à traiter les dossiers en commun, etc. Donc il y a un MODE d'INTEGRATION qui se fait d'abord par la pratique et qui n'est ABSOLUMENT PAS capitalistique, qui est au contraire lié au TERRAIN. (…) [Par ailleurs] CE QU'ON FAIT en général, si vous voulez, c'est qu'on PREND des jeunes en STAGE, en stage de 6 mois, en stage donc de l'école, ET on les embauche par la suite. Sur les deux qui ont été embauchés [cette année], il y en a un qui m'a été recommandé par un universitaire, un ancien confrère, PARCE QU'il avait justement une spécialité qui correspondait à ce que je faisais. Et puis l'autre, effectivement, on a passé une annonce. » (E8)

Le recrutement des avocats stagiaires ou associés est aussi un investissement relationnel important :

« Jusqu'à présent nous n'avons JAMAIS eu de problèmes. Est-ce qu'on a eu beaucoup de chance ? C'est possible. Mais en même TEMPS, pour aller jusqu'au bout de ma pensée, on a vu passer

beaucoup, beaucoup de pré stagiaires, et on n'en a pas retenu tellement. Donc pour répondre à votre question « est-ce que c'est difficile ? » NON, parce qu'on a trouvé, mais… c'est VRAI qu'il faut quand même prendre le temps de faire une vraie sélection. D'abord je trouve que c'est ABSOLUMENT normal, il faut savoir donner un peu aussi, hein ; et que les stages sont fait pour ça, parce que si on ne les recrute pas, c'est quand même la MOINDRE des choses {*rire*} qu'on prenne un peu de temps pour eux. Et la deuxième réponse c'est que nous on a quand même une gradation dans la compétence des collaborateurs, et que les UNS forment les AUTRES. Donc un pré stagiaire il est pris dans la mouvance du cabinet, mais il a affaire à un collaborateur de deuxième ou troisième année, puis il a affaire à un collaborateur de cinquième année, puis il a affaire à un collaborateur encore plus chevronné, et au bout du compte je relis {*rire*}. » (E18)

Avec la rationalisation contemporaine du travail professionnel, la croissance des entreprises ou organisations clientes et la globalisation des marchés, des structures décentralisées d'alliances entre cabinets (parfois en faisant intervenir d'autres professions) sont mises en place sous le nom de Réseaux. Ces Réseaux sont plus formels ; ils sont évoqués dans les entretiens comme des structures de développement qui cherchent à systématiser cette vie relationnelle pour capitaliser ses avantages:

« Juris Laboris est un réseau de cabinets [1200 avocats au niveau européen], plutôt comme on dit cabinets de niches, c'est-à-dire qu'ils ne font comme nous que du droit social - pas tous, mais quasiment tous - donc de cabinets spécialisés en droit social, en Europe. Donc on a des contacts avec tous ces cabinets, en Europe, mais dans le monde entier en fait aussi et… pour répondre au besoin du client, dès qu'il y a des demandes qui dépassent le droit français. Donc on les contacte, comme on contacterait notre bureau de Marseille, pour leur dire « là on un dossier, il y a quelque chose ». On les contacte et soit ils travaillent en direct avec le client, soit on leur demande une consult' » (…) (E1)

« Le Réseau formel est sûrement apporteur d'IDEES parce que si on est 400 dans un réseau, on va s'enrichir de la confrontation avec les 390 autres, hein. « Qu'est-ce que tu fais ? Pourquoi tu fais ça comme ça ? Tiens c'est une bonne idée. Je n'y avais pas pensé », VOILA, on s'enrichit de ça. » (E13)

La création de structures et de Réseaux formels représente un gros apport de clientèle :

« UNE des raisons pour lesquelles moi j'ai intégré un réseau, parce que, effectivement, pour un certain nombre de clients, j'ai besoin d'avoir une surface géographique nationale. Alors JUXTA, c'est à la fois… c'est une IMAGE DE MARQUE. C'est un MERVEILLEUX outil de formation, parce qu'on se voit tous les mois et on fait une formation tous les mois en droit du travail, qui est d'ailleurs agréée par le CNB. C'est un lieu d'échange de jurisprudence et de pratiques. Et c'est également, notamment pour moi [qui ai une clientèle basée partout en France] un instrument pour essayer de gérer notre temps, c'est-à-dire que en étant dans le réseau, certains clients qui exigent de moi que je plaide tout, quand je leur dis c'est un avocat du réseau, ils ont fini par me dire « bon ok, d'accord, si vous prenez un avocat de votre réseau, vous pouvez le laisser plaider lui ». Donc c'est aussi un outil par rapport à ça. Et puis sur certains dossiers, on a répondu par exemple, vous me parliez tout à l'heure des appels d'offre, l'URSSAF a lancé une procédure d'appel d'offre TRES spécifique au niveau national, et on a répondu, mais on a répondu AU NOM de JUXTA, pour faire une offre. » (E14)

La constitution et l'entretien d'un Réseau ne sont pas une tâche anodine ; elle représente un coût relationnel lié au maintien de l'indépendance et de la qualité du travail. Il y a des risques liés aux réseaux que les acteurs gèrent avec prudence et vigilance.

« Ces relations sont constituées par la pratique, parce qu'on s'est trouvé à travailler sur des dossiers ensemble et qu'effectivement ils nous ont semblé compétents. Moi il y a deux ou trois experts que je peux recommander, bon parce que je sais qu'ils font du bon travail. Mais il est hors de question en revanche de CREER un réseau avec ces experts-là. Hein, je sais qu'un certain nombre de cabinets le font, ce qui POSE des problème d'ailleurs en tant que…dans quelle MESURE ces cabinets-là ne deviennent pas APPORTEURS d'affaires, donc ce qui est tout à fait interdit dans la profession. Bon, ce sont des relations APRES qui sont compliquées, qui entravent la liberté, qui sont…Je pense qu'on est, de toutes façons, on est TROP PETITS, pour que les grosses structures,

> les gros cabinets d'expertise comptable nous contactent. Quand je dis cabinet d'expertise comptable, c'est pas les gros qu'on connaît sur le marché, ce sont les gros qui travaillent pour les comités d'entreprise. Voilà, ces cabinets essaient de créer des liens privilégiés. Moi je ne trouve pas ça très sain, et je pense que cela nuit à l'indépendance de ceux qui les acceptent, voilà. (…) Donc nous on essaie de MAINTENIR cette indépendance. On y arrive très bien d'ailleurs. (E8)

C'est par les Réseaux formels que sont introduites des certifications ISO:

> « Alors d'abord on fait partie d'un groupe (…) qui met des moyens en commun, mais qui exige aussi, bon ben qu'on mette le sigle, qu'on soit certifié, que dans la certification on ait pris un certain nombre de… enfin que ce soit leur livre qu'ils ont écrit de certification… on est tenu d'assurer une partie de sa formation au sein du groupe, mais aussi le groupe a permis notamment qu'on négocie des moyens par exemple d'accès en ligne de la jurisprudence, des documents, etc., parce qu'on est assez nombreux et donc on a négocié des prix… Enfin VOILA c'est un réseau comme il y a plein de réseaux. Il y a ALTA, il y a INTERJURIS, il y a GESICA, il y a… enfin bon VOILA, ce sont des réseaux d'avocats sur toute la France. Alors ça permet aussi quand vous avez un dossier à Colmar où je ne sais pas où et que vous ne connaissez personne et que le client ne connaît personne, d'envoyer dans le réseau et d'être sûr que finalement son interlocuteur va partager la même culture, un niveau de compétence… VOILA, de ne pas envoyer le client à l'aventure. (…) Donc nous on est RENTRE dans la certification, nous ne l'étions pas. Mais enfin, ce n'est pas parce qu'on n'était pas certifié qu'on n'a pas mis en place des procédures pour effectivement être EFFICACE, etc. Et il y a des moments, je trouve que les PROCEDURES que nous avons mises en place, AVANT dans mon ancien cabinet, étaient NETTEMENT plus efficaces que les procédures de la NORME ISO, qui elle a été faite par le RESEAU dans lequel je suis – parce qu'en plus notre cabinet est dans un RESEAU ! Donc c'est le RESEAU qui a mis en place le cahier des charges de la certification. Et alors on ne peut pas bouger, c'est assez statique je trouve, enfin bon. » (E13)

Enfin, le recrutement peut aussi se faire par Réseau formel :

> « Souvent on passe une annonce. Ou alors c'est VRAIMENT des concours de circonstances, c'est-à-dire qu'en fait on en parle. Bon moi je suis dans un réseau. Au travers du réseau éventuellement je passe un email en disant « je suis en recrutement, est-ce que vous connaissez quelqu'un ? ». C'est le réseau [REZO], c'est une structure nationale. On est 12. Et en fait je passe par ce biais-là. ». (E14)

Au total, le travail des avocat(e)s a une dimension relationnelle si exceptionnellement riche, variée et complexe, que la notion de concurrence se dissout dans une forme permanente de « coopétition » :

> « Ben, il y a des gens qui sont sur les mêmes secteurs que notre cabinet, mais HEUREUSEMENT, parce qu'en droit de la famille il faut bien être DEUX, déjà, donc il faut bien qu'il y ait d'autre gens qui fassent du droit de la famille. C'est plutôt des copines d'ailleurs, hein. Je ne les vois pas comme concurrentes, mais je ne vois AUCUN de mes confrères comme un concurrent moi. Je fais partie des gens qui pensent qu'il n'y a pas assez d'avocats en France hein. Si TOUS les besoins de DROIT étaient satisfaits en France, ça se SAURAIT. Ce qu'il faudrait, probablement, c'est une multiplication de l'offre là où il y en a besoin et un accès à TOUS à l'information juridique… C'est toute la question de l'accès au droit et aux juges en France. Je veux dire, par exemple ici, TOUS les cabinets sont autour du Palais, sauf les 44 qui ont trouvé des terrains pas trop chers dans une zone industrielle, là où il y a des entreprises d'ailleurs, et où ils ont pu se faire construire un truc absolument génial… Enfin que je n'aime pas du tout moi, où les gens ils ont des bureaux qui sont des placards et puis ils reçoivent dans des salles de rendez-vous. Enfin il n'y a plus rien de personnalisé quoi. Après on aime où on n'aime pas. Mais… mais ce n'est pas des relations de CONCURRENCE. Mais peut-être je suis atypique là-dedans. Je n'ai jamais eu de problème de clientèle. Mon problème de clientèle c'est que j'en avais TROP et qu'il fallait que je trouve… qu'on se mette à plusieurs pour pouvoir répondre aux demandes, donc je ne me suis JAMAIS posé la question de la concurrence, jamais. » (E17)

Dans ce contexte, un mauvais avocat apparaît comme un avocat isolé, sur lequel la profession n'a pas prise :

> « Et bien il y a des avocats qui ne savent pas faire leur boulot. Mais VRAIMENT hein, qui sont… qui sont généralement tout SEUL… qui n'ont AUCUN lien avec les ordres, aucun lien avec les syndicats, aucune réflexion. C'est ceux qui ont le plus renâclé sur la formation permanente ! : « Qu'est-ce qu'on a besoin de ça ? » Ah bon ? Il y a des GENS dont j'ai découvert avec cette obligation de formation permanente qu'ils ne se formaient JAMAIS ! C'est FOU ça quand même. (…) Il y a un délitement d'avocats qui ont peu de dossiers – ceux dont je vous ai parlé. Ils ont leur petit cabinet, leur téléphone portable, leur ordinateur portable… Ils n'ont de lien avec personnes. Donc il n'y a AUCUN CONTROLE sur ce qui se passe là. Et bien ce sont généralement ceux qui vous font des conclusions à la dernière minute, ceux qui arrivent tout le temps en retard… Et donc ça crée des tensions FORTES. Dans un barreau comme le mien, il suffit de 10 marlous pour foutre la merde, et c'est CLAIR ça. Des gens qui vous EMPOISONNENT la vie de manière permanente, qui ne PEUVENT travailler qu'à la dernière minute – alors il y a des gens qui ne travaillent que dans l'urgence, donc ils vous balancent ça à la dernière minute, mais ce n'est pas délibéré, c'est qu'ils SAVENT PAS faire autrement. On a beau les PILONNER, puis ils s'en foutent, ils continuent. Mais il y a aussi les voyous, qui font tout à la dernière minute, qui vous font des mails dans la nuit du dimanche au lundi pour un dossier qui vient le lundi matin par exemple à 9 heures. » (E17)

Conclusion

Si, comme nous l'avons souligné plus haut, les membres d'une profession sont des entrepreneurs qui gèrent leurs interdépendances (y compris fonctionnelles) au moyen d'échanges et de réseaux sociaux, alors une recherche moins exploratoire que celle sur laquelle s'appuie ce texte devrait être en mesure de mieux mettre au jour les structures relationnelles sous-jacentes à l'action collective entre pairs dans une profession comme celle des avocats français. Les observations proposées ci-dessus sont autant d'hypothèses qui doivent être testées par une recherche empirique plus systématique et articulées à des mesures économiques du coût de la qualité et de son augmentation dans un contexte de mise en concurrence encore plus ouverte qu'elle ne l'est aujourd'hui. En matière de démonstration scientifique de l'effet de la disparition des réseaux et des processus sociaux sur la hausse des prix et sur la baisse de la qualité des prestations, tout ou presque reste à faire.

Enfin, nous avons montré que la collégialité – en tant que forme organisationnelle de l'auto-régulation de la profession, non pas en tant qu'idéologie irénique – est importante pour le maintien d'un haut niveau de qualité de la prestation parce qu'elle facilite un certain nombre de processus, en particulier l'apprentissage individuel et collectif qui sont vitaux pour le travail *knowledge intensive*. Mais là où la collégialité est efficace pour l'apprentissage, elle ne l'est pas nécessairement pour tous les processus de l'action commune, y compris pour la résolution de dilemmes déontologiques. Si la collégialité est une garantie de qualité épistémique des décisions prises par les experts, elle n'est pas nécessairement une garantie de qualité éthique du travail des avocats, comme le montrent les analyses de la faiblesse du modèle collégial face à la question des conflits d'intérêts (Lazega, 1994). L'ordre actuel en tant qu'organisation et institution collégiale, auto-régulatrice, aide-t-il aujourd'hui chacune de ses catégories d'avocats (avocats d'affaires aussi bien qu'avocats de particuliers, par exemple) à opérer l'articulation entre l'intérêt particulier (celui de son client et le sien propre) et l'intérêt général ? Comment réagit-il à l'encontre de ceux qui ne l'opèrent pas ? La question wébérienne des conditions dans lesquelles l'organisation collégiale, y compris celle de l'ordre, est capable d'assurer cette articulation reste pour nous une question ouverte. Il est évident qu'il est difficile d'aborder ces questions de front dans un entretien ouvert et que d'autres méthodes, plus centrées sur l'accès aux archives et sur les statistiques, sont nécessaires pour leur exploration.

ANALYSE 3.
Les enjeux de la qualité : innovations juridiques et diversité des exercices professionnels

Christian BESSY

Bien que l'on puisse distinguer différents niveaux de qualité de prestations juridiques ou différents types de qualité (ou conventions de qualité) suivant les attentes des usagers ou des clients, nous partons de l'idée que l'existence de règles professionnelles permet de garantir un certain niveau de qualité dans une configuration où les usagers du droit, autres que les professionnels, ont peu de prises pour évaluer cette qualité. Il nous semble que cette dernière réside dans une forme d'adaptation à chaque cas, dans la délivrance d'un service personnalisé (tenant compte des singularités de chacun, pour reprendre l'expression de Karpik (2007)), ce qui conduit l'avocat à faire preuve d'une inventivité pour trouver la « solution juridique » la plus appropriée, au sens où elle doit à la fois :

- respecter d'une certaine manière l'état du droit ;
- contenter le client ;
- et persuader le juge, en cas de litige avec un tiers public ou privé.

C'est donc une véritable raison pratique que l'avocat doit déployer pour atteindre ces trois buts. Il y en a bien d'autres : maintenir de bonnes relations avec ses collègues en interne et externe, faire en sorte que les « solutions juridiques » soient transmissibles et pas trop coûteuses pour le bon fonctionnement du cabinet.

L'inventivité du travail de l'avocat est donc soumise à des contraintes sociales et organisationnelles mais, réciproquement, la profession et l'organisation en sont également le support. C'est ce que nous allons analyser *dans une première partie*, en partant des différentes sources de l'inventivité juridique et de ses supports organisationnels. Nous mettrons l'accent ensuite sur l'émergence de nouvelles formes d'organisation en lien avec la création de marchés des services juridiques sur lesquels les cabinets exercent une activité de médiateur en l'absence de droit positif parfaitement défini. Ce qui va nous conduire à adopter une **conception plus endogène du droit** permettant de rendre compte d'un **couplage étroit entre contentieux et conseil.**

Dans une seconde partie, partant de cette problématique reliant à la fois nature du droit, formes d'organisation et marchés des services juridiques, nous analyserons plus précisément, à partir d'études de cas, ces nouvelles formes d'organisation et la redéfinition des règles professionnelles qu'elles engendrent. Nous déboucherons finalement sur la prise en compte de deux axes d'analyse permettant d'élaborer une **typologie des cabinets** : le pouvoir discrétionnaire de l'avocat vis-à-vis de son client et l'étroitesse du couplage entre contentieux et conseil.

1. Droit, formes d'organisation et marché des services juridiques

Il peut être surprenant de parler d'inventivité juridique dans un univers fortement structuré par le droit positif et dans lequel les juges sont censés appliquer la loi. De ce point de vue, cette notion serait sans doute plus pertinente dans le cadre de la *Common Law* dont certains

commentateurs s'accordent pour souligner la faculté d'adaptation aux transformations socio-économiques, permettant une plus grande efficacité économique (Posner, 2003). Cependant, même dans la tradition dite de droit civil, l'incomplétude des règles de droit suppose tout un travail d'interprétation par les juges, mais aussi par l'ensemble des professionnels du droit (les avocats, les conseils, …), et dont les interactions contribuent à stabiliser une jurisprudence dans un contexte donné. C'est parce que le contexte peut varier que le droit doit aussi s'accommoder, évoluer. C'est aussi parce que le contexte peut varier de façon temporaire (suite à une crise) que le droit doit s'adapter à la situation (en cas de sécheresse, le droit d'usage de l'eau est modifié). Il faut également tenir compte des cas particuliers, d'autres considérations de justice ou d'équité.

Concernant l'inventivité du travail des avocats, nous retenons donc simplement une différence de degré entre les deux traditions juridiques, en mettant plus volontiers l'accent sur l'émergence de nouveaux domaines du droit, liée en particulier à la globalisation des activités économiques et au retrait de l'intervention de l'Etat, et sur la croissance des activités de conseil relativement aux contentieux, ou encore sur le développement des mécanismes de résolution des litiges alternatifs au procès.

1.1. Les différentes dimensions de l'inventivité des avocats

Loin d'opérer dans un univers où les décisions de justice sont parfaitement prévisibles, le travail des avocats consiste à imaginer des solutions nouvelles à des problèmes souvent complexes. C'est dans ce sens que l'on peut dire que l'activité des avocats, à la suite de E. Lazega (2001), « est *knowledge-intensive*, au sens d'un 'savoir-dans-l'action' accumulé par l'expérience et reflété par un « jugement sûr » - un terme souvent utilisé par les collègues pour caractériser la qualité du travail professionnel ». Cette activité basée sur les connaissances et l'expérience, plutôt que sur de lourds investissements en capital matériel, n'exclut pas toute incorporation des connaissances dans des artefacts cognitifs conçus à différents niveaux organisationnels.

Pour bien appréhender la mobilisation de l'imagination dans le travail de l'avocat, on peut se référer à l'entretien avec un avocat d'un petit cabinet de niche (droit de la distribution) en province (E21). Selon lui, l'inventivité peut se déployer au moment de la plaidoirie (stratégie tenant compte des « forces » de la partie adverse, rhétorique utilisée pour persuader des juges, choix des « moyens ») et au niveau du conseil (rédiger un contrat, faire une transaction, concevoir des dispositifs de conformité au droit dans les organisations,…).

Par ailleurs, cette inventivité s'acquiert par l'expérience au contact d'un « Maître » qui s'engage dans la formation des jeunes avocats. Cet avocat est d'ailleurs très critique par rapport au système d'enseignement juridique qui, non seulement manipule des « concepts mous » peu propices à l'apprentissage, mais aussi retarde l'entrée des avocats dans la vie active, si bien qu'il y a pratiquement une seule génération au travail. Il défend la formation dans une spécialité, formation qui est à l'opposé de celle reposant sur des études longues orientées par un double cursus (cf Analyse 5). A cet égard, il connecte cette conception de la formation et le travail « routinier » des grands cabinets anglo-saxons, en particulier en matière de rédaction d'actes juridiques, de contrats, où l'avocat ne ferait que reprendre des formules toutes faites.

A ce travail standardisé, il oppose un véritable exercice d'écriture (il se considère comme un « écrivain privé » pour ses clients), le déploiement d'une imagination contractuelle à partir d'un style maîtrisé à force d'apprentissage. Il fait d'ailleurs reprendre plusieurs fois la rédaction d'un contrat ou de conclusions afin de former ses jeunes collaborateurs. Comme

d'autres avocats, il est capable de reconnaître le style de rédaction de certains de ses confrères.

On retrouve cette opposition chez un avocat spécialisé dans le « Conseil et contentieux des affaires » (E20). Il contraste une activité centrée autour de « dossiers très passionnants, très juridiques, plein de rebondissements procéduraux, des cas très concrets, aux consultations un peu chiantes ou des mémos à faire toute la journée sur des sujets pointus ». Il dénonce en cela le côté artificiel des activités de conseil, abstrait, qu'il oppose au concret du traitement d'une affaire, du contentieux juridique, qui constitue une véritable source d'apprentissage et d'inventivité.

Ces deux avocats défendent à leur manière une « économie des singularités » (Karpik, 2007) en mettant l'accent sur ce qui constitue le style d'un avocat ou encore d'un cabinet (lorsque les disciples empruntent au maître), ou encore les méthodes de travail d'un cabinet, les cultures professionnelles, les écoles, les familles (« Je suis passé par tel cabinet », voir E20). Cette insistance sur l'acquisition des compétences par l'expérience n'est pas découplée de l'idée d'un partage de valeurs concernant l'activité même des avocats. Cette articulation étroite entre la dimension cognitive et normative de l'apprentissage constitue une source forte d'identification professionnelle.

En aval, ce sont aussi sur ces styles et méthodes que l'avocat construit sa notoriété au sein du milieu professionnel, réputation qui permet d'attirer de nouveaux collaborateurs mais aussi plus largement des clients (par exemple en matière de droit pénal). C'est aussi au fondement de la fierté professionnelle de l'avocat, de la défense d'une pratique qui se rapproche d'un amour de l'art (ou du droit), de la recherche d'une excellence[1].

Néanmoins, pour se détacher de cette figure individualiste de l'avocat, proche de l'écrivain, il est important de souligner que l'émergence de solutions nouvelles est rarement le fruit de l'effort d'un seul acteur, mais résulte d'un travail distribué entre plusieurs acteurs, entre ces derniers et leur environnement socio-matériel (rôle des artefacts cognitifs, des collections de cas,…) et en particulier par le partage d'un langage qui permet d'élaborer de nouvelles « prises juridiques », de passer des expériences vécues aux argumentations et qualifications juridiques (Bessy et Chateauraynaud, 1995). Ces dernières ne sont pas forcément reconnues ou acceptées par les autres, et en particulier par les juges, et c'est pour cela que l'avocat doit aussi savoir manier la rhétorique afin de persuader ses auditeurs. Il devient alors « comédien », ce qui suppose des modes d'apprentissage et de recrutement en œuvre dans le spectacle vivant.

L'art de la persuasion est aussi aujourd'hui au service de la négociation, activité qui est en fort développement avec la croissance des « Alternative Dispute Resolution » (arbitrage, médiation, transaction) et des « transactions » opérées par les cabinets d'avocats d'affaires. Ces transactions requièrent un « véritable talent de négociateur, un sens du consensus,… pour créer la relation avec la partie adverse, avec le confrère adverse. C'est très important et c'est très valorisé par les clients » (E23).

Le style de l'avocat, véritable empreinte de sa personnalité, mais aussi son talent de négociateur, constituent, la base principale de sa réputation, de l'attachement de sa clientèle et de ses collaborateurs. On peut d'ores et déjà retenir une forme d'organisation de l'activité juridique qui correspond au cabinet traditionnel d'excellence, basé sur la réputation de son fondateur, et dont le contentieux reste l'activité principale ou, en tous cas, celle qui est la plus formatrice des jeunes avocats. Les grands avocats pénalistes ont cédé le devant de la scène

[1] Bourdieu parlerait sans doute de profit symbolique que l'interviewé ne manquerait pas de mettre en valeur en situation afin de montrer aussi son désintéressement matériel.

médiatique aux avocats d'affaires de renom auxquels l'on confie ses questions d'honneur et de fortune. Ce qui repose sur des investissements idiosyncrasiques de part et d'autre de la relation, mais, pour l'avocat d'affaires, sans tomber sous la dépendance du client.

Ces cabinets de renom se sont sensiblement élargis en diversifiant leurs activités afin de répondre aux besoins de conseil des grandes entreprises du CAC 40, mais la plaidoirie reste l'horizon de l'activité de conseil. D'une façon générale, concernant le fonctionnement de la profession, ils sont assez prudents, optant pour une dérégulation modérée. En particulier, ils ne remettent pas véritablement en cause les restrictions en matière de publicité, d'honoraires de résultat et de conflits d'intérêts. Ce sont des cabinets parisiens qui pratiquent des honoraires très élevés.

1.2. Inventivité juridique et organisation

Pour appréhender l'émergence de nouvelles formes d'organisation des activités des cabinets d'avocat en lien avec la création de marchés de services juridiques, il est fécond de faire un détour par les Etats-Unis, pays du développement des grands cabinets d'affaires et, plus généralement, des « *law firms* » qui fonctionnent selon une véritable logique d'entreprise.

1.2.1. Les grands cabinets d'affaires US

Ce qui caractérise les cabinets d'affaires c'est leur taille croissante, avec une spécialisation par département, et une implantation géographique dans différents pays qui prend de plus en plus d'ampleur. Cette forme d'organisation de l'activité juridique est justifiée économiquement (en référence à la problématique des frontières de la firme) par des économistes comme L. Garicano et T.N. Hubbard (2008). Ils partent de l'idée que ces *law firms* facilitent la spécialisation en leur sein parce qu'elles constituent un dispositif d'information, plus efficace que le marché, sur les opportunités de nouvelles affaires, En gros, c'est la firme juridique elle-même qui constitue un intermédiaire de marché, chaque avocat étant incité à transmettre le client à son collègue lorsque l'activité de conseil sort de son domaine d'expertise. Cela peut déboucher sur un cercle vertueux de mutualisation des informations concernant la clientèle, des connaissances, des revenus et des bénéfices de l'entreprise. Cette forte mutualisation des ressources pousse à la division du travail. Par ailleurs, l'activité de conseil à des clients pousse à diversifier les domaines du droit, du fait de l'interdépendance entre les domaines relativement à un conseil donné (ce qui peut donner lieu à du travail en équipe) ; alors que l'activité de contentieux est plus cloisonnée. Ainsi, les auteurs montrent que les avocats *litigators*, qui travaillent dans des secteurs centrés autour du contentieux (droit pénal, divorce, assurance,…), le font dans des cabinets très spécialisés dans lesquels ce sont les clients eux-mêmes qui, par leur réseau de relations personnelles, amènent de nouvelles affaires aux avocats les plus réputés dans leur domaine.

Certains des cabinets français de renom que nous avons interrogés s'inscrivent dans cette perspective avec une clientèle attachée à la personne de l'avocat fondateur plutôt qu'au cabinet dans son ensemble, comme ce serait le cas dans les organisations les plus diversifiées. Entre ces deux logiques, il y a place pour une forme d'organisation hybride, à savoir que tout en évoluant au sein d'une grande firme, les avocats à la tête des départements spécialisés *possèdent* leur clientèle, ce qui leur assure une mobilité vers d'autres cabinets, amenant parfois l'ensemble de leurs équipes. Cette patrimonialisation personnelle de la clientèle, qui est toujours source de tension au sein des cabinets, semble plus développées, d'après nos interlocuteurs, aux Etats-Unis qu'au Royaume-Uni. Dans tous les cas, elle témoigne du fait que l'incertitude sur la qualité de la prestation de service juridique rend déterminants les

réseaux de liens interpersonnels dans la canalisation des clients vers les avocats (Karpik, 1995).

Mais ces différentes logiques organisationnelles ne doivent pas masquer le rôle des réseaux de conseil qui transcendent les frontières des cabinets. Au-delà de l'étude intra-organisationnelle à partir de l'étude du mode de fonctionnement d'un grand cabinet d'affaires US, E. Lazega (2001) montre l'importance des « réseaux de conseil » inter-cabinets dans la recherche de solutions juridiques (Analyse 2 du rapport). Ces réseaux fonctionnent comme des communautés de pratiques basées sur des règles de réciprocité, d'échange des connaissances, mais qui ne sont pas exemptes de considérations de statuts et d'enjeux stratégiques. Ces règles d'échanges reposent sur l'existence d'un ordre professionnel (ou de son équivalent fonctionnel) capable à la fois de réguler les entrées dans la profession, de mutualiser certaines dépenses de formation et de résoudre les litiges entre les avocats ainsi qu'entre ces derniers et leurs clients. Mais l'étude citée pose la question d'autres formes de régulation que celle assumée par l'ordre face au développement des grands cabinets US.

Si cette évolution ne remet pas en cause radicalement le mode d'exercice des avocats, qui conservent leur autonomie, elle transforme progressivement leur travail et leur carrière. Par ailleurs, elle renouvelle les exigences professionnelles et les formes de concurrence dans les activités de services juridiques, en particulier avec l'intensification de la concurrence par les prix, du fait de la standardisation des prestations. E. Lazega développe l'idée qu'à la fois la structure des activités des cabinets d'affaires, leur organisation et leur mode d'apprentissage collectif et de formation de nouveaux entrants, seraient congruents avec l'évolution du monde des affaires (en particulier son internationalisation) et du marché des services juridiques. De ce point de vue, les aspects intra-organisationnels et inter-organisationnels ne peuvent être détachés.

Cette redéfinition des normes professionnelles en référence à l'organisation (collégiale) constitue une limite importante à l'auto-régulation par la profession, notamment en ce qui concerne les « conflits d'intérêts », dont E. Lazega montre qu'ils ne peuvent que s'accroître au fur et à mesure que la taille des cabinets augmente. Ce qui pose la question de l'invention d'une forme de régulation négociée entre la profession et l'Etat, qui pourrait faire prévaloir une forme de contrôle externe. En effet, les limites rencontrées par la régulation des comportements opportunistes au sein des cabinets (*shirking* : piquer un client ou partir avec la clientèle), ce qui perturbe l'accumulation et le partage du capital humain et social de l'organisation, rendent difficile le respect de règles déontologiques strictes par lesquelles la profession juridique s'auto-régule elle-même.

1.2.2. Le rôle de médiateur des grands cabinets d'affaires

L'intérêt de cette analyse n'est pas seulement de mettre en lumière les liens entre formes d'organisation et marchés des services juridiques, mais de le faire en relation avec la contribution des grands cabinets d'affaires à la définition même des règles de droit. Ainsi la représentation multiple, à l'origine de conflits d'intérêt potentiels, peut avoir les avantages d'une forme de médiation officieuse.

Ce rôle de médiation serait particulièrement important dans les contrats commerciaux internationaux en l'absence d'un véritable droit des affaires et de règles de marché stabilisées. Les grands cabinets d'affaires peuvent être considérés comme des acteurs puissants de la globalisation. C'est parce qu'ils sont en permanence en « conflits d'intérêts » qu'ils ont un important pouvoir de médiation dans les contrats commerciaux entre firmes multinationales (ils détiennent une information sur les deux parties) et œuvrent d'une certaine façon à leur respect ou à leur renégociation éventuelle.

Ce rôle de médiation s'est développé également en matière de finance et en particulier dans les grandes opérations internationales de fusion-acquisition. En l'absence de droit applicable opérant, ce sont les grands cabinets d'avocats qui ont fourni les standards de documents, les contrats et les protocoles d'accord, les procédures, et contribué ainsi à la construction à la fois du marché financier international et du marché du droit associé. En devenant expert dans le domaine, « leader d'opinion », ils participent ensuite à la production réglementaire nationale ou internationale, en particulier en matière de droit boursier (E23, grand cabinet d'affaires international).

Ainsi, les grands cabinets d'affaires constitueraient des points de passage obligés du commerce international et de la finance, leur conférant ainsi une position de force vis-à-vis à la fois de leurs clients et des instances de régulation internationale. Nous voudrions avancer quelques éléments analytiques supplémentaires pour bien analyser les liens entre l'organisation des activités juridiques et l'élaboration du droit, ce qui conduit à avoir une conception plus endogène du droit.

1.3. Un droit endogène

Les cas où les activités de conseil et de contentieux sont dans un parfait couplage, ils participent à une forme d'endogénéisation du droit au sens où celui-ci est engendré au sein même de la réalité sociale qu'il cherche à réguler.

Nous venons de faire référence à un processus progressif de co-construction du droit, entre les professionnels du droit et les instances publiques nationales ou internationales, en matière de droit des affaires et des sociétés, en mettant l'accent sur le rôle prédominant des avocats d'affaires. Une même analyse pourrait être faite en matière de droits de l'homme ou de droits sociaux fondamentaux, en montrant comment les avocats aident à construire certaines « causes » jusqu'à la légalisation de ces droits. Mais une fois effectuée cette légalisation, l'activité des avocats ne s'arrête pas là. Il faut encore qu'ils trouvent les médiations pour que le droit s'applique à des univers qui sortent du « modèle » de départ, du fait de la prétention du droit à la généralité.

1.3.1. L'intermédiation des avocats

On peut faire référence ici à l'approche de L. Edelman (2003), sociologue américaine du droit, qui défend une conception endogène du droit. Elle montre comment l'activité des professionnels du droit, concernant les *civil rights* en matière d'emploi aux Etats-Unis, s'inscrit dans un double processus de « managérialisation » du droit et de « juridicisation » des organisations à la croisée des champs juridique et organisationnel. Du fait du caractère abstrait et ambigu de ces *civil rights*[2], les avocats en particulier, par le biais de leur activité de conseil, construisent collectivement des modèles de conformité au droit qui intègrent les objectifs d'efficacité et de rentabilité des organisations.

Les avocats informent des changements du droit et des nouveaux risques que font peser les modèles de résolution des litiges (*patterns of litigation*) sur les organisations. Ils écrivent dans des *web sites* ou des journaux professionnels et conduisent des cursus de formation pour

[2] Ces « droits civils » s'inscrivent dans une logique juridique libérale considérant les détenteurs de droits comme des individus qui reconnaîtront leur violation et qui chercheront à les défendre devant des juges impartiaux. Edelman montre que cette logique juridique libérale est complétée par des procédures informelles de résolution des litiges ou encore des mécanismes de règlement des litiges alternatifs au procès (ADR) qui conduisent plus à des jugements en équité, à des compromis, au sein d'une communauté.

d'autres avocats et pour les managers, qui sontautant de dispositifs d'objectivation de la qualité des avocats. Ils servent aussi de consultants à des avocats plus généralistes et spécialement pour les conseils juridiques internes aux organisations. Ils entretiennent donc des liens parfois très étroits avec les directions juridiques des entreprises, ainsi qu'avec d'autres cabinets de conseil en organisation. Cette activité à plusieurs permet de dégager des « modèles » de conformité au droit et de mieux évaluer les possibilités de procès et d'engagement de la responsabilité des entreprises. A cet égard, ils peuvent exagérer les menaces (les sources d'insécurité juridique) représentées par le droit afin d'accroître leur pouvoir et leur statut au sein des entreprises, en particulier dans le cadre des licenciements.

Ce rôle d'intermédiation des avocats définissant des règles, des procédures de conformité au droit, est relayé par le travail interne des gestionnaires et des conseils juridiques visant à concrétiser les « modèles de conformité », à les adapter au contexte organisationnel et aux objectifs d'efficacité définis par les managers (la « managérialisation » du droit). Au fur et à mesure que ces constructions du droit s'institutionnalisent, elles affectent progressivement les autres protagonistes de la relation de travail (y compris les juges) et la façon dont ils comprennent la signification du droit et la conformité rationnelle à ce dernier. Edelman soulève un risque d'ineffectivité du droit au sens où il n'atteint pas ses objectifs de départ en matière, par exemple, de lutte contre la discrimination. Tout un ensemble de dispositifs de conformité (procédure d'arbitrage interne par exemple) acquièrent un aspect formel sans vraiment de contenu substantiel.

Une telle analyse, mettant l'accent sur l'irrigation de la fabrique du droit par les pratiques organisationnelles, peut facilement s'appliquer au domaine de la santé, de la concurrence, de la faillite, de l'environnement, et de la délinquance. Développée dans le cadre de la logique juridique libérale et de la *common law*, elle peut être utilisée dans un pays de tradition de « droit civil », bien que les rôles des tribunaux et la formation des magistrats y soient différents. Le développement de droits sociaux fondamentaux, qui se rapprochent des *civils rights* américains en matière d'emploi, donnent lieu au même type d'intervention des cabinets français en droit social qui, par l'intermédiaire de leurs réseaux, s'européanisent. L'influence des cabinets sur la définition de la jurisprudence constitue une des dimensions principales de leur inventivité juridique, inventivité qui participe d'une certaine façon à la construction du bien commun, mais qui n'est pas dénuée d'enjeux et de conflits entre différents groupes de la société.

1.3.2. Influer sur la définition du droit

On peut modéliser cette recherche de nouvelles solutions juridiques sous la forme de la constitution d'un bien collectif, qui permet à la fois de conseiller le client et de maximiser les chances de gagner les procès, en cas de litige, en faisant reconnaître par les juges les droits visés par les clients. On voit ici qu'à partir du moment où le conseil donné vaut droit, sinon loi, car reconnu par les juges, conseil et contentieux sont des activités très complémentaires. Néanmoins,ils présupposent une forme de spécialisation dans un domaine d'activité. On peut penser que ces cabinets, qui coopèrent à l'émergence d'une nouvelle jurisprudence favorable à leurs clients (employeur, mandataire,…), acquièrent progressivement une position de force qui pourrait contraindre les parties adverses (employé, mandaté,…) à négocier, mais avec un résultat qui ne serait pas favorable aux seconds.

La contrainte professionnelle d'évitement des conflits d'intérêts (à travers les règles de déontologie définie par l'ordre) contribue à polariser des réseaux de cabinets qui travaillent avec leur lot de clients fidélisés, et qui peuvent s'opposer sur le terrain du contentieux, chacun cherchant à enrôler le juge. Néanmoins, d'autres facteurs participent à cette polarisation, tels

que la fidélisation d'une clientèle, la dimension militante de l'activité du cabinet ou encore le refus de se livrer à un usage stratégique du droit. Par exemple, en droit du travail, il est facile de repérer les failles du droit d'un côté et de les exploiter de l'autre côté de la relation de travail, ce qui conduit à un usage de plus en plus stratégique du droit (E2 parle de « conflit d'intérêt intellectuel »). Ne pas faire monter systématiquement le contentieux est considéré par certains avocats comme une règle déontologique, mais d'autres, d'après eux, ne s'embarrassent pas de telles considérations.

A l'inverse, lorsque l'activité du cabinet n'est pas à même de contribuer à l'évolution de la jurisprudence, ou encore de la loi, l'activité de conseil est plus déconnectée de celle du contentieux, l'avocat s'en tenant à la jurisprudence considérée donc comme exogène à son activité. Les dossiers traités ne s'inscrivent pas dans une série dont la raison est la contribution à la définition de la jurisprudence.

La contribution des avocats à la définition des règles de droit n'est pas nouvelle, mais elle prend aujourd'hui d'autres formes que l'écriture des textes de loi ou le militantisme des faiseurs de « cause » des années 1970, la figure de l'avocat parlementaire laissant sa place à celle de l'avocat militant qui importe la politique au sein de sa pratique professionnelle (Karpik, 1995).

Aujourd'hui certains avocats dénoncent le fait qu'ils sont de moins en moins consultés par le législateur (sur ce point, E22 qui dénonce le manque de consultation des ordres et le fait que ce dernier n'enrôle pas suffisamment les avocats pour débattre, autres que les membres des conseils de l'ordre). Ce passage du « public » au « privé » est à relier au retrait de l'intervention de l'Etat dans la définition du droit. Ce qui renvoie à une philosophie politique et juridique plus libérale.

Néanmoins, ce retrait relatif des avocats de l'activité législative ne doit pas conduire à sous-estimer leur rôle dans la rédaction des « textes de loi », comme nous l'avons vu avec le rôle des avocats d'affaires dans la réglementation boursière (fusion-acquisition), mais aussi dans le conseil des hommes politiques ou de la haute administration, sans oublier encore le fait que certains avocats choisissent de faire des carrières politiques.

1.4. Redéfinition des règles professionnelles et nature du droit

L'émergence des cabinets d'affaires en France, comme aux Etats-Unis, va être à la source de la remise en cause des règles ordinales au profit de « régimes professionnels », dit privés, pour reprendre l'expression de L. Karpik (2007)[3]. Dans ces configurations, l'avocat est plutôt dans une relation de coopération avec le client (intéressé principalement par du conseil) et il perd ainsi d'une certaine façon son pouvoir discrétionnaire. Les avocats interviewés relativisent le rôle traditionnel des ordres et n'hésitent pas à remettre en cause la plupart des règles professionnelles qui font l'objet de l'étude, y compris le monopole de la représentation devant les TGI, l'avocat devant prospecter d'autres marchés. Se pose la question d'une nouvelle régulation sortant de l'auto-régulation assurée par l'ordre et contrôlée par l'Etat, auto-régulation qui était à la base du fonctionnement du « régime professionnel classique ».

Karpik définit ce régime de coordination classique sur la base de dispositifs de jugement dits personnels, au sens où la qualité des avocats émerge de proche en proche via des mécanismes de réputation qui reste locaux et des « dispositifs de contrôle » définis par la

[3] La notion « d'avocat d'affaires » est d'ailleurs assez récente en France et évoque aussi une ouverture vers l'international. Cette notion a fait l'objet de critiques très fortes dans les années 1980 par les représentants de la profession.

profession : conditions d'entrée, règles déontologiques, règlements locaux des litiges… Inversement, les régimes professionnels privés reposent de plus en plus, avec l'élargissement des « marchés », sur des dispositifs de jugement impersonnels de la qualité, comme la marque ou le label attaché à un réseau de cabinets d'avocats, l'émergence de guides proposant des classements, en particulier dans le champ des cabinets d'affaires, ou encore les séminaires de formation et les publications dans les revues spécialisées.

1.4.1. Le passage d'un « régime professionnel » à un autre

Un pas supplémentaire par rapport à l'analyse de Karpik, centré autour des régimes de coordination assurant le fonctionnement de « marchés de singularités », est d'essayer de prendre en compte le passage d'un régime de coordination à un autre définissant de nouvelles règles professionnelles. En mettant l'accent sur la notion de technologie juridique et des économies d'adoption associées à son développement (accroissement du nombre d'utilisateurs du côté des avocats et des clients), on peut mettre en évidence une évolution plus diffuse, plus évolutionnaire, qui échappe en partie à la réflexion des acteurs. Ces derniers ne prendraient pas la réelle mesure du décalage croissant entre les règles professionnelles existantes et les nouvelles pratiques qui commencent à s'imposer, à provoquer la critique, sans que de nouvelles règles professionnelles, permettant de réguler les trop grands « déplacements », émergent.

Notons que les formes d'organisation en réseau sont particulièrement propices à ces économies d'adoption (externalité de réseau) et rendent délicate, du fait du caractère très décentralisé d'un mode de coordination connexionniste, la définition d'épreuves instituées sur la qualité des avocats, en référence à des règles professionnelles qui seraient avalisées par l'Etat (Boltanski et Chiapello, 1999). Par ailleurs, l'extension à l'international des activités d'avocats pose la question de leur régulation par des instances supra-étatiques, comme les institutions européennes, qui ne disposent pas d'une véritable souveraineté.

De là sans doute une politique de déreglementation de la profession des avocats qui ne propose pas véritablement de re-réglementation (ce qui supposerait de définir des valeurs communes propre à fonder une véritable communauté politique ; c'est l'idée de cohérence normative entre la pratique interne à la profession et la philosophie externe propre à fonder une société), appelant uniquement à un accroissement des mécanismes de concurrence rendant les consommateurs souverains. Mais on peut penser que, derrière l'idée que les « consommateurs » puissent accéder à une prestation de qualité au meilleur prix, c'est aussi l'idée que le consommateur est à même de définir ses droits, à faire valoir ses prétentions à tel ou tel droit ; ce qui conduit à une concurrence permanente entre les prétentions au droit de chacun, sans qu'aucune autorité politique ne décide *a priori* d'une hiérarchie entre les droits.

Les avocats sont alors enrôlés dans cette concurrence, pouvant alors servir de médiateur entre des parties aux prétentions concurrentes, pouvant tout aussi bien faire émerger des normes équitables, comme défendre les droits des plus forts au détriment de ceux des plus faibles. En l'absence d'un véritable ordre professionnel qui donne vie à un espace de délibération au sein duquel sont défendus et débattus des « causes » ou des « principes de justice » (Boltanski et Thévenot, 1991), il devient alors plus problématique d'évaluer la qualité de la prestation des avocats à un niveau « macro » (Analyse 4 du rapport).

Ou alors, dans une optique « posnérienne » privilégiant l'efficience économique du droit, les avocats de « qualité » recherchent cette efficience et il faut les inciter à le faire aussi bien au niveau « macro » qu'au niveau « micro » dans la relation contractuelle qu'ils établissent avec leur client. Ou encore, le caractère juste de la décision de justice ne relève que du bon respect de la procédure judiciaire et en particulier du principe du contradictoire. Comme le dit

très bien une de nos interlocutrices (E22), un avocat désagréable est « un confrère qui ne respecte pas le principe du contradictoire, qui oublie qu'il est l'avocat du client et pas le client lui-même ». On ne saurait mieux pointer la contrainte plus « macro » qui pèse sur la qualité de la prestation de l'avocat.

1.4.2. Une conception plus individualiste du droit

Suivant cette perspective, il nous semble que l'émergence de nouveaux « régimes professionnels », qui sont peu explicités, est à relier à une conception plus individualiste du droit (chacun cherchant à défendre son droit par l'intermédiaire de son avocat), privilégiant les « Alternative Dispute Resolution » (arbitrage, médiation, transaction) où les avocats sont plus des négociateurs entre intérêts individuels divergents que les interprètes d'un droit positif ou, encore, les médiateurs entre intérêts particuliers et intérêts généraux. Les « ADR » ont pour conséquence de « privatiser » le droit (et la justice), qui perd alors sa caractéristique de « bien public » et d'incitation à des comportements prudentiels. Ce qui a en plus comme conséquence de limiter les débats publics et démocratiques autour des valeurs.

Ces évolutions professionnelles peuvent être aussi reliées à une conception plus procédurale du droit (multipliant les accords de négociation comme en droit social ou les pactes ou chartes de toutes natures), témoignant du retrait de l'Etat dans la définition de droits substantiels, droits qui permettaient de lutter contre les inégalités sociales et étaient donc fortement associés à un projet politique d'ensemble (qui manque encore à l'Europe ou le « droit » tend plutôt à remplacer le « politique » depuis sa création) appuyée sur une administration puissante.

On se rapprocherait du rôle traditionnel des avocats défendant une forme de libéralisme politique, à savoir une intervention modérée de l'Etat, la promotion des libertés civiques et la bonne représentation des intérêts de la société civile (T Halliday, L. Karpik et M. Feeley, 2007). Cette liberté politique à l'anglaise, qui distingue les activités spontanées de la société civile et les responsabilités limitées de l'Etat, est différente de notre modèle de liberté politique (Europe continentale) où l'Etat est le garant du bien commun, l'élaboration d'un droit positif ayant pour objectif d'établir un ordre de priorité entre différentes catégories de bien commun qui sont toujours en débat.

L'évolution des règles professionnelles actuelles est à distinguer de la tentative de renouvellement des pratiques professionnelles des avocats militants des années 1970, même s' ils ont milité pour une conception plus individualiste du droit. Il est d'ailleurs marquant de voir comment les avocats militants, vis-à-vis des associations de défense des droits de l'homme, se sont adonné à des activités de conseil suivant un processus de co-production d'argumentaire et faire le même type de démarchage que les cabinets d'avocats d'affaires, avec le risque d'une perte d'indépendance vis-à-vis de la clientèle (Tonneau, 2008).

Cependant un point qui nous apparaît important à souligner est que l'activité de ces avocats militants ne pouvait pas se réduire uniquement à l'accès au droit de tous, suivant une dimension procédurale, mais portait aussi pour la plupart, plus substantiellement, sur l'élaboration de nouvelles politiques publiques visant à résorber des inégalités sociales[4].

Le risque d'une conception individualiste qui considère le droit comme une liberté individuelle (ou un pouvoir) est de faire un amalgame trompeur entre tous les « droits à », en ne dissociant pas des droits qui font référence à des possibilités d'action, comme le droit d'expression ou la liberté d'entreprendre, des droits portant sur des choses qui peuvent être

[4] Voir ce que dit l'avocate E17 que nous avons interviewée, en particulier l'inscription de son activité dans des mouvements sociaux.

attribués, non sans concurrence, à l'un ou à l'autre, et qui posent des problèmes de justice sociale, de distribution des ressources.

Défendre les « droits individuels » sans contrainte de remonter à une forme ou une autre de bien commun risque de rendre caduque l'existence d'un ordre professionnel permettant la délibération autour d'une pluralité de valeurs (voir l'évolution de la profession au Royaume-Uni). Comme l'avance un jeune avocat travaillant dans un cabinet d'affaires, ce qui rassemble les avocats c'est le fait qu'ils cherchent tous à défendre la position de leur client au nom du principe (purement subjectiviste) que tout le monde a le droit d'être défendu (référence à l'ouvrage d'Albert Naud, *Les défendre tous*). Ce qui est un renversement frappant par rapport à l'idée de favoriser l'accès à la justice et la protection des plus démunis, en vogue dans les années 1970.

Il est donc important de distinguer entre les « causes » diverses qui peuvent être défendues par les avocats, ce qui renvoie à différentes philosophies politiques et modèles d'intervention de l'Etat.

2. Les nouvelles « technologies juridiques »

En faisant le parallèle avec les processus d'innovation technologique, l'émergence de nouvelles technologies juridiques suit un processus d'innovation incrémentale qui redéfinit progressivement les règles professionnelles régulant les activités des avocats (mais aussi des juges et autres services juridiques réglementés). On peut considérer en premier lieu une nouvelle « technologie juridique », et son mode d'organisation des activités associé, qui se déploie essentiellement dans une configuration juridique internationale dans laquelle les dispositifs réglementaires ont moins de prise sur les activités économiques et où donc les dispositifs contractuels assurent principalement la recherche de garanties juridiques. Nous distinguerons ensuite une nouvelle technologie/marché, de « niche », dans le domaine du droit de la distribution, qui tout en se déployant dans le même type d'univers juridique, reste limitée au niveau national. Cette opposition entre des formes d'organisation des activités juridiques qui se déploient sur des marchés différents sera reprise au sein d'un univers juridique où la réglementation joue un rôle beaucoup plus déterminant, comme en matière de droit social.

2.1. Les grands cabinets internationaux

Nous avons déjà évoqué le rôle de « médiation » des grands cabinets d'affaires internationaux, rôle bien analysé par E. Lazega. L'activité de ces grands cabinets peut être considérée comme une nouvelle technologie juridique qui cherche à imposer un « standard » dans le monde des affaires internationales. C'est donc la confrontation avec d'autres technologies juridiques alternatives ou « systèmes juridiques » au niveau international qu'il faudrait comparer le bien fondé de leur activité. Par exemple, au niveau de l'UE, on peut penser que l'édification d'un droit des contrats européen – ou d'un droit social européen plus affirmé – permettrait de réduire le rôle des grands cabinets d'affaires,. Pour nuancer l'analyse de Lazega, signalons que le droit international privé, sous l'impulsion du droit conventionnel et communautaire, traduit, tant en matière de conflits de lois que de juridictions, une grande variété de solutions qui s'inscrivent sur un continuum entre deux pôles : la volonté individuelle (le contrat) et diverses voies néo-statutaire de l'impérativité (lois de police, compétences exclusives, théorie des droits acquis ou des droits fondamentaux) pour reprendre l'argument d'une juriste (H. Muir-Watt, 2007). C'est la frontière entre droit privé et droit public qui est redéfinie. On peut faire le même constat en matière de droit social. L'autre

question que l'on peut poser est de savoir si cette nouvelle technologie juridique en œuvre dans le droit des affaires a besoin pour son bon fonctionnement des ordres professionnels nationaux, ce qui pose la question de la régulation de l'activité de ces cabinets au niveau international.

Les « grands cabinets anglo-saxons » en général ont servi de repoussoir dans l'argumentaire de la plupart de nos interlocuteurs et seraient à l'origine de nombreux maux dont souffre la profession.

2.1.1. Les cabinets prestataires de service

Mais si on reprend les arguments du fondateur d'un cabinet d'affaires français (E24), les propos sont plus nuancés. On peut repartir de cet argumentaire pour dessiner en « négatif » les principales caractéristiques d'un grand cabinet anglo-saxon.

Il met en en avant la personnalisation du service et la culture du contentieux, deux éléments considérés comme de véritables avantages concurrentiels de son cabinet par rapport à l'activité plus « industrielle » des cabinets anglo-saxons, marquée par une forte division du travail entre les avocats, en particulier en matière de conseil et de contentieux. Ainsi, il refuse de participer à des appels d'offre et s'ingénue à éviter tout dispositif d'objectivation de son travail : facturation à l'heure, guides et classements, plaquettes publicitaires, tout ce qui pourrait le rapprocher d'un prestataire de service sous la dépendance d'un client. Il tient à garder l'indépendance de son jugement pour défendre l'intérêt véritable de ses clients et c'est dans ce sens qu'il est contre les honoraires totalement variables suivant les résultats. Enfin, il accorde beaucoup d'importance à l'évitement des conflits d'intérêt et ajoute à la définition formelle de ces conflits des considérations en termes de loyauté vis-à-vis de ses clients.

Ce sont deux conventions de qualité différentes que notre interlocuteur met en évidence et dont l'élément de distinction reste la résistance ou non à toute forme d'objectivation de la qualité de la prestation, en particulier à des dispositifs d'évaluation propres à un marché. A l'opposé, les propos de E23 (grand cabinet d'affaires international) font état d'une grande dépendance vis-à-vis du client (conséquence du modèle du cabinet d'affaires très diversifié) et, plus généralement, du marché. « Ce sont les contraintes du marché » est d'ailleurs le propos le plus récurrent chez notre interlocuteur, contraintes qui poussent à accepter les conflits d'intérêts : refus des « instructions exclusives » couplée avec une rémunération uniquement suivant les résultats. On peut donner l'exemple de la vente d'une société qui va mettre en concurrence une multitude de *bidders*. Le cabinet peut alors faire travailler ses équipes pour des *bidders* différents afin de minimiser son risque de perte, ce qui suppose d'installer des « murailles de Chine » (*chinese walls*) entre les équipes qui sont en concurrence.

On voit ici que, bien que le travail d'audit juridique soit assez standardisé, ce mode de gestion du risque de l'activité constitue une forme d'innovation organisationnelle qui soutient l'activité des marchés financiers. Comme nous l'avons déjà noté, ce cabinet a mis au point d'autres supports juridiques, d'autres outils contractuels, qui favorisent cette activité et la coordination avec les professionnels du droit (avocats, juristes d'entreprises ou d'autorités de régulation, magistrats ou autres représentants de l'autorité publique).

Une autre forme d'organisation de l'activité peut se créer autour d'une « grosse affaire » rassemblant trois ou quatre associés seniors, afin de définir une stratégie avec le client. Dans l'exemple qui a été donné par E23 (celui de la vente d'une société), on ne voit plus très bien où est la frontière entre la recherche de garanties juridiques et les décisions économiques. Le droit est alors instrumentalisé au profit de l'économie, ce dont témoigne également le fait que

le double cursus de formation soit devenu un must qui, du fait de la rareté de l'offre, a poussé la rémunération des collaborateurs à la hausse au cours des années récentes (cf. Développement 5 sur la carrière des collaborateurs).

Une autre conséquence du traitement de ces « grandes affaires » qui requiert l'intervention de plusieurs associés ou équipes ou services, c'est la prégnance d'une logique d'entreprise mutualisant les ressources, la clientèle en particulier, et les rémunérations. On peut rapprocher de E23, E3 qui est un autre grand cabinet d'affaires dont l'activité est basée sur une complémentarité d'activités spécialisées en référence aux différents besoins de services juridiques de grands groupes internationaux. Bien que E3 présente son entité comme un « cabinet de haute couture du droit » qui intervient dans « des affaires stratégiques et complexes », il ne faut pas sous-estimer le caractère rhétorique de cette auto-désignation qui masque une activité courante relativement standardisée, comme chez E23 qui fait de plus en plus de sous-traitance juridique pour les grands groupes. Ce qui constitue un bon indice d'une standardisation de l'activité.

Les représentants de ces cabinets ne se disent pas touchés par la libéralisation rampante du marché des services juridiques, à laquelle ils participent, et voient d'un bon œil les différentes mesures de déréglementation de la profession (publicité, honoraires uniquement suivant les résultats, ouverture du capital des cabinets,…)

2.1.2. L'inter professionnalité bien comprise : chacun à sa place dans un réseau (international).

Pour approfondir ces questions liées à la déréglementation, on peut partir des propos tenus par un avocat, membre d'un grand cabinet français (E16), sur le problème de la pluridisciplinarité. Selon lui, la régulation de la concurrence entre les différentes professions qui rendent des services juridiques passe par le respect du principe suivant : « chacun intervient dans son domaine et non pas chacun peut intervenir dans le domaine de l'autre ».

Notre interlocuteur a évoqué le cas du réseau Andersen qui a disparu à la suite de l'affaire Enron (E16, p. 43) : « C'était une association (avec un label) entre des avocats, des auditeurs et des consultants qui mettaient en commun des ressources (formations, problématiques,…) afin de définir des normes d'intervention commune (accords de réseau) et qui se refilaient les clients ». On a ici affaire à un réseau de cabinets avec un double niveau de spécialisation. E16 considère ce dispositif organisationnel comme une régulation de la concurrence entre ces trois types d'entité (avocat, auditeur, consultant), car chacun respectait la compétence des autres.

En France une partie de la profession s'est emparée de cette affaire pour dénoncer le fonctionnement en réseau. Avant cette affaire, qui a défrayé la chronique, la question était justement de savoir si on pouvait être un cabinet d'affaires indépendant dans une structure de réseau international. Les cours d'appel étaient partagées et la Cour de cassation avait tranché de façon favorable au réseau international. Avec l'affaire Enron, il y a eu un retournement et la partie de la profession (les petites structures) contre les « réseaux internationaux » a fait appel au législateur. La loi sur la sécurité financière a cassé la stratégie de réseau en 2005.

Il s'agit là d'un point crucial d'opposition au sein de la profession, qui dépasse le clivage ancien entre avocats et conseils. Le débat sur la publicité est d'ailleurs parti de la dénonciation des réseaux internationaux qui font de la publicité pour les cabinets d'avocats. Dans ce type de réseau, il n'y a plus à investir dans de telles dépenses pour se faire connaître sur le marché, la constitution même du réseau s'appuie sur le principe d'échange d'information sur la clientèle potentielle.

Pourtant, d'après notre interlocuteur, le réseau est une façon de répondre à l'interprofessionnalité en l'absence de possibilité légale de fonder une structure pluridisciplinaire. Aujourd'hui, il existe trois grands réseaux internationaux : Ernst & Young, Price et KPMG qui comprennent du juridique, de l'audit et du consulting. Notre interlocuteur déploie les éléments d'un marché des services juridiques international qui a sa logique, car il définit de nouveaux mécanismes de réputation (basé sur le label attaché au réseau) et donc de publicité des cabinets, qui remettent en cause les restrictions traditionnelles en la matière.

Néanmoins, selon nous, les avocats, bien que conservant leur autonomie pour mener leur activité, risquent de perdre une partie de leur indépendance dans les solutions juridiques qu'ils peuvent élaborer, du fait des relations qu'ils tissent avec de gros clients. Par ailleurs, la régulation organisationnelle rend moins nécessaire les arbitrages locaux effectués par les conseils de l'ordre (entre avocats et entre ces derniers et leurs clients), ce qui diminue d'autant son importance dans la définition de règles déontologiques, les dispositifs d'assurance professionnelle- du fait de la nature de la clientèle des grands réseaux internationaux –, les dispositifs de formation professionnelle assurés par l'ordre, et donc toute la mutualisation des ressources opérée par le profession. De même, dans cette perspective, le travail coopératif autour de la définition d'un barème ou de l'aide juridictionnelle est hors champ, brisant ainsi le rattachement au principe fondamental d'accès à la justice du plus grand nombre. Cela conduit à négliger la question du « politique » et donc les problèmes d'inégalités.

C'est dans ce sens que l'on peut parler de l'émergence d'un « régime professionnel privé », régime qui pose la question de sa régulation au niveau international. On a donc un « marché » à plusieurs étages, pour reprendre l'expression de F. Braudel, dans lequel l'international, le national et le local ont peu de liens. Mais ce nouveau segment international est à rattacher à la question de la conception du droit qui devient de plus en plus un droit contractuel et dont les normes sont définies par les grands cabinets, en l'absence d'un droit vraiment applicable. C'est le droit qui devient la norme en l'absence du politique.

C'est l'internationalisation de l'activité des cabinets qui explique la remise en cause des ordres professionnels et la politique de la Commission européenne qui, feignant d'entendre ce *lobbying* diffus, invoque la défense du « consommateur » pour accueillir un soutien politique dans ses propositions de réforme.

Le déploiement de ces grands cabinets sur les territoires nationaux a pour effet de mettre en concurrence leur département avec des cabinets de niche spécialisés dans un domaine juridique. Cependant il n'est pas rare que ces concurrents collaborent sur certains dossiers (voir E23), les plus petits venant donner un coup de main aux plus grands. Bien que cette aide peut correspondre à une forme de sous-traitance de production, on peut penser aussi que le cabinet de niche soit enrôlé pour son expertise et son ancrage territorial. Ce qui témoigne d'une différence dans la qualité des prestations des deux types de cabinet.

2.2. La niche du droit de la distribution

Le secteur de la distribution donne une autre illustration du rôle de « médiation » des cabinets d'affaires dans un contexte national, en particulier en matière de contrats de distribution entre un mandataire et un mandant qui se sont multipliés à la suite du développement de ce nouveau mode de distribution commerciale (qui nous vient des Etats-Unis). Néanmoins, contrairement aux grands cabinets d'affaires diversifiés, les deux cabinets présentés sont fortement spécialisés dans leur domaine et ont acquis une réputation auprès de clients qui sont attachés au charisme, sinon à la personnalité, de leur responsable. Cette spécialisation de leur activité se déploie également au niveau du type de clientèle, puisque

chacun des cabinets conseille et défend exclusivement l'une des deux parties à la relation contractuelle (le « principal » et « l'agent » par la suite, pour des raisons d'anonymat). Ils mènent de front activités de conseil et de contentieux et estiment faire progresser la jurisprudence, chacun de leur côté. On peut penser que cette inventivité juridique croisée conduit à des clauses contractuelles équitables qui permettent le développement du secteur de la distribution en question. Ils ont du respect mutuel l'un pour l'autre dans leurs joutes oratoires devant les juges. Enfin, leurs expérience et reconnaissance leur ont permis de développer fortement leur activité de conseil et d'arbitrage. Parmi les autres points communs, on peut signaler les difficultés de recrutement qu'ils rencontrent du fait de la concurrence des grands cabinets, ainsi qu'une conception de la formation basée sur une longue période d'apprentissage des jeunes avocats pour acquérir l'expertise souhaitée.

2.2.1. La défense des « agents »

Nous prenons appui sur l'entretien E6 fait auprès d'un cabinet qui s'est spécialisé dans le secteur de la distribution et qui, dès son origine, a fait le choix de défendre uniquement les « agents », à la suite de l'apparition d'un nombre important de contentieux spécifiques : « Le cabinet au départ était un peu un laboratoire d'idées… c'est une question de culture du cabinet ».

Notre interlocuteur a mis l'accent sur la cohérence des arguments juridiques pour défendre uniquement les agents face au pouvoir politique très organisé des « principaux » (parallèle avec le lien de subordination propre au contrat de travail). Il défend l'acquisition d'un savoir-faire, d'une véritable expertise dans une configuration juridique marquée par l'importance du système contractuel et la faiblesse des lois.

L'activité de ce cabinet peut être modélisée en référence à une innovation juridique portant sur les contrats de distribution et permettant de rééquilibrer le rapport de force entre les « principaux » et les « agents ». Ces « innovations contractuelles », reconnues progressivement par la jurisprudence, participent à la fois à la recherche de solutions juridiques plus justes et au développement du secteur. Elles conduisent également à construire un « marché » des services juridiques pour la défense des droits des « agents ».

La question que l'on peut se poser est de savoir si les bénéfices retirés de l'activité innovatrice de ce cabinet ne sont pas supérieurs à son investissement initial. Ce qui pose la question de l'entrée sur ce « marché » de nouveaux cabinets.

La création d'une nouvelle jurisprudence, une fois stabilisée, permet la rédaction de contrats plus ou moins standards qui peuvent être repris par de nouveaux cabinets entrants. Cela est d'autant plus probable que la clientèle des agents est composée essentiellement de petits commerçants qui sont des « joueurs occasionnels ». Il faut noter néanmoins que les associations de réseaux d'agents ont facilité la promotion du cabinet innovateur et stabilisent encore aujourd'hui son image de marque.

D'après notre interlocuteur, il subit de plus en plus la concurrence des « cabinets organisés ». Mais, selon lui, cela n'a pas d'influence sur le montant de ses honoraires. Il n'établit pas de conventions d'honoraires. Ces derniers sont composés d'une partie fixe, une fourchette estimée suivant le temps consacré au dossier (environ 5 jours), et d'une partie variable suivant le résultat du procès. On peut considérer que le « taux horaire » correspond d'une certaine façon au taux qui permet de stabiliser le recours à ce type de prestation par les « agents » qui ont des disponibilités à payer très limitées. Néanmoins, on peut penser que ce cabinet a bénéficié de sa position de monopole temporaire sur ce marché pour ajuster son « taux horaire » par rapport aux « tarifs » des autres cabinets d'affaires parisiens.

En résumé, on pourrait dire que le développement de ce cabinet repose sur une « stratégie de niche », expression reconnue dans la profession, basée sur un investissement dans des contentieux spécifiques, investissement de départ qui limite ensuite l'entrée de cabinets concurrents jusqu'à la stabilisation de la jurisprudence. Sa perte progressive de sa position de monopole sur ce « marché » l'a conduit à stabiliser ses liens avec les associations de réseaux d'agents au sein duquel il assure sa promotion et conforte sa position d'expert du domaine pour participer à des transactions, négociations et procédure d'arbitrage.

Ce type d'innovation juridique contribue à la fois à la stabilisation d'une jurisprudence et à la création d'un nouveau marché de service juridique dans un domaine où le droit positif avait peu de prises. Notons que cette innovation se fait sans vraiment l'appui de l'ordre professionnel et sans pratiquement recourir à un « réseau de conseil » mobilisant différents cabinets qui œuvrent dans le même secteur.

2.2.2. L'émergence d'un droit équitable ?

Cependant l'étude, via E21, d'un cabinet d'avocats défendant la partie adverse, les « principaux », montre que ces constructions jurisprudentielles autour des contrats est en partie distribuée entre les deux cabinets (E6 et E21) qui entretiennent des relations de respect mutuel. Ce second cabinet E21 a, de son côté, des relations symétriques avec l'association des « principaux » qui constitue son support de réputation principal. Son membre fondateur considère aussi qu'il a fait œuvre de création par l'imagination et la rigueur, et en fait un exemple d'une parfaite auto-régulation d'un secteur en dehors de l'intervention de l'Etat (français) ou de la Commission européenne, bien que ceux-ci aient limité l'expansion de ce secteur par les restrictions réglementaire en matière de distribution sélective. L'originalité du développement de E21 est son ouverture à l'international avec la création d'un bureau en Espagne (du fait du développement des échanges commerciaux en matière de distribution entre les deux pays).

Il défend « bec et ongles » la qualité de son travail et dénonce les prestations offertes par les grands cabinets d'affaires caractérisés par un fort turnover de leur personnel. Ce qui a des conséquences sur la qualité des prestations qu'ils offrent. Leur activité publicitaire à grande échelle (reposant en fait sur une marque) et leur couverture du territoire rendent peu coûteuse la perte d'un client. A cet égard, il dénonce la remise en cause éventuelle des restrictions en matière de publicité et, de façon plus générale, le non-respect des règles de déontologie par « cabinets anglo-saxons ». Par ailleurs, il n'est pas prêt à développer son activité, car il ne veut pas tomber dans une logique purement financière, et tient à garder des liens très étroits avec ses clients qu'il admire pour la plupart.

Cela amène notre interlocuteur à préserver la plupart des règles professionnelles, y compris l'interdiction de cabinets pluridisciplinaires. Inversement, il est, comme pratiquement tous nos interlocuteurs, pour la suppression de la « postulation » qualifiée de « survivance de l'Ancien régime ».

Ce sont sur ces questions de pluridisciplinarité, d'ouverture du capital à des non avocats et de publicité que les différences avec les avocats des grands cabinets d'affaires précédents sont les plus importantes. Mais plus que des divergences portant sur des règles explicites, c'est l'état d'esprit, la manière d'exercer la profession qui est source de conflits. Notons d'ailleurs que l'émergence de formes d'organisation en réseau contribue à rendre peu pertinent les restrictions en matière de publicité, de pluridisciplinarité et d'ouverture du capital, restrictions qui ont un sens en référence à une forme d'organisation traditionnelle des activités juridiques avec des frontières étanches. L'activité en réseau permet tout à la fois d'accroître son activité

dans différents domaines et lieux géographiques et de multiplier ainsi les opportunités d'affaires avec les grandes entreprises.

2.3. La niche du droit social

L'exemple du droit social va montrer que l'innovation juridique est associée à une stratégie de niche qui s'appuie plus franchement sur des réseaux de cabinets nationaux ou européens. L'innovation jurisprudentielle est plus distribuée au sein d'un réseau de cabinets dans un domaine où la production législative et conventionnelle est plus importante, et évolue rapidement.

2.3.1. La course aux niches en droit social

Tous nos interlocuteurs qui exercent dans ce domaine mettent l'accent sur l'évolution rapide du droit social, si bien qu'ils cherchent à trouver des solutions nouvelles lorsque la jurisprudence n'est pas stabilisée. Cette innovation juridique plutôt de nature incrémentale (le terme d'ailleurs d'innovation est pour certain d'ailleurs trop fort) est permise par une certaine spécialisation dans le domaine et une forme d'organisation qui permet l'échange rapide d'information à partir de bases de données communes et de séminaires de formation. Cette organisation peut être démultipliée par l'appartenance à un réseau à l'échelle nationale (E14) ou européenne (E1 et dans une moindre mesure E18), ce qui permet d'entretenir des liens avec des correspondants qui échangent de l'information, proposent des consultations, transmettent ou acceptent des dossiers, des contentieux dont ils peuvent suivre la procédure (postulant) ou encore plaider devant le tribunal de leur barreau. Ce mode d'organisation en réseau, surtout développé par les cabinets pro-employeurs, épouse d'une certaine façon le développement des grands groupes ou entreprises multi-établissements qui cherchent à s'adjoindre les services exclusifs d'un cabinet d'avocat qui traite, via son réseau de correspondants, des dossiers sur l'ensemble du territoire concerné. En matière de droit social, on peut y voir aussi l'adéquation avec les nouvelles instances de représentation des salariés (Comité central d'entreprise, Comité d'entreprise européen) et la signature d'accords, ou encore de litiges en matière de représentation des salariés, qui sont suivis et réglés par le cabinet d'avocats de l'entreprise.

Là encore les acteurs eux-mêmes font référence à des cabinets dit de niche qui, par réseaux interposés, se font concurrence entre eux. L'intensification de la concurrence fait apparaître une forme de « course à la niche » sur un domaine pointu du droit social en pleine effervescence, comme il existe une course au brevet dans le domaine de l'innovation technologique. L'idée est que le premier qui dépose le brevet emporte l'ensemble du marché lié au nouveau produit ou procédé. De même en droit social, celui qui trouve le « nouveau produit » en premier à les chances d'être reconnu comme le cabinet hyper-pointu sur la question et donc s'attacher le plus grand nombre de clients sur ce nouveau marché.

Nous allons présenter quatre cabinets suivant un degré décroissant d'inscription dans une logique de firme et de prestation de services (conseils), ou encore de connexion entre « conseil » et « contentieux ».

2.3.2. Un cabinet de niche transformé en réseau européen de droit social

E1 est un grand cabinet en droit social qui, à l'époque de sa fondation, a créé une véritable niche. Son organisation a suivi la structure multi-établissements des grandes entreprises françaises et, depuis quelques années, leur implantation étrangère par la fondation d'une

alliance internationale, un réseau qui regroupe des avocats dans plusieurs cabinets membres européens. Ce qui, comme le dit leur plaquette, permet d'établir des « solutions globales » pour les entreprises multinationales. Par ailleurs, le cabinet peut être sollicité par des cabinets d'affaires sur la « partie sociale » d'une fusion-acquisition.

La plaquette met également l'accent sur la spécialisation des collaborateurs permettant de recouvrir tous les aspects juridiques de la relation de travail. Mais loin de regrouper en son sein des départements spécialisés sur un aspect juridique particulier, ce cabinet regroupe avant tout des équipes dirigées par un ou deux associés qui ne sont pas forcément spécialisées, équipes qui témoignent de son mode de croissance externe. Notre interlocutrice a insisté sur la diversité entre les équipes qui n'ont pas de spécialité particulière, à l'exception de certaines qui sont spécialisées dans un domaine de la gestion des ressources humaines (GRH). De plus, la répartition entre conseil et contentieux varie d'une équipe à l'autre, certaines ne font que du conseil, une seule ne fait que du contentieux.

Cette diversité des équipes se retrouve dans la manière de gérer l'équipe, suivant la personnalité de l'associé, d'évaluer le travail des collaborateurs(trices), de recruter et de former les stagiaires, de fixer les honoraires. Cette grande autonomie des associés dans la gestion des équipes va de pair avec le fait que la clientèle leur est attachée et cela malgré la création d'une structure commune (revue, documentation, personnels administratifs,…), d'un label, de normes de management, de tout un ensemble de ressources partagées propres à créer une véritable entreprise intégrée. Un bon indice de cette grande autonomie des équipes est la difficulté de la création d'une base de connaissances communes, de modèles de rédaction d'actes juridiques ou de conseil.

Cette autonomie se retrouve aussi dans le travail des collaborateurs. L'enquêté compare et contraste à plusieurs reprises avec les cabinets anglo-saxons qui font du « saucissonnage de dossiers ». Là encore se tissent des liens étroits entre les clients et les collaborateurs, ce qui fait que l'entreprise en tant que telle, son appartenance à un réseau européen, est loin de constituer le seul support de réputation de la qualité de la prestation des avocats. L'utilité du réseau européen est de pouvoir répondre aux besoins des clients qui multiplient leur implantation internationale. Cela est d'autant plus nécessaire que la particularité du droit social est de conserver de fortes spécificités nationales du fait de l'importance du droit légiféré et encore de sa faible harmonisation européenne.

2.3.3. Un cabinet de renom qui esquisse la construction d'un réseau européen

Le cabinet E18 constitue une organisation beaucoup moins intégrée que E1. Les clients restent fortement attachés aux personnes et en particulier aux deux fondatrices du cabinet dont la réputation peut attirer de nouveaux clients. Elles cherchent à développer un réseau européen (mais de façon progressive en connaissant bien ses partenaires), afin de suivre leur clientèle et de participer à la « course à la niche ».

En effet, notre interlocutrice a parlé de « niche dans la niche » pour évoquer la « course » à laquelle ce cabinet se livre avec ces 5 ou 6 concurrents, course qui, selon elle, donne lieu à des « méthodes assez agressives de recherche de clientèle », afin de devenir l'avocat exclusif des grands groupes. La recherche de niches de plus en plus étroites est directement liée à la politique des groupes qui recherchent un cabinet d'avocat dans chaque domaine de la GRH, domaine d'intervention qui peut avoir une durée de vue très courte, comme le temps de la négociation des accords sur les 35 heures (2 ou 3 ans).

Si les cabinets convergent sur le même type de solution, l'interviewée montre que néanmoins certains peuvent prospecter plus vite que les autres dans un domaine, ce qui leur

permet de constituer un petit monopole temporaire. Au départ, il existe toujours une incertitude sur ce qui peut constituer un « nouveau produit » ou non. C'est une recherche d'informations qui se recoupent, une réflexion progressive, qui permet d'innover et de trouver un nouveau filon, entouré d'une certaine confidentialité, comme le montre l'extrait d'interview. Elle ne veut pas nous dévoiler ce qui est actuellement au centre de sa réflexion. Cela vient de l'intérieur du cabinet, même si ensuite le « nouveau produit » peut être valorisé dans des « cercles », des « clubs de GRH » que le cabinet anime et qui regroupent des directeurs juridiques et des DRH de grands groupes.

L'organisation de l'activité du cabinet montre une certaine spécialisation des collaborateurs dans différents domaines qui peuvent se décliner entre deux « grands volets », dont l'un renvoie au « contrat de travail, licenciement collectif et réorganisation d'entreprise ». Notons que notre interlocutrice a bien précisé que la structure de l'activité de son cabinet ne reprend pas la distinction que l'on trouve dans les manuels de droit social entre les rapports individuels et collectifs de travail. L'activité du cabinet est largement définie par les besoins des clients et plus particulièrement par leur secteur d'activité (SSII, audiovisuel,…), ce qui renvoie aussi à une spécialisation des collaborateurs par « ligne de clients », et donc l'entretien de liens suivis entre certains collaborateurs et certains clients. La présentation du site met en valeur la page personnelle de chaque collaborateur. E18 évoque une « organisation souple » qui permet de répondre à la fois à une question très pointue, quitte à transmettre le dossier du client à l'avocat le plus compétent, et à des dossiers qui font intervenir plusieurs collaborateurs suivant une forme de division du travail entre spécialistes.

Notre interlocutrice prône une réforme progressive de la profession. Elle est pour la réduction des restrictions en matière de publicité à partir du moment où tout le monde peut en faire (les petits comme les grands). Elle n'est pas contre aussi la suppression du monopole de la représentation. De toute façon, dans les domaines les plus pointus, elle voit mal qui pourrait venir partager le monopole de la plaidoirie ou de la représentation. Elle évoque que, même devant le conseil des prud'hommes où la représentation n'est pas obligatoire, 85 % des affaires ont une représentation d'avocats. Comme beaucoup d'autres confrères, elle tend donc à minimiser les conséquences de la fin de ce monopole sur l'activité des avocats.

Sur la question de l'ouverture du capital à non avocats, elle est partagée. Elle ne voit pas d'inconvénient à l'ouverture à d'autres juristes (notaires, …), au fait que l'on puisse « croiser des investissements entre juristes ». Mais notre avocate est *a priori* moins favorable à l'entrée des banques et des assurances, du fait de la nécessité de maintenir l'indépendance des avocats. Si ces partenaires pouvaient rentrer, il faudrait alors limiter leur possibilité de contrôle.

Par contre, à l'encontre de l'exemple des *solicitors* britanniques, elle ne voit pas l'utilité de supprimer le rôle de l'ordre en matière d'arbitrage des litiges entre les avocats et entre ces derniers et leurs clients, et ceci d'autant plus qu'il y a le contrôle *a posteriori* de la Cour d'appel.

2.3.4. Les réseaux nationaux de cabinets en droit social

E14 (cabinet de province traditionnel du judiciaire) donne un exemple de cabinet pro-employeurs qui a construit progressivement un réseau national (5-6 cabinets) afin de répondre aux besoins des grandes entreprises. Néanmoins E14 a cherché à bien maîtriser le choix de ses correspondants en fonction de valeurs partagées sur la façon de mener leur activité et d'assurer une prestation de qualité. La structure en réseau permet aussi de mutualiser un certain nombre de moyens en matière de documentation et de formation.

E 14 dénonce le saucissonnage des dossiers pratiqués par les « grands ». En fait, il estime délivrer une prestation d'aussi bonne qualité qu'eux et c'est seulement l'image de marque qui lui manque, d'autant qu'il exerce en province. A l'autre extrémité de la hiérarchie des cabinets, il critique le dumping dans la profession, relayée par les revendications de défense des consommateurs. Ce qui conduit à prendre la pente de la mauvaise qualité.

Afin d'éviter ces deux orientations qu'il juge néfastes, il propose une réforme des règles professionnelles qui ferait sauter l'interdiction d'avoir des structures pluri-professionnelles (complémentarité des activités des avocats avec celles des experts comptables ou encore des notaires). Il faut dire que c'est un trait commun aux cabinets de province qui cherchent à développer leur activité pour accéder à une certaine taille critique. E14 remet aussi en cause le monopole de la représentation, à condition d'élargir le champ d'intervention des avocats. Il prône une réflexion plus générale sur ce qu'on attend de l'avocat, de sa place dans la société, sur ce que c'est « qu'un homme de droit ». Il propose aussi d'élargir l'activité des avocats en droit public au lieu de n'avoir que des conseils juridiques émanant de fonctionnaires.

2.3.5. La défense des salariés de l'audiovisuel

La recherche de solution juridique nouvelle se développe aussi dans les cabinets de droit social qui défendent principalement les salariés. E8 est un petit cabinet en droit social, qui s'est spécialisé dans la défense des salariés travaillant dans les media, secteur qui est confronté à de nombreux problèmes juridiques : « Cela bouge tout le temps… ce qui est intéressant c'est qu'on fait la jurisprudence ».

Cette activité de création jurisprudentielle est distribuée entre plusieurs cabinets du côté salarié et employeur : « On est en lutte perpétuelle sur un certain nombre de sujets avec nos adversaires avocats d'employeurs. C'est-à-dire qu'on met en place des séries d'argumentation qui sont accueillies et puis on suit la stratégie jusqu'à faire monter un certain nombre de dossiers jusqu'à la Cour de cassation. Il y a donc une vraie stratégie judiciaire. C'est de la création parce que là on attrape tout ce qu'on peut à gauche et à droite comme influence, que ce soit sur la plan communautaire, que ce soit sur le plan international ou autre ».

Cette activité créative repose en particulier sur des liens de coopération avec un autre cabinet qui partage les mêmes options et il est prévu à terme une fusion entre les deux cabinets : « Ce n'est pas anti-concurrentiel car c'est au bénéfice du justiciable ».

Cette orientation de l'activité du cabinet repose, comme dans le cas précédent, sur une grande connaissance et fréquentation du milieu des media : des DRH, des radios, des journalistes. Elle conditionne aussi le choix des dossiers et des collaborateurs. Notre interlocuteur souligne les difficultés de recrutement qu'il rencontre et cela d'autant plus qu'il ne prend pas de stagiaires. Il lui faut non seulement des collaborateurs formés en droit du travail (que l'école de formation des avocats a du mal à repérer), mais aussi des personnes qui adhèrent à l'esprit du cabinet, dépourvues d'esprit mercantile. Il a été responsable de la formation du Barreau de Paris et dénonce les cours de gestion de la clientèle. Plus fondamentalement, il critique la notion de marché et de concurrence, et s'oppose donc aux mesures de déréglementation.

On voit ici émerger une forme de militantisme orienté par la défense des droits protecteurs des salariés. On peut faire un rapprochement avec l'exemple de l'avocate de province (E17), dont le CA est pour moitié constituée par l'Aide Juridictionnelle, ex-militante qui a défendu les agriculteurs, les femmes et les étrangers.

2.3.6. Intermédiaires et stratèges du droit

De ces différents cas de cabinets en droit social, on peut tirer un enseignement plus général entre production législative et « marché du droit », posant la question de l'intervention des avocats et de leur participation à un bien commun. Par exemple, les lois Aubry en matière de réduction du temps de travail ont donné lieu à la création d'un véritable marché, ce qui est une autre façon d'aborder les enjeux économique du droit du travail.

Bien que les avocats jouent un rôle d'intermédiaire du droit, de son institutionnalisation dans les pratiques des entreprises (Edelman (2003) parle de « managérialisation du droit »), ce qui lui confère une certaine effectivité, on ne peut pas non plus complètement écarter l'usage stratégique qu'ils peuvent en faire soit pour leur propre compte, en participant à une certaine complexification du droit, soit pour le compte de l'entreprise en contribuant à des asymétries d'interprétation des accords en sa faveur. Le droit devient une affaire de spécialistes mettant en difficulté les instances représentatives du personnel.

Pour résorber cette asymétrie, il faut alors que d'autres cabinets de droit social « du côté salarié » interviennent pour ré-équilibrer le contenu des accords. Le droit risque toujours d'être une affaire de spécialistes mais qui, par l'intervention du juge et la création d'une jurisprudence, équilibre les rapports sociaux. La concurrence entre les cabinets au sein d'un domaine, qui défendent les deux parties à la relation de travail, peut converger vers une solution équitable, participant ainsi au bon fonctionnement du droit et de la justice, et au bien commun de la société en créant un espace de débat entre différents principes de justice. Le même raisonnement peut être fait pour toute relation économique entre un « principal » et un « agent ».

Il peut aussi engendrer une judiciarisation croissante des rapports sociaux si les avocats ne jouent pas leur rôle de médiateur entre l'état du droit, toujours susceptible d'être instrumentalisé par l'une des deux parties, et les dispositifs de coopération aménagés par ces parties pour réguler leur interaction quotidienne (Bessy, 2007).

Ce qui pose la question de la régulation de l'activité des avocats qui peuvent parfois rechercher le contentieux. De ce point de vue, le respect des règles déontologiques pour limiter les recours au procès qui ne sont pas justifiés, et qui s'inscrivent dans une visée stratégique afin d'obliger la partie la plus « faible » à négocier, est crucial. Cela éviterait de prendre une série de mesures de politique publique visant à désengorger les tribunaux, en bloquant l'accès au juge, qui risquent de ne pas offrir toutes les vertus démocratiques d'une justice de qualité[5].

2.4. Une typologie des cabinets

En conclusion, on peut proposer une typologie des cabinets autour de leur positionnement respectif sur deux axes principaux.

Un premier axe oppose les cabinets qui s'inscrivent dans une logique de co-production de la stratégie juridique de leur client, aux cabinets qui ont un plus grand pouvoir discrétionnaire dans la constitution des dossiers et ancrent principalement leur activité dans le contentieux. Cette opposition ne repose pas complètement sur la nature de la clientèle des cabinets

[5] Sur cette question voir l'article dans *Libération* (29 avril 2008) de J.-P. Levy qui met l'accent sur les méfaits démocratiques d'une privatisation de la justice ou de son remplacement par la technocratie, ou encore les officiers publics propriétaires de leur charge.

(entreprises, particuliers) ou sur des domaines du droit. Par exemple, la façon dont nous avons distingué les quatre cabinets en droit social (E1, E18, E14, E8) s'inscrit dans cette opposition.

Elle reprend la distinction proposée par L. Karpik (2007) entre « régime professionnel classique » et « régime professionnel privé ». Dans le « régime professionnel classique », le « marché » et l'action politique des avocats réussissent à s'articuler à partir du moment où ils mettent en œuvre des services personnalisés qui peuvent se décliner sous diverses formes, être produits dans un souci d'indépendance individuelle et collective, et encadrés par « des dispositifs de contrôle qui permettent d'ajuster les risques que l'avocat fait courir au client à la confiance disponible. » (2008, p. 285). Pour Karpik, le risque aujourd'hui, avec le « régime professionnel privé », est que le « politique », au sens de la défense des libertés fondamentales ou de la construction de nouvelles « causes », disparaisse en voulant réguler uniquement l'action économique des avocats à partir de la suppression des entraves à la concurrence. Ou, encore, que le « politique » ne soit réduit qu'à la possibilité de chaque client de défendre son droit tel qu'il entend, sans remonter nécessaire à une forme de bien commun garanti par l'Etat. Ce sont deux conceptions différentes du droit qui s'opposent sur cet axe, un droit de nature plutôt contractuelle et un droit plutôt légiféré. Par ailleurs, l'autre risque est que la suppression des règles professionnelles dégrade la qualité des prestations de service, du fait de leur standardisation en lien avec la constitution et l'extension de « marchés » de services juridiques.

Un second axe permet d'opposer les cabinets suivant qu'ils connectent très étroitement « conseil » et « contentieux », en faisant plus ou moins œuvre inventive de jurisprudence dans un domaine précis, une niche, et ceux où ces deux activités sont déconnectées, faisant soit l'une soit l'autre, mais sur des dossiers qui restent relativement simples et qui sont propices à une forme de standardisation de la prestation : veille juridique pour le « conseil », divorce par consentement mutuel ou aide juridictionnelle, pour le « contentieux ».

Ainsi, E6, E8, cabinets qui, comme on vient de le voir, orientent d'une certaine façon la jurisprudence dans leur domaine de spécialité (respectivement, droit de la distribution et droit social), vont se distinguer de ceux qui offrent des prestations relativement standardisées, avec pourtant une même clientèle composée de particuliers ou de petits indépendants.

Dans les domaines des cabinets d'affaires, on peut opposer les « cabinets français de renom » qui défendent de façon très ajustée l'intérêt de leurs clients, en faisant du « sur mesure » et en inventant de nouvelles solutions juridiques, et les « grands cabinets anglo-saxons », qui suivent des procédures standards permettant la coordination des acteurs sur des marchés étendus. Cette opposition est elle-même construite par les avocats, en particulier ceux qui dénoncent la logique de marché au nom d'une convention de qualité plus respectueuse de l'intérêt du client, en référence à une forme de « bien public » ou encore d'un élargissement des intérêts particuliers, débouchant sous une forme d'entente et permettant de sauvegarder une relation coopérative (voir la distinction entre E24, E21, E20, d'un côté, et E23, E3, E16, de l'autre côté). Cette dénonciation du « marché » plaide aussi pour une dé-réglementation modérée de la profession.

Lorsqu'on croise ces deux axes, on obtient quatre types de cabinets.

Les avocats bâtisseurs qui construisent et défendent des causes, et qui apparaissent en position d'autorité dans leur domaine d'expertise (E2 en droit social, E4 en droit de la famille). Dans la même logique, on peut rapprocher des cabinets de droit social qui innovent sur le plan juridique (comme E8).

Les avocats traditionnels interviennent dans du contentieux relativement simple, comme l'aide juridictionnelle, ou encore offrent des prestations de conseil standardisées, en prenant à

leur charge la constitution des dossiers et en exerçant leur pouvoir discrétionnaire. On peut y classer E5 (droit de la famille), et E11, E22 (droit social et droit économique).

Les deux autres types de cabinets interviennent plus sous la forme d'une coproduction de la stratégie juridique de leurs clients, ce qui est moins propice à une logique de dépassement de la demande exprimée par le client. Le risque d'instrumentalisation du droit au profit d'intérêt économique est le plus fort.

Les grands cabinets offrant du conseil standard organisent leur activité suivant une logique d'entreprise et d'offreurs de services qui cherchent à répondre aux besoins de leurs clients en standardisant leur méthode, ou en s'alignant sur les standards du marché du droit, afin d'accroître leur productivité par une certaine forme de division du travail. La clientèle est attachée à la marque de « l'entreprise » ou du « réseau » plutôt qu'aux associés. Ce sont les grands cabinets d'affaires anglo-saxons très diversifiés et implantés mondialement (E3, E23), les cabinets d'affaires français spécialisés dans le conseil (E16) et tissant des liens en réseau avec d'autres professionnels du conseil.

Les cabinets « haute couture » sont à la source d'un nouveau régime professionnel privé basé à la fois sur une activité de conseil, qui cherche à répondre au plus près des besoins de la clientèle, et sur la recherche de solutions juridiques nouvelles, en l'absence de droit applicable bien établi. Leur activité d'habile négociateur est valorisée, ou encore d'arbitre, dans des configurations où il est important de maintenir un cadre coopératif entre les acteurs. Et c'est dans ce sens qu'ils deviennent aussi des experts dans leur domaine et s'attachent ainsi une clientèle. L'entretien de cette capacité d'expertise et d'inventivité juridique permanente (voir supra, § 1.1) est une limite à la diversification de leurs activités, et suppose des formes d'apprentissage sur le tas. On peut y classer E24 (droit des affaires) et E19, E21 (droit de la distribution).

ANALYSE 4. Conventions de qualité et réflexivité : que faut-il attendre (et ne pas attendre) du marché ?

Franck BESSIS

Dans sa version canonique, la théorie économique modélise une situation d'échanges où le contenu de la demande est déterminé indépendamment du marché : seules les quantités demandées varient en fonction du prix ; ce que souhaite le consommateur s'est constitué antérieurement à son intervention sur le marché. Pour connaître les biens qui apportent le plus de satisfaction à un agent, nous devons nous référer à ses *préférences*, qui sont considérées comme des données de départ. Si certains travaux proposent de rendre endogènes les préférences des agents, cette opération s'effectue le plus souvent par une révision qui fait suite à l'acte de consommation. L'intérêt du consommateur est donc déterminé avant ou après sa rencontre avec le producteur.

A l'inverse, en matière de services juridiques, l'intérêt du justiciable peut être déterminé au cours de l'interaction entre ce dernier et un avocat. Cette note vise à tirer les implications de cette spécificité du marché des avocats pour l'évaluation de la qualité des prestations juridiques. Cette spécificité met en lumière la dimension réflexive du travail des avocats et permet ainsi de spécifier le « test de proportionnalité » suggéré par la Commission européenne à partir d'un critère d'évaluation de la qualité, tant dans ses composantes micro (satisfaction du consommateur) que macro (amélioration ou détérioration de l'État de droit). Au regard de ce dernier, l'organisation professionnelle (prise dans son ensemble) passe sans difficulté le « test de proportionnalité ». Appliqué au scénario d'une dérégulation à partir d'une représentation réaliste du marché des avocats (pris dans sa diversité), le test ainsi spécifié remet en cause les bienfaits attendus des seuls mécanismes concurrentiels.

1. « On doit dépasser ce que souhaite le client »

La spécificité du marché des services juridiques réside dans le fait que, pour fournir le service qui maximisera *ex post* la satisfaction de son client, l'avocat entend généralement modifier la demande qui s'adresse à lui :

> « On doit DEPASSER ce que SOUHAITE le client pour trouver dans ce qu'il vous raconte les éléments permettant de véritablement défendre ses intérêts. C'est-à-dire qu'il ne faut pas s'arrêter à ce que veut le client. Il ne faut pas DIRE « Je viens divorcer pour faute parce que j'en ai marre de ma bonne femme ou de mon bonhomme et je veux lui rentrer dedans, vous allez voir ça va être la guerre ». Il faut lui dire « Ok Monsieur. D'abord racontez-moi votre histoire. Qu'est-ce que… etc. Puis après voyons les enjeux. Vous avez des enfants ? Vous n'avez pas d'enfant ? Vous avez des enfants JEUNES. Mais vous allez devoir parler avec L'AUTRE des enfants jeunes jusqu'à ce qu'ils soient majeurs, MEME PLUS après, vous êtes toujours des parents. Est-ce que vous PENSEZ véritablement qu'il soit raisonnable de se fâcher définitivement sur une histoire bassement matérielle… ». Voilà bon ça vous connaissez ça par cœur. Voilà l'IDEE. L'idée c'est qu'on ne doit pas s'arrêter à la PREMIERE histoire que raconte le client ET A SES SOUHAITS. Et on n'est pas là, on n'est pas des COMMERCANTS qui sortons de notre bouquin les textes de loi APPLICABLES pour dire « Monsieur vous voulez du 1382 ? Hop ! Voilà du 1382. Vous voulez du

> 1383 ? Voilà du 1383 ! ». NON ! On doit dire « Monsieur, qu'est-ce que vous voulez véritablement ? Ça, ça, ça, ça ? Ben, ce que vous vouliez au départ, on ne va PAS le faire. On va faire autre chose. On vous propose autre chose. Parce que votre intérêt c'est PAS de ça, C'EST de ça » (…). Parfois c'est évident que ce que souhaite le client c'est son intérêt et on en parle PLUS. MAIS, mais, mais en matière humaine, c'est BIEN RARE que la personne qui vient ici veuille vous raconter TOUTE l'histoire et veuille vous laisser l'orienter vers ce qui est vraiment son intérêt. D'habitude, ils viennent avec une idée TRES arrêtée sur ce qui est le bien POUR EUX » (E11)

> « moi j'ADORE recevoir, et ça arrive malheureusement rarement, des compliment des clients non pas pécuniaires, mais oraux en disant, ou écrits même ça arrive en disant « la stratégie que vous m'avez [PAS imposée parce qu'il ne dise pas, mais que vous avez] choisie, je vous remercie de l'avoir choisie parce que c'était la bonne et j'ai retrouvé mes enfants, j'ai retrouvé ci, j'ai retrouvé ça ». VOILA, c'est LA que j'ai fait mon job. » (E11)

L'avocat apporterait ainsi la contradiction au justiciable pour aider ce dernier à faire des choix plus conformes à son propre intérêt.

Pour analyser cette spécificité, nous allons partir de la manière dont E4, avocate spécialisée en matière de divorce, détaille le travail de distanciation par rapport aux affects que doit effectuer l'avocat :

> « cette SPECIALITE est une spécialité qui touche tellement à la psyché que vous ne pouvez pas la pratiquer avec seulement une connaissance livresque du code civil et du code de procédure, c'est impossible. Il faut avoir ENREGISTRER d'autres paramètres, et le pire du pire, c'est les avocats qui se comportent comme des commerçants, et qui emboîtent le pas à toutes les revendications, de leur client ou de leur cliente, persuadés que c'est les DEFENDRE que de REPRENDRE leur PAROLE et qu'ils sont là pour la PORTER, alors qu'en réalité, on est là pour les AIDER à réadapter leur parole aux faits, à leur faire prendre une DISTANCE par rapport à ce qui est difficile pour eux (…).

> Le client qui arrive chez vous et qui vous dit « mon mari me trompe, c'est un salaud, il s'est tiré avec sa secrétaire… je sais où elle habite, je sais qui c'est, d'ailleurs c'est une grue, c'est bien connu, j'ai vu son mari, il m'a dit que… blablabla, blablabla », bon. Vous vous apercevez que la DAME n'est mariée que depuis 8 ans, qu'elle a 35 ans et qu'elle a 2 enfants. Donc vous avez 8 ans de mariage, 35 ans, 2 enfants, elle travaille. Par les temps qui courent, l'adultère de son mari, aussi désagréable que ce soit sur le plan psychologique, ça ne va pas lui apporter grand-chose. Et ELLE s'imagine que parce qu'elle a déjà donné 5000 euros à un détective pour suivre le monsieur, grâce à ses 5000 euros, elle va en récupérer 500 000. C'est non ! Et c'est ce travail de deuil là qu'il faut lui faire faire. Et lui dire « C'EST très triste. C'EST très malheureux. C'EST pas bien du tout. JE comprends votre désarroi. JE comprends votre peine. C'EST VIOLEMMENT antipathique. C'EST ceci, c'est cela. Il reste que : depuis la REFORME, il y a une sensibilité MOINS GRANDE à ce genre de griefs. Le juge va statuer en pensant que… vous avez seulement 38 ans, que vous allez pouvoir reconstruire votre vie… que vous avez un emploi… que vous avez un régime de communauté qui vous préserve un peu de l'avenir… Donc NE VOUS ATTENDEZ PAS, après 8 ans de mariage, à avoir les mêmes compensations qu'après 25 ou 30 ans de mariage et 57 ans (…)

> Ils vous demandent de les ECOUTER, et quelque part ils vous demandent de les ENTENDRE. Et quand vous les entendez, ce n'est pas EXACTEMENT la même chose que quand vous les écoutez. Car derrière la violence des premiers propos, c'est à vous de guetter A QUEL ENDROIT vous allez retrouver la paix de la famille, surtout quand il y a 2-3 petits enfants, ou des ados, qui ont vraiment besoin qu'on leur foute la PAIX. Vous en avez toujours un qui les compense dans le lot, qui se retrouve chez le psy une fois par semaine à 80 euros, ce qui plombe le budget de sa mère. Vous avez des enfants qui sont au bord du suicide, des enfants qui ne s'en remettent jamais » (E4)

A partir de la théorie du choix rationnel (Savage, 1954), une telle configuration peut s'expliquer en termes d'asymétrie d'information entre l'avocat et le justiciable. L'asymétrie généralement postulée porte sur les compétences ou l'effort fourni par l'avocat. Le cas présent illustrerait plutôt une troisième forme d'asymétrie qui souligne l'incapacité du justiciable à anticiper correctement les conséquences de ses choix en raison de sa méconnaissance des

règles de droit (et de la jurisprudence) : là où la cliente, indignée par l'adultère de son époux, se croit en droit d'obtenir une forte compensation, l'avocat sait que « depuis la réforme, il y a une sensibilité moins grande à ce genre de griefs » et qu'en conséquence ses chances effectives d'obtenir ladite compensation sont plus faibles qu'elle ne l'anticipe. A partir des connaissances juridiques qu'il apporte à sa cliente, l'avocat peut ainsi la conduire à réviser sa perception des probabilités associées à l'occurrence des différents scénarios, et à changer de stratégie tout en conservant les mêmes préférences (recevoir la plus forte compensation possible).

Une partie de l'intervention de l'avocat échappe cependant au raisonnement précédent. Dans notre exemple, E4 ne se contente pas de corriger l'ensemble de choix perçu par le justiciable en complétant son information, mais se donne également pour rôle d'intervenir sur ses préférences : « derrière la violence des premiers propos, c'est à vous de guetter à quel endroit vous allez retrouver la paix ». En visant, dans l'intérêt de sa cliente, la paix alors même que celle-ci exprime des préférences belliqueuses, l'avocat se fait le devoir de dépasser la demande immédiate du justiciable. Le rôle de médiation qu'il entend jouer entre sa cliente et l'institution juridique apparaît en contradiction avec la philosophie politique sous-jacente au marché, fondée sur la liberté de choix. En conformité avec cette dernière, la modélisation standard des marchés postule des agents économiques autonomes parfaitement rationnels. Ce faisant, elle a toute les chances de passer à côté d'une fonction essentielle remplie par l'avocat. Pour bien comprendre ce marché, nous devons nous écarter de la théorie du choix rationnel et des capacités cognitives illimitées qu'elle attribue aux agents[1]. En partant plutôt d'une idée de rationalité limitée (Simon, 1947), nous entendons alors ménager une place tant à cette fonction particulière de l'avocat qu'à la liberté de choix du consommateur, comprises chacune dans une perspective réaliste[2].

La conception de la rationalité cohérente avec notre grille de lecture alternative en termes de qualités conduit à considérer, pour un même individu, différentes formes d'intérêt associées à différents systèmes de préférence (Bessis et alii, 2006). Dans notre exemple, cet intérêt est habilement réduit par l'avocat à sa dimension monétaire : les compensations qui pourraient être obtenues à l'issue d'une procédure purement conflictuelle sont mis en balance avec le coût du suivi psychologique des enfants (« Vous en avez toujours un qui (…) se retrouve chez le psy une fois par semaine à 80 euros »). Par ce qu'elle laisse de côté, cette réduction fait bien ressortir le caractère incommensurable des systèmes de préférence en jeu. Avant toutes considérations monétaires, la cliente entend rétablir sa dignité d'épouse en faisant condamner les agissements de son mari. Les dédommagements monétaires ne sont d'abord qu'une traduction imparfaite de l'importance de cette condamnation. C'est ce qu'explicite E8 dans un autre domaine, celui du droit social, en soulignant qu'à l'extrême, le simple fait d'engager la procédure peut déjà répondre en partie à cette attente, précisément parce qu'il ne s'agit pas d'abord d'une attente monétaire :

> « le fait déjà d'engager une procédure contre leur employeur, ça a quand même BIEN… ça a eu un EFFET sur leur employeur. C'est-à-dire que ce n'est pas NEUTRE, un employeur qui se retrouve aux prud'hommes, c'est PAS NEUTRE. C'est-à-dire que c'est une critique très forte de sa façon de gérer les salariés, c'est une critique très forte de la gestion de l'entreprise… Donc c'est PAS NEUTRE. Les gens, ce dont les gens ont besoin, souvent, c'est de ça. C'est de faire comprendre à leur employeur que EUX ils estiment que ce qui leur est arrivé est profondément injuste et MEME

[1] En toute rigueur, ces dernières rendent d'ailleurs également peu compréhensible le rôle de l'avocat que nous avons tenté de déduire de l'idée d'asymétrie d'information dans la mesure où les informations juridiques font l'objet d'une diffusion publique.

[2] La notion de liberté mobilisée avec les enquêtés dans cette note vise à interroger jusqu'à un certain point les conditions du choix et en aucun cas à remettre en cause l'idée de déterminisme méthodologique.

> SI les tribunaux ne vont PAS reconnaître qu'il y a une TRADUCTION JURIDIQUE en leur faveur de cette injustice, ils l'auront exprimée » (E8)

Pour revenir à l'exemple du divorce, la cliente peut-elle alors réaliser un arbitrage simple entre sa dignité d'épouse et la santé psychologique de ses enfants ? Autrement dit, ces deux préoccupations peuvent-elles être mises sur le même plan où encore conçues au sein d'un même espace de calcul et ainsi faire l'objet d'une commune mesure ? La reconnaissance d'une pluralité de formes d'évaluation incommensurables nous semble mieux rendre raison à E4 qui, bien qu'il s'oppose aux attentes exprimées par sa cliente, entend agir uniquement dans l'intérêt de cette dernière, mais à partir d'une interprétation différente[3]. Cette remarque fait mieux ressortir que la contradiction que l'avocat apporte aux clients ne repose pas seulement sur un transfert de connaissances (le calcul de ses chances de succès et la traduction juridique de ses attentes : « vous voulez du 1382 ? »), mais également sur la présentations de stratégies alternatives qui intègrent d'autres points de vue : celle d'autres personnes (les enfants, conçus comme autant d'attaches de la cliente participant à son identité : « vous êtes toujours des parents ») ou d'un tiers anonyme (la Justice, moins sensible à ce genre de grief depuis la réforme).

En faisant ainsi varier les perspectives, l'avocat considère différentes dimensions de l'identité de la cliente (en tant qu'épouse, en tant que mère, en tant que justiciable). Avec les psychologues sociaux Tajfel et Turner (1986), nous pouvons parler de niveaux d'identité ordonnés selon que les personnes se définissent simplement en tant qu'individu ou bien en tant que membre de collectifs à l'échelle d'un groupe restreint (par exemple, un ménage ou une entreprise), d'une société (par exemple, la société française), voire de l'humanité toute entière. Chacun de ces niveaux d'identité fait intervenir une conception différente de l'intérêt du client que doit également prendre en compte l'avocat, quelle que soit la demande formulée par le client :

> « Dans un divorce, vous avez à défendre, par exemple vous êtes avocat du mari, le mari est aussi un père, vous devez défendre les intérêts du père. Mais vous ne pouvez pas ne pas prendre en considération les intérêts de l'enfant. Et si vous n'avez pas cette culture et cette formation et cette PROTECTION aussi de la déontologie, bon vous allez finalement défendre sans scrupule le père, sans aucune préoccupation de l'effet sur l'enfant. Donc, si vous voulez, on INTERVIENT dans des domaines suffisamment SENSIBLES pour qu'il y ait cette exigence de moralité. Et SEULE à mon avis une réglementation [de la profession] permet de la garantir » (E7)

2. Ce qui permet ce dépassement

2.1. Le dépassement autorisé par la déontologie

L'extrait précédent précise la source d'autorité invoquée par l'avocat pour justifier sa distance aux intérêts directement exprimés par les clients. C'est au nom de la morale objectivée dans la réglementation de la profession, c'est-à-dire à partir des principes codifiés dans la déontologie, que l'avocat s'autorise à dépasser la demande première qui s'adresse au marché. Cette morale est solidaire de l'indépendance de l'avocat :

> « Nos principales vertus c'est notre déontologie. On a une déontologie TRES FORTE, c'est pour ça que je disais que c'était important que l'indépendance de l'avocat soit respectée, c'est important qu'un avocat NE FASSE PAS n'importe quoi. ET ça aussi c'est COMPORTEMENTAL. C'est-à-dire que SI nous nous COMPORTONS en SERPILLERE et en VALET DE CHAMBRE, nous serons TRAITES comme des valets de chambre. SI nous faisons COMPRENDRE à nos clients

[3] Le passage du calcul à l'interprétation introduit l'idée de discontinuité entre ces formes d'évaluation.

> que nous AVONS REÇU du législateur une MISSION qui est AUSSI une mission d'intermédiation entre le service public de la justice et EUX, nous SERONS respectés. Donc c'est un problème COMPORTEMENTAL. Et on ne peut PAS se permettre de se faire respecter si on ne respecte PAS les règles déontologiques et l'éthique » (E20)

L'indépendance apparaît ainsi comme la condition première d'une réunion possible des dimensions micro (satisfaction du client) et macro (bon fonctionnement de la justice, « mission d'intermédiation ») de la qualité du service fourni par les avocats. Pour développer cette idée, nous pouvons reprendre l'exemple du divorce présenté par E4 en nous appuyant sur la typologie des logiques d'action travaillée au sein de l'économie des conventions (Eymard-Duvernay et *alii*, 2006). En conformité avec les niveaux d'identité déjà évoqués, les différentes manières de percevoir les situations et de se comporter dans le déroulement de l'action peuvent être ordonnées selon leur plus ou moins grande préparation à la mise en commun. Thévenot (2006) distingue ainsi trois principaux *régimes d'engagement dans l'action*[4] associée à trois formes de rationalité. La négociation d'intérêts prédéfinis selon la logique instrumentale (*régime du plan*) sur laquelle se concentre la théorie du choix rationnel est ainsi restituée (dans une version réaliste) au sein d'une variété de formes de coordination allant des convenances personnelles limitées aux proches (*régime du familier*) jusqu'aux accords généralisables, car soutenus par la visée d'un bien commun (*régime de la justification*). Si l'intervention indirecte des enfants dans la situation élargit déjà l'enjeu de la dispute au-delà du couple, c'est ici la position instituée au nom de la société (« depuis la réforme, il y a une sensibilité moins grande à ce genre de griefs ») qui va conduire les personnes à remonter du *régime de familiarité* au *régime de la justification*. Plus précisément, c'est l'avocat qui gère cette remontée en partant du point de vue de sa cliente (« C'EST très triste. C'EST très malheureux. C'EST pas bien du tout. JE comprends votre désarroi. JE comprends votre peine ») et en faisant valoir ensuite le point de vue de l'institution (« Le juge va statuer en pensant que… vous avez seulement 38 ans, que vous allez pouvoir reconstruire votre vie… que vous avez un emploi… que vous avez un régime de communauté qui vous préserve un peu de l'avenir… Donc NE VOUS ATTENDEZ PAS, après 8 ans de mariage, à avoir les mêmes compensations qu'après 25 ou 30 ans de mariage »)[5]. **L'avocat indépendant apparaît donc comme une ressource sur laquelle peut prendre appui le justiciable pour réviser sa demande, dans son propre intérêt, et en intégrant le point de vue de la société** (souci du « vivre ensemble ») exprimé par le « service public de la justice ». Voyons à présent comment cette fonction réflexive[6] s'articule à l'idée de liberté de choix.

Les variations du niveau d'identité et les changements de régime que nous venons de présenter appellent différentes stratégies sans que s'impose nécessairement une solution pouvant être jugée optimale. Dans ces conditions, dès lors que l'avocat aura présenté à son client ces différentes stratégies et leurs conséquences, le choix doit rester à la libre initiative de ce dernier :

> « il faut renvoyer AU CLIENT le choix entre une stratégie ou une autre. Notre devoir à nous c'est de lui EXPLIQUER les stratégies, leurs conséquences. Et après, il faut faire confiance au client pour prendre lui-même la décision. Et s'il prend une décision qui ne convient pas, enfin qui ne

[4] « On peut définir schématiquement un régime d'action comme la modélisation de l'action dans certaines situations à travers l'équipement mental et gestuel des personnes, dans la dynamique d'ajustement des personnes entre elles et avec les choses, en recourant donc à des appuis pré-constitués à la fois internes et externes aux personnes » (Corcuff 1996, p.34).

[5] Notons qu'au moment de la plaidoirie l'avocat doit effectuer le déplacement inverse à l'attention des magistrats pour garantir un jugement équitable, c'est-à-dire tenant compte à la fois de la loi générale et des circonstances particulières du cas présent.

[6] L'emploi de ce terme sera justifié dans le point 4.

convient pas, qu'on n'estime pas la bonne, et bien ce n'est pas grave quoi. Tant que ça ne viole pas notre conscience, on le fait » (E9)

Nous retrouvons ainsi la liberté de choix défendue par le marché, mais celle-ci intervient au sein d'un espace de choix plus riche, élargi par l'intervention de l'avocat, qui, fort de son indépendance et autorisé par sa déontologie, fait apparaître la pluralité des biens et contraintes normatives en jeu.

2.2. Le dépassement rendu possible par l'indépendance économique

La fin du dernier extrait attire également notre attention sur la liberté de choix de l'avocat lui-même (« Tant que ça ne viole pas notre conscience, on le fait »). Pour cadrer ainsi la transaction et ne pas s'arrêter à la première demande formulée, l'avocat doit être en position de renoncer à un client. Aussi, pour maintenir leur indépendance, certains cabinets s'imposent eux-mêmes des règles qui limitent leur capacité à acquérir des parts de marché :

« NOUS à partir du moment où on a un client qui commence à faire plus de 15% du chiffre d'affaire, on commence à se demander pourquoi et le travail va consister à faire autour de lui, de rentrer des nouveaux dossiers, du démarchage pour qu'il BAISSE en pourcentage global, pour ne pas se trouver en situation… parce qu'il nous est arrivé, y compris moi ça m'est arrivé (ça m'a même PESER sur l'estomac longtemps) de mettre fin à une relation assez ancienne avec un GROS client du cabinet. Je l'ai fait sur un problème d'ETHIQUE, hein puisqu'on n'était plus d'accord sur la façon dont il fallait traiter les dossiers. Mais ça m'a fait un trou qui m'a fait posé un certain nombre de soirs la question de savoir si l'éthique c'était finalement une bonne idée. J'ai pour l'instant considéré que OUI, hein {*rire*}. La preuve c'est qu'il n'est pas revenu » (E14)

La condition d'indépendance implique ainsi que l'équilibre entre offre et demande susceptible d'aboutir à une maximisation du bien-être du justiciable ne peut être envisagé uniquement en termes d'ajustement prix/quantité. Elle conduit également à mettre en doute l'efficacité des mécanismes d'incitation traditionnels :

« **Une rémunération 100% au résultat vous… vous choquerait**

Oui. Oui, parce que… si vous voulez, faut quand même défendre l'intérêt du client. D'abord. Et <u>une participation uniquement au résultat fait perdre de l'indépendance</u> quoi, à la fin l'avocat ne pense plus qu'à ce qu'il va toucher, alors que DE TEMPS EN TEMPS dans une négociation, pour le bien du client il faut laisser tomber ; il touchera un peu moins mais… l'opération est résolue, il paiera un peu plus cher mais l'opération est résolue. <u>Si vous n'êtes intéressé qu'au montant monétaire, ça devient votre dossier, ce n'est plus le dossier du client</u>.

C'est très paradoxal comme argumentation, parce que pour un économiste très orthodoxe, à partir du moment où on serait payé 100% au résultat, l'intérêt de l'avocat est TOTALEMENT aligné sur l'intérêt du client. C'est pour ça que je suis intéressé par votre argumentation.

Mais ça voudrait dire que l'intérêt du client n'est QUE monétaire. OR, souvent ce n'est pas le cas. L'avocat, on dit que son pire ennemi c'est le client. <u>Il faut aussi CONVAINCRE de temps en temps le client de faire, pour simplifier des sacrifices</u>. Euh… Dans les AFFAIRES, SAUF cas spécial où alors vraiment il faut achever son ennemi pour qu'on ne puisse jamais le retrouver en face de soi, <u>il faut que tout le monde s'en sorte pas trop mal</u>. Si je ne suis intéressé qu'au résultat, ben je vais déconseiller à mon client de transiger, je vais lui déconseiller de trouver un ACCORD, jusqu'à ce qu'on atteigne le chiffre que je me suis fixé pour mes honoraires, et peut-être qu'on ne va pas l'atteindre, ou peut-être qu'on va l'atteindre, mais que ça aura des répercussions… sur l'IMAGE de mon client, sur l'avenir de ses affaires… Il sera considéré comme un voyou, un escroc… Bon. <u>J'AURAIS satisfait mon intérêt personnel, mais PAS celui de mon client si je le prends dans sa globalité</u>. Mais c'est justement parce que je pense que l'avocat n'est PAS qu'un prestataire de services, ça n'est pas qu'un agent économique. Ça le deviendra peut-être un jour. » (E24)

Nous reviendrons plus loin sur cet extrait pour ce qu'il nous dit du travail réflexif des avocats en matière de droit des affaires. Avant cela, nous pouvons compléter la présentation des conséquences de la condition d'indépendance sur l'efficacité du mode d'allocation des ressources marchand en examinant maintenant le problème non plus du côté des produits (*outputs*) du cabinet d'avocats (ses parts de marché et les services qu'il délivre au client), mais du côté des facteurs de production (*inputs*), et plus précisément du capital. La condition d'indépendance jette en effet également le doute sur une levée des barrières à l'entrée dans le capital des sociétés d'avocat :

> « Moi personne ne s'est jamais proposé de m'acheter mon cabinet et si demain je devais acheter un cabinet, je regarderais à deux fois croyez moi (…) JE NE SAIS PAS ce que vaut un cabinet d'avocat. DONC je pense que ce n'est pas LE CAPITALISME {*rire*}, ou la plus-value capitalistique qui peut vraiment MOTIVER quelqu'un à PRENDRE des participations dans un cabinet. SI vous EXCLUEZ ce cas de figure, et que vous recherchez la MOTIVATION de la prise de participation, vous allez vous dire : ben c'est une entreprise, un groupe qui va vouloir JETER son dévolu sur une structure, sur un cabinet, et le FIDELISER – quand je dis « le fidéliser », je pense en fait « et l'ATTACHER » ou SE l'attacher, bon. EST-CE COMPATIBLE avec, pour le cabinet, la nécessaire indépendance sans laquelle on ne peut pas exercer ce métier correctement, CELLE qui permet de dire à son client « Non, Monsieur, ÇA nous ne le FAISONS PAS et nous ne le FERONS PAS. Nous ne plaiderons pas ce que vous demandez de plaider, parce que ce n'est pas plaidable. Nous ne serons pas ficelle comme vous nous demandez de l'être, parce qu'on ne fait pas, ce n'est pas dans nos pratiques. Nous ne ferons pas ce contrat, parce qu'on considère que, pour telle et telle raison, il n'est pas valable », bon. Donc EST-CE QUE c'est compatible avec l'indépendance, JE NE LE CROIS PAS (…). Donc ça ne me paraît FONDAMENTALEMENT pas sain et PAS UTILE EN PLUS. Pas utile pourquoi, parce que DANS LES PROPORTIONS dans lesquels c'est admis pour ne pas PORTER ATTEINTE à ce principe d'indépendance, CE N'EST PAS avec un partenaire à 10% si vous voulez, même si vous le faites rentrer avec une prime d'émission, ce n'est pas avec un partenaire à 10% qu'on va DEVELOPPER une boutique. Donc si vous voulez CAPITALISTIQUEMENT PARLANT, c'est NUL, et éthiquement parlant, c'est très douteux. » (E20)

2.3. Le dépassement motivé par la cause

Nous venons de voir que les avocats évoquent l'éthique (qualité macro, meilleur fonctionnement de la justice) et l'intérêt du client (qualité micro, meilleur service rendu) pour dépasser ce que souhaite ce dernier. Auprès des plus spécialisés d'entre eux, nous pouvons également observer la mise en avant d'autres motifs afférents à des engagements politiques et intellectuels. A la spécialisation par domaine (ou sous domaine selon un découpage plus fin des spécialités certifiées) peut en effet s'ajouter le choix de n'intervenir que dans un secteur économique particulier (par exemple en droit social dans le secteur des médias) et toujours en faveur de la même catégorie d'agents (que l'on pense à une spécialisation côté employeur ou employé en droit social, ou à une spécialisation côté franchiseur ou franchisé en droit de la distribution). Ces spécialisations approfondies par des prises de position sont généralement conçues comme un gage de liberté, ce qui peut sembler paradoxal dans la mesure où il s'agit de se lier aux intérêts d'un des camps en présence :

> « **C'est pour avoir une expertise plus approfondie que vous choisissez de ne vous placer que d'un côté ?**
>
> C'est à la fois une expertise qui est plus approfondie. Ça permet ensuite d'avoir un discours qui est totalement libre, c'est-à-dire que quand on prend des OPTIONS juridiques, ou judiciaires, sur des RAISONNEMENTS, et bien je peux POUSSER le raisonnement jusqu'au BOUT, parce que j'ai cette liberté de construction, et je ne suis pas entravés par des intérêts… contraires. Si j'avais dans ma clientèle des franchiseurs, je ne pourrais pas soutenir certains arguments que je peux soutenir en

étant l'avocat QUE de franchisés. On ne peut pas dire une chose et son contraire, un jour et le lendemain. Il faut avoir un minimum de COHERENCE quand on est sur ces dossiers de contentieux principalement » (E6)

Deux raisons permettent de lever ce paradoxe. D'abord, il est question d'une plus grande liberté *au regard d'un souci de cohérence*. Celui-ci entre en contradiction avec l'image traditionnelle de l'avocat supposé susceptible de défendre indifféremment les parties en présence[7]. Ce souci de cohérence s'observe à la fois vis-à-vis des magistrats et des justiciables. *Vis-à-vis des magistrats*, E18, avocat spécialisé en droit social côté employeur, met ainsi au jour des règles informelles plus strictes que celles explicitées dans la déontologie en matière de conflit d'intérêt en élargissant cette catégorie à l'idée de « conflits d'intérêts intellectuels » :

« le conflit d'intérêt intellectuel, on ne prend pas un risque : on ne va plaider une chose un jour et le lendemain son contraire selon qu'on est pour une société {*rire*} ou pour un cadre dirigeant (…) si on va plaider un jour rose et puis le lendemain autre chose devant les mêmes magistrats, je crois qu'on est grillé définitivement [**Ah oui ?**] Oh ben oui {*rire*}. Les magistrats nous ECOUTENT et sont attentifs quand même » (E18).

Vis-à-vis des justiciables, l'avocat peut bâtir sa réputation sur son engagement. Nous arrivons ainsi à la seconde raison susceptible de lever le paradoxe précédent (paradoxe de l'intérêt catégoriel et de la liberté). L'avocat conçoit son positionnement en faveur d'un camp comme un gage de liberté parce qu'il n'adhère pas simplement aux intérêts de ses clients, mais d'abord à une cause plus générale :

« Dans le monde de la franchise, c'est à la fois un petit monde et un grand monde, vous avez des intérêts – ce sont des rapports économiques et des rapports de force POLITIQUES – vous avez des franchiseurs qui défendent des intérêts CATEGORIELS. Ils ont les MOYENS de défendre leurs intérêts catégoriels, parce que ce sont des gens qui ont une PUISSANCE financière, qui sont ORGANISES et qui sont dans tous les milieux PROFESSIONNELS, que ce soit les chambres syndicales, les confédérations professionnelles, ils participent à tout un tas d'organismes…Ce sont des gens qui font du LOBBYING pour leurs… leurs adhérents. Bon. EN FACE, les franchisés n'ont PAS ces structures-là. Notre cabinet sert UN PEU à ça, avec nos moyens d'avocats, mais sert UN PEU à ça. Donc quand on participe à des… Bien sûr on fait du conseil et de la défense JUDICIAIRE, mais on écrit dans les revues professionnelles, on participe à des débats, à des colloques, etc. On est très MARQUE. Moi dans le milieu dans la franchise, je suis très, très, je suis connu et marqué pour être l'avocat des franchisés. Donc je prends des options qui ont une certaine COULEUR parce que je défends des intérêts catégoriels qui sont à l'opposé de ceux…que j'ai en face de moi, voilà. Donc on A cette image qui est très forte et quand on prend des positions sur tel ou tel sujet, on est écouté. On n'est pas toujours entendu, mais on est écouté, parce qu'on a une crédibilité, par l'HISTORIQUE que l'on a dans ces secteurs d'activité et par ce qu'on a déjà pu faire… dans notre vie professionnelle. Voilà.

Alors oui, passer d'un bord à l'autre, ce serait un problème par rapport au client…

Ah ouais, ah moi ça… Puis même POUR MOI. C'est quelque chose qui ne plaît pas. Il y a BEAUCOUP à faire de ce côté de la barre où je suis. Il y a BEAUCOUP de choses à faire. Parce qu'en face de nous, on est dans un système CONTRACTUEL, où il n'y a pratiquement pas de textes de loi qui organise le système. Donc on est dans un système contractuel, tous ceux qui tiennent la plume des contrats et qui organisent les systèmes ce sont les franchiseurs et leurs conseils. Donc il faut à chaque fois essayer de renégocier des choses, de CASSER des trucs, de faire SANCTIONNER par la jurisprudence telle ou telle type de comportement, de clause, de machin, etc., pour essayer de faire avancer les choses. Et pour avoir cette LIBERTE D'ACTION dans la

[7] Il s'agit du principe qui peut servir de justification à des formes de spécialisation provocantes du type « avocat de la terreur », pour reprendre le titre du récent documentaire de Barbet Schroeder. L'euphémisme vise l'expression courante « (se faire) l'avocat du diable » qui atteste la prégnance de cette image traditionnelle de l'avocat comme lieu commun.

construction d'une REFLEXION juridique… par définition, je ne peux pas l'avoir si je suis AUSSI l'avocat de quelqu'un qui DEFEND DES SYSTEMES DE PENSEE qui sont A L'OPPOSE de ceux… qui sont les miens. Voilà, il y a une question de cohérence. Quand vous faites de la politique, vous n'êtes pas UN JOUR au PC, un jour à l'UMP, un autre jour au PS, un autre jour à la LCR ! Vous faites un choix. Ça ne veut pas dire que vous ne pouvez pas être d'accord PARFOIS avec l'un ou avec l'autre. Mais par définition quand vous êtes engagés dans quelque chose c'est que vous avez UNE CONVICTION sur un MODE DE PENSEE ou un SYSTEME d'ANALYSE » (E6)

Dans ces conditions, le dossier du client peut d'abord être conçu par l'avocat comme un élément d'une série de cas participant à sa propre cause :

« quand je traite le dossier de quelqu'un, je défends CETTE personne-là, mais DERRIERE, je défends 5, 10, 15, 20, 30, 40, 50, 100 dossiers identiques, parce que ce sont des problématiques comparables. Et le succès sur un dossier a un effet sur les autres qui est FORT. Et c'est parce que je peux avoir 100 dossiers quand je me bagarrais contre les [xxx], c'était par dizaine et dizaine et dizaine que les contentieux se faisaient. Et c'est comme ça que petit à petit on a réussit à construire cet EDIFICE » (E6)

L'avocat fait avancer cette cause en participant à l'évolution de la jurisprudence (à laquelle se réfère l'« édifice » dans l'extrait précédent). Il s'agit du dossier de son client mais de sa propre cause, celle qu'il s'est choisie et qui engage son travail dans la durée. E8, avocat spécialisé dans le droit du travail côté salarié, conforte cette idée en offrant une autre illustration de cette figure de l'*avocat bâtisseur* (c'est par ce terme que nous désignerons désormais l'attachement en acte, ou plus précisément en dossier, de l'avocat à une cause que celle-ci soit directement traduisible en termes politiques ou qu'elle porte plus généralement sur un « système de pensée ») :

« Le secteur du droit du travail salarié est un secteur où la jurisprudence compte beaucoup et où elle évolue constamment. Donc en général dans ce secteur-là, on crée la jurisprudence. Mais en particulier dans [mon secteur], c'est encore… Alors le champ est MOINS VASTE, hein, MAIS on est en lutte perpétuelle sur un certain nombre de sujets avec nos adversaires avocat d'employeurs. C'est-à-dire qu'on met en place des séries d'argumentation qui sont accueillies et puis on SUIT la stratégie jusqu'à, on fait monter un certain nombre de dossiers jusqu'à la Cour de Cassation ou PAS, etc. Donc il y a une VRAIE, une vraie, vraie stratégie judiciaire… OUI on peut dire ça de création, parce ce que là on attrape tout ce qu'on peut à droite et à gauche comme influence, que ce soit sur le plan communautaire, que ce soit sur le plan international ou autre. Pour faire avancer les choses » (E8)

3. La nécessité de contrôler ces dépassements

Le paradoxe de l'intérêt catégoriel et de la liberté étant à présent levé, nous voyons tout de suite apparaître une nouvelle tension : l'*avocat bâtisseur* n'est-il pas là dans une situation similaire à celle que produirait un honoraire 100% au résultat dénoncé par E24 (« Si vous n'êtes intéressé qu'au montant monétaire, ça devient votre dossier, ce n'est plus le dossier du client ») ? La différence nous semble tout d'abord résider dans la médiation par les règles de la profession. Nous allons argumenter ce point en plusieurs étapes en commençant par observer l'intervention d'autres types d'acteurs (des associations) en matière de consultation juridique :

« il y a une concurrence… pas DELOYALE, mais qui est dangereuse pour le public et une concurrence qui n'est PAS dangereuse pour le public, mais qui est {*rire*}, que je ressens moi sur le plan économique. Mes confrères, ce n'est pas dangereux pour le public. C'est dangereux pour moi économiquement. Les notaires, les agents immobiliers, les experts-comptables, c'est dans ceux-là que je les range. Les associations et les conseillers de tout poil, c'est dangereux pour la sécurité juridique des mes clients, enfin, DU MONDE (…). C'est INCROYABLE le nombre d'escroqueries

qu'il y a, c'est DINGUE. Il s'établit… J'ai l'impression que les gens s'isolent de plus en plus et DES qu'il y a quelqu'un qui rentre en contact avec eux de manière très humaines, ils perdent TOUTES toute référence, toute attention. Ils leur font confiance et puis ces gens-là les exploitent complètement. C'est vrai sur le plan économique, mais c'est vrai aussi sur le plan du conseil. Il y a plein, plein de gens. Alors bon c'est peut-être un peu plus vrai [pour mon cabinet secondaire] qu'ici, mais je dois dire qu'il y a plein de gens qui se font ROULER, rouler, rouler, par des pseudo-conseils, des pseudo-conseillers. Donc ça, je trouve ça… et puis ils créent des associations, des va-t-en-guerre, qui poursuivent des BUTS et qui n'expriment pas véritablement les intérêts de ces clients-là, mais qui expriment les intérêts de LEUR association, de leur BUT. Ils se SERVENT de ces gens-là en les poussant vers leurs BUTS.

Vous pouvez donner des exemples d'association ?

Oh des association de… comment ça s'appelle ?... de PERES… Oh mince ! Vous savez les pères qui n'ont plus de droit sur leurs enfants. Donc l'association… Je ne sais plus, ça a un nom… » (E11)

Pour E11, ces associations font passer leur cause avant l'intérêt du client, mais si nous avions pu les interroger, il est probable que celles-ci se seraient justifiées en faisant également valoir l'idée selon laquelle, pour reprendre justement les termes d'E11, il faut « dépasser ce que souhaite le client » dans son propre intérêt. Voyons alors à présent comment procède plus précisément notre *avocat bâtisseur* en droit social :

« **Est-ce que vous pourriez expliciter ce que ça changerait pour le justiciable de s'adresser à vous [votre cabinet ou celui dont vous vous dites très proches et avec lequel vous dites partager la même approche] plutôt qu'à l'un des autres cabinets qui interviennent sur le secteur ?**

Ce que ça change mise à part les questions de compétence, ça change sur l'écoute du client. C'est-à-dire que nous on peut concevoir qu'un client veuille SOIT continuer à travailler, parce qu'on est beaucoup saisi dans ces milieux-là pour des gens qui sont précaires, qui sont toujours dans l'emploi mais qui sont précaires, donc on a des choix stratégiques hein : soit continuer à travailler et engager une procédure en requalification par exemple pour continuer à travailler, SOIT percevoir des sous. Et nous notre… ce que ça va changer pour le justiciable, c'est qu'on va lui POSER l'alternative. La première alternative (continuer à travailler), elle est ECONOMIQUEMENT pas très intéressante pour le cabinet, mais c'est PARFAITEMENT le droit du salarié que de dire « Je veux bénéficier d'un CDI. Je veux continuer à travailler », et, au contraire, on est plutôt philosophiquement pour ça, parce que ça permet de lutter contre les abus de précarité. Je veux dire il y a un moment donné ou la précarité, il y a une sanction qui est… l'intégration en CDI. OU ALORS, bon, l'option qui est de dire « Bon voilà, vous partez. On dit qu'il y a une rupture du contrat », et voilà, économiquement, il y a un honoraire de résultat qui est beaucoup plus important. Bon le CHOIX que vous allez faire, si vous faites appel à nos cabinets (nos cabinets : le notre et l'autre), vous allez avoir ce choix, qui va vous être explicité. Si vous faites appel à d'AUTRES cabinets, vous ne l'aurez peut-être pas aussi bien explicité CLAIREMENT. C'est-à-dire qu'on va plutôt vous orienter vers des démarches PLUS ECONOMIQUES pour le justiciable ET le cabinet. Voilà, donc NOUS on EST au service du client, pas n'importe comment, hein, c'est-à-dire avec un certain nombre de règles éthiques, mais NOTAMMENT celle-là, c'est-à-dire qu'on estime qu'on n'a pas… alors on peut dire au client dans certain cas « Oui c'est très compliqué de poursuivre le contrat de travail. Ils vont vous enquiquiner, vous allez vous trouver dans une situation difficile, etc. ». On PEUT donner un conseil qui est AUTRE, bien sûr, MAIS ce sera toujours dans l'intérêt du client. Voilà, c'est je crois ce qui nous différencie. On est en capacité de prendre des clients qui ne vont pas nous rapporter trois francs six sous. Je veux dire que ce n'est pas le souci. Ce n'est PAS le souci » (E8)

En même temps qu'il permet d'illustrer de manière plus concrète l'idée de cause (« lutter contre les abus de précarité » en privilégiant l'intégration en CDI), cet extrait nous fournit des éléments pour contraster la situation des *avocats bâtisseurs* aussi bien avec celle des associations (évoqués par E11 dans l'extrait précédent) qu'avec celles des cabinets plus directement intéressées par l'issue économique du dossier (dont la forme extrême a été critiquée par E24 à partir de l'honoraire 100% au résultat). Les règles de la profession posent

un principe déontologique selon lequel l'avocat doit faire passer l'intérêt du client avant la cause ou l'intérêt matériel du cabinet. Cet intérêt ne pouvant pas toujours être défini de manière simple (« Oui c'est très compliqué de poursuivre le contrat de travail. Ils vont vous enquiquiner, vous allez vous trouver dans une situation difficile, etc. »), la mise en pratique de ce principe suppose de « poser l'alternative » au client. Nous retrouvons ici l'articulation entre la fonction réflexive de l'avocat et le maintien de la liberté de choix du client… sous réserve que sa demande n'entre pas en contradiction avec d'autres règles déontologiques (« Nous ne serons pas ficelle comme vous nous demandez de l'être, parce qu'on ne fait pas, ce n'est pas dans nos pratiques »).

A ce stade, rien ne permet déjà d'affirmer que les associations ne laissent pas le choix aux personnes qui viennent leur demander conseil[8]. Mais elles n'ont pas non plus d'incitation à le faire tandis qu'elles partagent avec les *avocats bâtisseurs* une tendance à percevoir l'intérêt à partir de la cause (le risque de ne percevoir l'intérêt *qu*'à partir de la cause ?). Dans leur cas, cette tendance ne se heurte à aucune force de rappel. Dans celui des avocats, il y a d'abord l'obligation déontologique de ne pas imposer sa stratégie au client, et surtout une organisation professionnelle susceptible de donner les moyens d'interpréter cette obligation : l'autorégulation de la profession donne vie à un espace de délibération au sein duquel sont défendues et mises en question les causes ; elle maintient alors une ouverture sur la pluralité de biens et fournit ainsi à ses membres des ressources interprétatives pour s'extraire de leur cause et concevoir les dossiers selon différentes perspectives. **L'ordre professionnel se présente ainsi comme le support de la réflexivité des avocats eux-mêmes**.

Les forces de rappel qui ont été évoqués jusqu'à présent sont uniquement de l'ordre de la délibération et s'avèrent, comme l'indique E8 dans le domaine du droit social, insuffisantes pour empêcher les avocats plus directement intéressés par l'issue économique du dossier de rabattre l'intérêt du client sur ses gains monétaires immédiats[9]. Dans un autre domaine et en adoptant une posture plus critique, un autre *avocat bâtisseur* (E9) constate les « dérives de ceux qui se mettent au droit des étrangers pour gagner des sous ». Ces cabinets non spécialisés sont plus présents aujourd'hui, car la connaissance (de base) dans le domaine est plus diffusée (en particulier avec la création du « Dictionnaire du droit des étrangers »), donc saisissable à un certain niveau (niveau de base) à moindre coût. Ces cabinets semblent avoir compris l'importance des associations dans ce domaine, puisqu'ils essaient d'en approcher certaines (ou des réseaux moins formels, par nationalité). En collaboration étroite avec d'autres cabinets d'*avocats bâtisseurs* dans ce domaine, E9 fait alors un travail de mise en garde auprès des associations et il lui arrive également de signaler des cas à l'ordre « pour qu'il fasse le ménage ». Cet exemple rappelle ainsi l'existence d'autres forces de rappel plus contraignantes à la disposition de l'ordre en même temps qu'il fait apparaître le contrôle décentralisé des avocats sur leurs pairs. **L'ordre professionnel se présente à nouveau comme le support de la réflexivité des avocats eux-mêmes, mais cette fois doté d'un pouvoir de contrôle et de sanctions**.

Ces fonctions remplies par l'ordre sont l'une des principales raisons évoquées par les avocats que nous avons interrogés pour s'opposer à la fois à une intervention accrue des non avocats dans la fourniture de services juridiques et à la création d'un organisme indépendant pour gérer les questions disciplinaires. Doter les avocats eux-mêmes d'un pouvoir en matière disciplinaire les incite à s'interroger sur le fonctionnement de leur profession. De ce point de

[8] E6 nous permet seulement de supposer que si nous les avions interrogées sur ce point, nous aurions plus de chances d'obtenir une réponse proche de celle d'E12 que d'E8 : « je laisse toujours le client décider, mais j'INCLINE fortement vers telle ou telle stratégie. Mais je n'impose rien. Mais quand j'estime qu'une stratégie est la bonne, j'insiste lourdement auprès du client » (E12).

[9] Notons toutefois que l'honoraire 100% au résultat est justement interdit par les règles de la profession.

vue, le versant répressif de l'ordre renforce son versant délibératif. Tous deux concourent à l'élaboration de repères pour orienter la manière dont ils peuvent dépasser ce que souhaite le client. Dans ces conditions, les avocats s'opposent moins à une intensification de la concurrence qu'à une dissolution de leur organisation dans un marché ouvert à d'autres producteurs qui ne partageraient pas leurs principes déontologiques. En soi, la question de l'intensification de la concurrence fait l'objet, auprès des avocats, d'avis aussi variés que peuvent l'être leurs revenus en lien avec l'équilibre du marché dans chaque barreau. En revanche, pour la plupart d'entre eux, une intensification de la concurrence doit plutôt passer par un élargissement de la profession. Cette revendication nous semble fondée au regard de l'équilibre entre forces concurrentielles, condition d'indépendance (support de la réflexivité des clients) et forces de rappel à l'ordre (support de la réflexivité des avocats), que requiert la dimension micro de la qualité des services juridiques.

Pour étayer ce point, arrêtons-nous un instant sur l'ambivalence du principe d'indépendance : en refusant de se définir comme de simples « prestataires de service », les avocats entendent ne pas se faire imposer n'importe quelle exigence de la part de leurs clients. Qu'est-il alors légitime de refuser et sous quelle forme ? Les trois extraits suivants présentent des désaccords entre l'avocat et son client qui correspondent à autant d'interprétations différentes (mais non nécessairement contradictoires) du principe d'indépendance :

> « **Derrière l'expression « se prostituer », je pensais que vous souleviez aussi le problème de l'INDEPENDANCE de l'avocat par rapport au client**
>
> Ah. Ça j'y suis particulièrement attaché. Les rares fois où j'ai eu des difficultés avec des clients, j'ai mis un terme à notre relation, DEUX FOIS j'ai eu les clients qui m'ont dit « Je vous paie et donc vous devez être à mon service », parce qu'il n'arrivait pas à me joindre téléphoniquement ou parce qu'il voulait une réponse dans les 24 heures, etc. Alors là, j'explose et je leur dis « Non ! JE NE SUIS PAS à votre service. Ça n'est pas la conception que j'ai de mon exercice professionnel ». Ça ne veut pas dire que mon client est à MON service à moi, mais… Et là je dis : « On arrête. Cherchez quelqu'un d'autre » » (E12)
>
> «… je trouve que les avocats ont de moins en moins d'INDEPENDANCE vis-à-vis de leurs clients. C'est quelque chose de compliqué à comprendre l'indépendance, hein, en faisant votre enquête, vous devez sûrement vous en rendre compte. L'indépendance ça peut être quelque fois d'IMPOSER au client l'idée d'un renvoi à deux mois, parce que le confrère adverse vous l'a demandé parce qu'il a été absent un mois de son cabinet parce qu'il avait un problème de santé et qu'il n'a pas eu le temps de conclure. Ben c'est vrai que l'avocat indépendant, il dira « Je suis d'accord sur le renvoi », et il ne dira pas à son client « Etes-vous d'accord pour que j'accorde le renvoi à Maître Machin », il dira à son client « Il VA y avoir un renvoi pour une raison légitime ». ÇA c'est l'indépendance. Et ÇA je trouve que ça a tendance à s'émousser parce que… je pense qu'il y a des avocats qui sont tellement COLLES à leurs clients qu'ils ne PRENNENT plus la liberté d'accorder un renvoi, même si vous leur êtes fort sympathique, et à partir du moment où il y en a UN qui transgresse, TOUS transgressent. Enfin « transgressent »… [Oui]. Tous parce que FORCEMENT, le client il va trouver quand même que celui qui lui demande un avis sur un truc aussi dérisoire qu'un renvoi à deux mois, il est quand même beaucoup mieux que celui qui ne lui demande pas son avis. L'indépendance c'est quelque chose qui n'est pas toujours bien vécu par les clients. Et donc ça voilà, alors ça, ça peut paraître des PETITES choses, mais ce sont des choses qu'on observe » (E10)
>
> « Je me suis séparé moi de clients qui étaient des emmerdeurs fieffés parce qu'à un moment donné, ça commence aussi à bien faire, euh… OU des gens avec lesquels je n'étais pas d'accord dans la stratégie. Il y en a un, je ne sais plus lequel, il n'y a pas très longtemps, je lui ai rendu son dossier, je lui ai dis « Écoutez, la façon que vous avez d'aborder le problème, c'est pas du tout ma façon de voir le dossier ». Je considère que quand vous passez plus de temps à essayer de convaincre votre client que l'adversaire, à un moment donné, ça ne va plus, si vous voulez. Bon, ben j'ai autre chose à faire. « Monsieur, c'est vous qui avez raison. Reprenez votre dossier et puis menez votre vie ». Voilà. Je n'aime pas m'embêter, trop vite, trop, trop longtemps, avec les gens. Soit on me fait confiance et

> puis je fais tout ce que je peux pour essayer d'aller jusqu'au bout du dossier, soit on commence à chinoiser et dans ce cas-là j'ai vite faire d'expliquer à la personne qu'il y a deux solutions : soit elle travaille avec moi à la FACON dont j'ai envie de travailler, comme je SUIS, et puis ça lui convient ; soit si ça ne lui convient pas, elle reprend son petit, elle s'en va. Je n'ai pas envie de me compliquer la vie, elle est suffisamment COMPLIQUEE comme ça, pour ne pas EN PLUS être en…{*ou em… ?*} en opposition d'approche avec un client. Ça c'est pas viable » » (E6).

La réaction d'E6, *avocat bâtisseur*, peut s'interpréter comme une tentative d'imposer sa stratégie (notons toutefois qu'il choisit d'abandonner le dossier), mais nous n'avons pas connaissance de l'approche du client à laquelle il s'oppose (s'agissait-il d'être « ficelle » pour reprendre l'expression d'E20 ?). Celle d'E12 se heurte à deux des principales attentes exprimées par le client (la disponibilité et la rapidité) et plaide pour une intensification de la concurrence, tandis que le cas évoqué par E10 présente cette concurrence comme déjà trop importante au regard de la dégradation des relations entre confrères qu'elle produit – cette dégradation apparaît problématique du point de vue de la qualité, dès lors que l'on tient compte du fait que l'avocat prend en charge la construction de la relation avec la partie adverse (voir la section 5). Nous nous garderons donc bien de trancher sur la légitimité de ces refus et sur l'opportunité de les sanctionner (ou du moins de donner la possibilité au client de ne pas verser d'honoraire dans de tels cas de défection). Notre objectif était d'attirer l'attention sur la **nécessité d'un espace plus réflexif que le marché** pour interroger et donner force exécutoire à cette légitimité[10].

4. La profession d'avocat comme dispositif de réflexivité

L'explicitation de l'idée de réflexivité située au cœur de notre conception de l'action va permettre d'articuler les fonctions remplies par l'ordre pour ses membres avec celles remplies par l'avocat pour le justiciable. En donnant à voir différentes stratégies et différents niveaux de choix, l'avocat fait accéder son client à une forme de réflexivité. De manière générale, la réflexivité peut être définie comme l'accès à une extériorité (Boltanski, 1990) par rapport à la situation de choix à laquelle fait face à un agent, extériorité à partir de laquelle il peut élargir son ensemble de choix en interrogeant (et percevant alors comme construits) des éléments de cette situation de choix appréhendés jusque-là comme allant de soi (ou naturels). Cette opération par laquelle des *données* sont transformées en *variables* peut aussi bien porter sur les buts de l'agent que sur le système de règles au sein duquel il les poursuit[11]. Autrement dit, cette notion de réflexivité peut être spécifiée d'au moins deux manières : (i) les agents peuvent formuler des méta-préférences, ou préférences sur les préférences (Jeffrey, 1974), conformément à l'idée déjà mise en avant d'une pluralité de niveaux d'identité ; (ii) les agents peuvent tenir compte du fait qu'ils agissent à la fois dans et sur les règles (Postel et Sobel, 2005).

Mais cette réflexivité est limitée en un double sens (Bessis, 2008). D'abord, les agents n'interrogent jamais complètement l'ensemble de leurs niveaux de choix, mais raisonnent généralement à un niveau associé à une dimension de leur identité (ici en tant qu'épouse), ou peuvent passer d'un niveau à un autre, mais sans envisager tous les niveaux à la fois (en vertu

[10] Pour le redire dans les termes d'Hirschman (1970), la spécificité de la production de services juridiques (le fait qu'un service de qualité ne puisse être produit que si la demande se construit dans son interaction avec l'offre) rend nécessaire l'existence d'un lieu pour la *voice*, là où le marché ne fonctionne qu'à l'*exit*.

[11] Pour le redire dans le langage de la théorie du choix rationnel (sur laquelle s'appuie l'économie orthodoxe pour déduire le comportement d'*homo oeconomicus* d'un programme d'optimisation), cette opération par laquelle des données sont transformées en variables peut aussi bien porter sur sa fonction objectif (Max U) que sur son système de contraintes.

non seulement des limites des capacités cognitives des agents, mais aussi des contradictions possibles entre les niveaux). Ensuite, le niveau auquel ils se situent et la possibilité de passer d'un niveau à un autre sont déterminés par des éléments (objets, actions ou personnes) extérieurs aux agents. Dans l'exemple du divorce, l'adultère du mari rend saillante un niveau d'identité (celui d'épouse), tandis qu'en évoquant les enfants l'avocat va tâcher de faire également raisonner le justiciable en tant que mère. Cet exemple fait bien ressortir l'obligation normative de ne pas enfermer (ni laisser s'enfermer) les personnes dans un niveau d'identité défini une fois pour toute (qu'il s'agisse du statut de mère ou d'épouse), et la nécessité méthodologique, pour rendre compte de ce qui se joue dans l'« échange » entre un avocat et son client (et plus généralement dans les interactions), de prendre les changements de niveau d'identité et les variations du degré de réflexivité des agents comme des caractéristiques essentielles de l'action.

Tenir compte des limites de la réflexivité incite à accorder une attention particulière aux dispositifs sur lesquels peuvent prendre appui les personnes pour repousser ces limites. Or, nous avons vu (section 2) que la déontologie, dans la mesure où elle contient des exigences morales et assoit le principe d'indépendance, se présente comme un moyen pour l'avocat de faire accéder son client à une forme de réflexivité. Si l'on rapproche ce point de l'idée (section 3) que l'ordre professionnel[12], est le support de la réflexivité des avocats eux-mêmes, nous aboutissons à l'hypothèse qu'**une fonction essentielle de la profession est de garantir la réflexivité que les avocats vont « transmettre » à leurs clients**, faisant ainsi passer ces derniers du statut de simple demandeur (de services juridiques) à celui de justiciable (avec les conséquences qu'implique ce changement de statut en termes de qualité).

La portée de cette hypothèse peut être éclairée par les différentes formes d'accord associées à la pluralité des régimes d'action présentés section 2. Boltanski et Thévenot (1991) distinguent deux formes d'accord qui peuvent respectivement être associées au *régime du plan* et au *régime de la justification*. Rivée sur des intérêts préconstitués (limitée par exemple au résultat de l'affaire en cours), l'action instrumentale propre au *plan* débouche sur des *arrangements*. Ce sont des accords obtenus par la convergence des intérêts en présence, telle que celle pouvant être obtenue par un honoraire de résultat qui alignerait complètement les intérêts de l'avocat sur ceux de son client. L'arrangement est contingent, c'est-à-dire non généralisable et susceptible de donner lieu à des défections opportunistes dès lors que les intérêts ne coïncident plus parfaitement – chacun « tirera la couverture à soi » ; comme l'indique E24, l'avocat peut poursuivre la recherche du gain le plus élevé au détriment, par exemple, de la réputation de son client[13]. Orientés par le souci de la plus grande mise en commun, les *compromis* produits à partir de la *justification* sont quant à eux des accords réalisés dans la perspective du bien commun. La défense de l'intérêt du client est alors effectuée à partir d'une réinterprétation de cet intérêt à la lumière de valeurs acceptables par tous.

Soulignons à cette occasion que ce deuxième registre apparaît mieux adapté au contentieux, puisqu'il s'agit dans ce cas de faire accepter sa ligne de défense à un tiers extérieur aux parties en opposition. Une plaidoirie assise sur un *arrangement* aura pour sa part plus de chances de mobiliser les valeurs sur le mode de l'instrumentalisation. Ce genre

[12] L'ordre professionnel placé à distance de l'État et du marché : l'avocat n'est ni un représentant de l'État malgré une mission de service public, ni un prestataire de service malgré une activité marchande (Karpik, 1995).

[13] Rappel de citation : « Si je ne suis intéressé qu'au résultat, ben je vais déconseiller à mon client de transiger, je vais lui déconseiller de trouver un ACCORD, jusqu'à ce qu'on atteigne le chiffre que je me suis fixé pour mes honoraires, et peut-être qu'on ne va pas l'atteindre, ou peut-être qu'on va l'atteindre, mais que ça aura des répercussions… sur l'IMAGE de mon client, sur l'avenir de ses affaires… Il sera considéré comme un voyou, un escroc… » (E24).

d'articulation complexe entre *régime du plan* et *régime de la justification* a donné lieu à la modélisation d'une autre logique d'action, le régime *tactique-stratégique* (Corcuff, 1994)[14], qui peut être conçu comme le régime « naturel » de l'avocat lorsque celui-ci prépare un dossier. Guidé par la forme d'accord avec son client (*arrangement* ou *compromis*), le produit de ce travail va privilégier un intérêt délimité (dans le *régime du plan*) ou un intérêt élargi (dans le *régime de la justification*). Nous y reviendrons au moment d'aborder la différence entre conseil et contentieux (section 6). Pour l'heure il nous faut compléter la présentation des formes d'accord. Entre les *arrangements* et les *compromis*, nous avons en effet proposé de distinguer une forme intermédiaire, l'*entente*, pour caractériser les accords qui, tout en s'écartant de la coïncidence fragile des intérêts individuels, ne vise pas comme dans le cas du compromis un bien susceptible de profiter à tous. L'*entente* se présente ainsi d'abord comme un « accord pour un intérêt collectif délimité » (Bessis, 2006), autrement dit pour un intérêt catégoriel.

Reprise à partir de ces notions, la principale question que pose la Commission européenne avec son « test de proportionnalité » peut à cette occasion être débarrassée de son *a priori* marchand et résumée par la formule suivante : les ordres professionnels relèvent-ils d'*entente* (pour les intérêts de la profession) ou de *compromis* (pour l'intérêt général) ? Poussée à son extrême cohérence idéologique (à défaut de pertinence empirique), la solution privilégiée reviendrait quant à elle à lever cette ambiguïté (inévitable dès lors que l'on souhaite maintenir la perspective du *compromis*) en faisant disparaître l'ordre dans un *arrangement*. Bien sûr, la clarification marchande appelée de ses vœux par la Commission est conçue et proposée dans la visée d'un intérêt général que serait à même de faire advenir le libre jeu du marché en économisant la bienveillance des agents. Mais la spécificité du marché des services juridiques au point de départ de cette note appelle d'autres forces de rappel que les seules forces concurrentielles, faute de quoi l'individualisme promu par le marché ne pourra aboutir qu'à une série d'*arrangements*. Or les différentes formes d'accord que nous avons présentées (*arrangement*, *entente*, *compromis*) peuvent être ordonnées selon que ces accords améliorent ou au contraire détériorent la dimension macro de la qualité des services juridiques. C'est ce que nous allons commencer à démontrer dans prochaine section (5.) en présentant tout d'abord les différents effets que peuvent avoir la réflexivité sur la qualité macro des services produits par les avocats. Les deux sections suivantes boucleront le raisonnement en associant ces différents effets à différents types de marché qui engendrent différentes formes d'accord.

5. Les effets de la réflexivité sur la qualité

L'hypothèse introduite dans la section précédente implique que le dépassement par l'avocat de ce que souhaite le client, analysée principalement à partir du droit des personnes, n'est qu'une déclinaison particulière de la fonction réflexive de l'avocat. Une manière de tester cette hypothèse est donc de chercher à voir si cette fonction réflexive s'applique également à d'autres domaines du droit, y compris au droit des affaires et à ses personnes morales. En soulignant le problème d'indépendance que posait l'idée d'un honoraire 100% au résultat, E24, avocat spécialisé dans les opérations boursières, suggère que nous sommes en bonne voie. Sa manière de concevoir le travail de l'avocat est également conforme à l'idée de

[14] Ce régime « dote les acteurs d'un espace de calcul liant trois pôles : un horizon stratégique lointain associé à un intérêt collectif publiquement justifiable, des scènes publiques, où des contraintes pèsent sur l'« argumentable », et des scènes plus « officieuses », au sein desquelles les moyens et les arguments utilisés sont plus flexibles. Dans une telle logique, il s'agit souvent pour les acteurs de saisir l'occasion afin de faire advenir, à travers des tractations non nécessairement justifiables, un bien commun envisagé comme horizon, lui-même redéfinissable en cours d'action » (Corcuff et Sanier 2000, p.850).

contrôle réflexif (« le plus important pour un avocat c'est déjà de ne pas passer à côté d'un problème, de ne pas louper une question »).

Ces indices ne doivent toutefois pas masquer une différence importante : la forme de rationalité prédominante chez le client diffère selon la nature des problèmes et les domaines du droit associés. A partir de la typologie des régimes d'action introduite précédemment, l'entreprise doit d'abord être conçue, du fait de son objectif structurel de rentabilité (c'est-à-dire de sa contrainte d'accumulation), comme un espace au sein duquel prévaut la logique instrumentale propre à la rationalité économique *stricto sensu* (*régime du plan*). Cet espace n'est pas dépourvu d'affects, mais ceux-ci ont déjà fait l'objet d'un travail de mise en forme plus important que dans la sphère domestique[15] :

> « Je pense qu'en droit de la famille les confrères doivent être obligés de se DEBARASSER de tout un aspect AFFECTIF, passionnel qui doit leur demander un travail EPOUVANTABLE, et je les ADMIRE parce que moi je m'irriterais » (E21).

Mais de même que la situation pouvait donner lieu à différentes formes d'intérêt au seul niveau du *familier* (selon les personnes engagées : couple, enfant), la rationalité stratégique exercée dans le *plan* ne peut faire l'économie du détour réflexif de l'avocat pour distinguer différentes formes d'intérêt chez son client :

> « quand je dis « bon », ce n'est PAS FORCEMENT la défense à outrance des intérêts de celui qui est à vos côtés. C'est savoir faire la transaction. DANS LE TRANSACTIONNEL, les gens quand ils se rencontrent c'est pour arriver à un résultat. Ce résultat c'est UNE opération économique, c'est parfois une vente, c'est parfois une location, c'est un montage de projet, etc. Et les gens, c'est ÇA leur objectif. Et donc si vous apparaissez comme quelqu'un qui a SU faire qu'en utilisant votre ROLE qui est celui de METTRE EN FORME juridiquement l'opération, et que vous avez su le faire en alliant le talent de négociateur, un sens du consensus, un comportement amical, etc. C'est TERRIBLEMENT important…
>
> **Un comportement amical ?**
>
> Oui. Vous avez des avocats quand ils rentrent dans une salle de réunion, vous les sentez antagonistes. Vous savez que c'est de l'antagonisme et ça va être ça pendant 10 heures. Alors votre client lui il trouve ça marrant parce qu'il trouve que vous défendez votre position, sa position vraiment avec ACHARNEMENT. Et puis quand l'acharnement arrive au fait qu'au bout de 3 semaines de négo, les gens se disent « Attendez, on n'y arrivera pas, on arrête », ben je ne suis pas certain que les honoraires que le client vous aura payé soit des honoraires extrêmement bien… investis. Donc le comportement, ce que j'entends par « amical » c'est plutôt on va dire constructif, créer la relation avec la partie adverse, avec le confrère adverse » (E23)

Le changement opéré par l'avocat consiste ici à faire prévaloir jusqu'à un certain point l'intérêt de la relation sur son contenu. Ce souci de « créer la relation avec la partie adverse » n'intervient pas uniquement dans des négociations visant à réaliser une transaction mutuellement avantageuse. Comme le signalait E24 (« Dans les affaires, sauf cas spécial où alors vraiment il faut achever son ennemi, il faut que tout le monde s'en sorte pas trop mal ») cet intérêt pour la relation intervient également dans les cas de conflit (procès), lorsque les intérêts individuels immédiats apparaissent pourtant directement opposés. Dans ce deuxième exemple, l'opération réflexive peut être conçue comme un allongement de l'horizon temporel du client à des fins de pacification de la relation ainsi préparée à un dénouement en justice[16].

---

[15] Voir Lordon (2002) pour une déduction de la rationalité économique d'une conception de l'action fondée sur les affects à partir de l'idée de mise en forme d'une notion d'intérêt généralisée (et son application à un cas d'opération boursière) ; et Bessis (2008) pour une articulation théorique entre ces développements et la typologie des régimes d'action utilisée ici.

[16] Ce travail de construction de la relation avec la partie adverse trouve dans la déontologie plusieurs règles d'orientation générale – en particulier dans les articles 16 et 17 du titre III portant sur les « Devoirs envers la

De manière plus générale, le dépassement par l'avocat des intérêts monétaires immédiats de son client peut également le conduire à mettre au premier plan la dimension collective de l'entreprise :

> « Quand je négocie avec quelqu'un, c'est ce que je vous disais tout à l'heure, je DEFENDS les intérêts de mes clients. Alors, c'est des intérêts MONETAIRES, mais ça n'est pas que ça. Et pour une société, c'est la même chose. C'est la même chose. Une société, c'est un ensemble, etc. il y a le conseil d'administration, il y a les actionnaires, il y A LES SALARIES, il y a… {*rire*} il y a les fournisseurs. On a tout ça en charge » (E24)

Une telle perspective prépare la remontée du *régime du plan* au *régime de la justification*, qui déjà indépendamment de l'état du droit est emprunté par les agents dès lors qu'ils émettent des critiques portées par un sentiment d'injustice. Les dirigeants d'entreprise ne peuvent faire entièrement abstraction de ces critiques dans la mesure où la réalisation de leur objectif de rentabilité passe par la mobilisation de ses membres (l'obtention d'un engagement coopératif) et que celle-ci suppose de répondre au moins pour partie à leurs attentes en termes de justice.

En tenant compte à présent de l'état du droit, au-delà de la dimension conflictuelle du rapport salarial, le droit du travail peut être compris comme un dispositif de *compromis* entre la logique de l'efficacité portée par l'impératif de rentabilité et la dimension collective de l'entreprise prise en compte par E24 – ce que Boltanski et Thévenot (1991) nomme un *compromis industriel-civique*. Un tel dispositif contraint la remontée du *régime du plan* au *régime de la justification,* mais cette contrainte n'est que partielle (il se présente comme un système de règles incomplet) et la fonction réflexive de l'avocat se fait alors plus ambivalente. Cette dernière peut en effet participer aussi bien au renforcement qu'à l'affaiblissement de la traduction en actes (juridiques et pratiques) de l'intention du législateur, selon que l'avocat cherche d'abord à mettre en forme l'intérêt exprimé par son client au regard de l'état du droit ou l'état du droit au regard de l'intérêt exprimé par son client.

Dans le second cas, nous pouvons parler d'*instrumentalisation du droit* (Bessy, 2007), dès lors que l'intention initiale du législateur fait l'objet d'une représentation supposée partagée (c'est-à-dire d'un accord tacite sur le sens qu'il faut accorder à la norme). Par exemple, si les acteurs appréhendent bien le droit du travail comme un dispositif de *compromis industriel-civique*[17], toute pratique contractuelle visant à défaire ce *compromis* pourra être conçue comme une forme d'*instrumentalisation*. A partir de cette notion, Bessy (2007) analyse comment des règles produites historiquement pour garantir plus de sécurité aux salariés ont pu être détournées de leur finalité en faisant intervenir d'autres règles et/ou des situations éloignées des cas à l'aune desquels elles avaient été conçues. Mais de telles transformations des règles peuvent également conduire les agents à remettre en question l'interprétation de l'intention qui préside au système de règle (l'existence d'une représentation partagée). Nous pouvons illustrer cette difficulté supplémentaire par deux interprétations antagonistes du droit de la distribution, selon que l'avocat se situe côté franchisé (E6) ou franchiseur (E19) :

> « on n'est pas un simple APPLICATEUR : « Oh ben tiens, tel problème, voilà je sors de mon tiroir, voilà, ça c'est la réponse à notre problème : article machin, bidule, circulez, hop c'est fait ». Ce n'est pas ça. C'est : il y a un problème. Comment trouver la solution pour contourner les évidences qui font qu'on a en face de soi un mur infranchissable. Et le mur infranchissable la plupart du temps c'est un CONTRAT. Et le contrat ce n'est pas nous qui l'avons rédigé puisque ce sont des contrats d'adhésion qui nous sont imposés par les franchiseurs. Et donc il faut commencer à…, au

---

partie adverse et envers les confrères » (*Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat*).

[17] Ou bien même, plus généralement, si les acteurs appréhendent le droit du travail comme visant à compenser l'asymétrie entre employeur et employé constitutive du rapport salarial (lien de subordination).

MARTEAU et au BURIN, à BURINER ce MUR pour essayer d'EFFRITER ce qui ne va pas, etc., pour RETABLIR de l'équité, de l'équilibre… Voilà. » (E6)

«… on fait prendre conscience, en tous cas aux magistrats devant qui on plaide que les rapports existants entre CONTRACTUELS, entre franchisés et franchiseurs, ne sont pas forcément ceux que la presse dans son ensemble veut bien s'en faire l'écho, c'est-à-dire que l'image d'Epinal du franchisé BROYE par l'indomptable franchiseur relève plus (…) de l'imagerie populaire, mais ce n'est pas vraiment une réalité. Alors il peut y avoir des cas extrêmes, comme partout. Alors OUI là-dessus on fait évoluer la façon de voir les choses. » (E19)

Ces conceptions rendent pour le moins délicate la tâche d'identifier lequel de ces deux avocats sera enclin à instrumentaliser le droit. Nous ne pouvons que laisser au juge le soin de trancher au cas par cas à la lumière de l'histoire (des lois et de la jurisprudence dont il est le garant) et d'une qualification précise de faits présents.

Pareil constat conduit-il à abandonner toute évaluation de la qualité du travail de l'avocat au niveau macro ? Non. A notre niveau, il demeure possible d'identifier des pratiques porteuses d'insécurité juridique dans la mesure où celles-ci se dérobent à toutes tentatives de qualification à partir de catégories stabilisées. Ces pratiques répondent à une logique de déplacement (Boltanski et Chiapello, 1999) : en contournant les catégories saisies par le droit, elles échappent pour un temps aux contraintes de justice et appellent un nouveau travail de catégorisation. E21, autre avocat spécialisé dans le droit de la distribution, en fournit une illustration précise :

« Il y a actuellement une société, dont je ne vous dirais pas le nom parce que je plaide contre elle et beaucoup de gens plaident contre elle, qui a fait un contrat il y a une quinzaine d'année, qui est un contrat extrêmement pervers, car on ne sait pas comment le qualifier. Il est très, très… très embrouillé, très moche sur le plan de la clarté et de la pureté des idées, très difficile à analyser et à qualifier.

« A qualifier », par rapport…

A qualifier juridiquement, pour dire est-ce un contrat de vente, est-ce un contrat de mandat, est-ce un contrat de dépôt-vente, bon, qui est très bien fait, très bien fait, très vicieux, très bien fait, on sanctionnerait un étudiant pour l'avoir fait parce qu'on ne sait pas ce que c'est, mais c'est très bien fait. Le rédacteur de ce contrat, je ne sais pas qui sait, ils étaient peut-être plusieurs, a fait un beau travail. Et ensuite, tout notre travail à nous, c'est de faire une analyse de ce contrat qui réussisse en s'appuyant sur des notions incontestables à donner une qualification. Et très vraiment, très vraiment, moi je vous assure que, vous parlez d'imagination, le travail du juriste, du vrai juriste, c'est imagination plus rigueur. Imagination dans l'idée, que je vous dis quand TJ, TJ est défenseur des [franchisés de produit A], moi j'étais son adversaire, mon cabinet s'occupe de la distribution [de produit A] (…). Et TJ était coincé ! Il était coincé sur les branches du droit où il était. Et il a fallu qu'il se décale, comme on dirait au football. Et il a trouvé autre chose. Et on fait ça tous les jours. Vous êtes sur un problème de droit contractuel, le contrat vous ligote, il faut se dire « Attention. Et du côté du droit de la concurrence, est-ce que le procédé adverse est licite ? ». Et je dis « Non ! Ça va être une entente ». Alors le droit, le droit ne peut évoluer, c'est-à-dire se dessiner, que par l'imagination des juristes.

Et là donner une qualification à ce contrat, est-ce que c'est aussi redéfinir la qualification en elle-même ?

Oui, c'est définir une qualification, c'est dire ce contrat c'est quoi. C'est une vente ? C'est un dépôt ? C'est un mandat ? C'est une commission ?

Mais justement par rapport à ces catégories, est-ce que ce travail…

Va permettre vous voulez dire d'infléchir la catégorie ?

De transformer la catégorie en elle-même, oui

> Ah oui ! Bon. J'ai fait actuellement, j'ai fait un travail (…) sur la commission-affiliation. Je ne sais pas si vous savez ce que c'est que la commission filiation. [**Non**]. Ben allez chez CACHE CACHE, chez CANEL, ce sont des gens, qui n'ont pas de porte, vous croyez qu'ils sont commerçants, mais la marchandise qu'ils vous vendent, vous allez acheter un gilet, une robe, chez CACHE CACHE par exemple, la marchandise qu'ils vous vendent, ils n'en sont pas propriétaires. C'est la tête de réseau qui reste propriétaire jusqu'au dernier moment. Et ça entraîne des conséquences très graves. Alors ils appellent ça « commission affiliation », « affiliation » ça veut rien dire, « commission » c'est une fausse qualification ; ce sont des mandataires ! Et ça entraîne toutes sortes de conséquences juridiques, et notamment le fait que ces mandataires ont droit à une indemnité en fin de contrat.
>
> **Enfin « fausse qualification », qui reste vrai tant que [**Oui !**], tant qu'elle n'a pas été relevée**
>
> Voilà ! Exactement. « Fausse », « fausse » vous êtes sévère [**Voilà**], « apparente », « apparente » ou « proclamée » » (E21)

Nous retrouvons dans cet extrait les deux opérateurs de changement théorisés par Boltanski et Chiapello (1999) : la *catégorisation* et le *déplacement*. La première engage « un espace à deux niveaux, celui des éléments singuliers, et celui occupé par des conventions d'équivalence possédant un caractère de généralité » (p.411), c'est-à-dire préparé à la plus grande mise en commun. En ce sens, elle est considérée comme une opération plus réflexive que le déplacement qui « ne connaît qu'un seul plan » (p.409) et peut tout d'abord être associé à des actions routinières qui, par là, échappent à toute forme de contrôle (Favereau et Le Gall, 2006). Le fait qu'il s'agisse ici d'une pratique de rédaction contractuelle non routinière[18] nous incite toutefois à voir dans le déplacement mentionné par E21 une autre forme de réflexivité. Cette dernière est exercée au seul niveau individuel et pour ce seul niveau, là où la réflexivité propre au dépassement par l'avocat de la demande immédiate formulée par le client (l'exemple du divorce) procédait par changement de niveau d'identité pour prendre en charge une forme de bien commun. Le tableau suivant propose une mise en ordre des quatre types d'action réflexive que nous avons distinguées :

Forme de réflexivité	Règles appréhendées comme	Intérêt
Déplacement	contraintes	individuel
Instrumentalisation	contraintes et ressources	individuel
Dépassement	contraintes et ressources	élargi
Catégorisation	ressources	élargi

Dans la réflexivité associée au *déplacement*, les règles de droit sont appréhendées uniquement comme des contraintes à contourner. Dans celle associée à l'*instrumentalisation*, ce sont à la fois des contraintes et des ressources mobilisées pour faire valoir un intérêt individuel. Dans celle associée au *dépassement*, ce sont également des contraintes et des ressources, mais mobilisées cette fois pour faire valoir un intérêt élargi (changement de niveau d'identité). Enfin, dans celle associée à la *catégorisation*, ce sont uniquement des ressources pour faire valoir une convention d'équivalence.

Nous avons ainsi fait apparaître dans cette section que la réflexivité de l'avocat pouvait jouer dans deux sens opposés, c'est-à-dire aussi bien en faveur d'un renforcement des contraintes de justice (*dépassement* et *catégorisation*) que de l'insécurité juridique (*déplacement* et *instrumentalisation*)[19]. Nous allons maintenant chercher à expliciter dans

[18] Voir Lahire (1998) pour une appréhension de la réflexivité à partir des pratiques d'écriture.

[19] Autrement dit, la réflexivité peut aussi bien œuvrer à un renforcement des conventions (de justice) qu'à un renforcement de l'incertitude. L'hypothèse de réflexivité limitée conduit ainsi à faire de la convention une notion fondamentalement dynamique ; celle-ci se présente moins comme une solution élaborée par les agents en

l'impact d'une dérégulation sur cette réflexivité (section 7) à partir d'une typologie des marchés des services juridiques (section 6).

6. Les qualités au fondement des marchés

Pour construire cette typologie, nous disposons de deux entrées qui, à l'analyse de nos entretiens, apparaissent se rejoindre. La première concerne la pluralité des manières de faire l'accord entre producteurs et consommateurs sur la qualité des biens ou services : ce sont les *conventions de qualité* (Eymard-Duvernay, 1989) assises sur des principes d'évaluation légitimes (Boltanski et Thévenot, 1991) et déjà mises au jour pour d'autres secteurs économiques à partir de différentes investigations empiriques[20]. La seconde, introduite par Christian Bessy dans la conclusion du texte qui précède, est propre au travail des avocats : elle concerne, d'une part, la différence entre les activités de conseil et de contentieux et, d'autre part, la manière dont l'avocat s'insère dans le processus de décision de son client.

6.1. Retour sur les axes de la typologie

Prise en charge/coproduction : Pour expliciter cet axe, nous pouvons repartir de l'extrait sur lequel nous nous sommes appuyés (section 5) pour avancer l'idée qu'une différence entre clientèle d'entreprise et de particulier tenait au régime d'engagement dans l'action dans lequel était inscrit de manière privilégiée le client au de l'entrée en relation avec l'avocat (*régime du familier* pour la clientèle de particulier et *régime du plan* pour la clientèle d'entreprise).

> « je crois qu'il faut complètement distinguer dans l'aspect contentieux et non contentieux, c'est DIFFERENT. Dans le contentieux, le client veut GAGNER, et veut surtout pouvoir S'EXPRIMER, FAIRE VALOIR LE POURQUOI de son comportement. Dans le non contentieux, ce que veut le client, c'est qu'on l'aide à se décider ! C'est qu'on lui donne la DIMENSION juridique qui lui permet de prendre une DECISION D'ENTREPRISE, en disant « ça on ne peut pas »… mais il ne faut pas que le juriste… le juriste n'est jamais le type qui doit dire « Non » ! Il doit dire « PAS COMME ÇA, MAIS autrement » ! Je crois que c'est très important. Vous comprenez, moi j'ai BEAUCOUP de RESPECT et d'ADMIRATION pour un certain nombre de grands patrons, qui sont des gens qui apparemment ne connaissent RIEN, qui ne connaissent pas le droit, qui ne sont pas nécessairement des TECHNICIENS de ce qu'ils vendent ou du service qu'ils procurent, qui… sont souvent de très bons financiers, qui calculent VITE, mais qui paraissent DOMINER au sein d'une réunion, où il s'agissait de savoir SI ON LANÇAIT un produit OU PAS, et à quel prix. Et il y avait là tout un directeur commercial, un directeur technique, un type qui fait de la communication, bon, et puis MOI j'étais le juriste. Le gaillard n'était ABSOLUMENT pas juriste. J'ai fait 10 minutes sur la question. Il m'a posé DEUX questions. C'était les deux BONNES questions. Et puis à 11 heures du matin, il a dit « Bon ben écoutez, je vous remercie. Alors on le FAIT, on le fait comme ça et on le fait avec une prime » (…). Mais j'ai vu d'autres gens qui PARAISSENT ne PAS PIGER ! Mais ILS POSENT la question {*rire*}, ils posent la question PERTINENTE, et puis à la fin, ils décident. Et moi j'ai BEAUCOUP, beaucoup, beaucoup d'estime pour un certain nombre de chefs d'entreprise.
>
> **D'accord. Là, j'ai l'impression de tenir une distinction, vous allez confirmer ou infirmer. Ce que j'ai pu voir avec les avocats spécialisés en droit des personnes, donc qui ont affaire à une clientèle de particuliers, c'est qu'il y a un travail IMPORTANT de je dirais REDEFINITION de l'intérêt de la personne, c'est-à-dire que la DEMANDE telle qu'elle la formule au départ [**Voilà**] n'est pas la bonne ET il faut vraiment reprendre en main le**

---

réponse au problème keynésien de l'incertitude inhérente à la coordination (lecture fonctionnaliste) que comme une transformation de cette incertitude (Bessis, Larquier et Latsis, 2008).

[20] Pour les premières d'entre elles, voir Eymard-Duvernay (1987) et Boltanski et Thévenot (1989).

problème. Alors que, avec votre type de clientèle, j'ai l'impression que vous vous insérer PLUS au sein d'un dispositif, même si vous n'avez pas affaire en face à un SPECIALISTE [OUI**], mais qu'il y a moins ce travail à faire.**

Je pense qu'en droit de la famille les confrères doivent être obligés de DEBARASSER de tout un aspect AFFECTIF, passionnel [**clairement, oui, oui**] qui doit leur demander un travail EPOUVANTABLE, et je les ADMIRE parce que moi je m'irriterait. Euh…

Tandis que là, les demandes sont plus précises [Ah oui**], elles tapent plus juste au départ…**

Les demandes sont plus précises, au fond on S'INSERE dans un processus de DECISION, AVEC l'autorité que peut donner le fait d'être extérieur, parce que SOUVENT les directions juridiques, quand on a une REUNION avec la direction générale, le directeur juridique se dit « Ah bon, on voit la direction générale à trois heures », et donc à 2 heures… ILS NOUS DEMANDENT si vous voulez de les CONFORTER, de leur donner déjà les réponses qu'ils vont faire tout à l'heure » (E21)

Nous voyons apparaître dans cet extrait plusieurs distinctions qui se recoupent (imparfaitement) : celle (mise en avant par l'enquêté) entre conseil et contentieux et celle (mise en avant par l'enquêteur[21]) entre clientèle d'entreprise/clientèle de particulier, qui appelle une autre classification plus complexe (élaborée à partir de plusieurs critères) : celle de Lucien Karpik (2007) entre régime professionnel privé/public – avec indépendance de l'avocat plus ou moins éprouvée selon les régimes[22]. En mettant l'accent sur l'opposition entre *coproduction du service* et *prise en charge du processus de décision*, nous avons alors choisi un critère transversal à la différence entre clientèle d'entreprise et clientèle de particulier, ainsi qu'à l'indépendance effective des avocats (dont nous allons voir qu'elle peut être parfaitement maintenue dans le domaine paradigmatique du droit des affaires) :

- la *prise en charge du processus de décision* appelle plus naturellement une logique de *dépassement* de la demande exprimée par le client, un travail d'orientation de la stratégie et de montée en généralité ;
- la *coproduction* consiste d'abord en un accompagnement et un approfondissement de la stratégie.

En anticipant sur le raisonnement à deux axes, nous pouvons préciser cette distinction. La *prise en charge du processus de décision* et la *coproduction* vont chacune connaître deux déclinaisons :

- prise en charge à partir d'une cause (cas où conseil et contentieux sont couplés) ou prise en charge à partir des orientations déontologiques (cas où conseil et contentieux sont séparés) ;
- coproduction sur mesure (cas où conseil et contentieux sont couplés), ou coproduction de standard (cas où conseil et contentieux sont séparés) à la manière (autoréférentielle) dont offreurs et demandeurs coproduisent en pratique les prix sur les marchés réels les moins éloignés du modèle théorique de concurrence pure et parfaite (Orléan, 1988).

Conseil et contentieux couplés/séparés : Comme l'ont souligné plusieurs enquêtés, le conseil est toujours réalisé dans la perspective du contentieux (« dans un contrat, EN GERME, vous avez une plaidoirie » (E24)), de telle sorte que nombre d'entre eux préfèrent remettre en question cette distinction, et ce quel que soit leur domaine de spécialité :

« Est-ce que quand je donne des conseils pour essayer d'éviter de plaider, je fais du conseil ? » (E4, avocat spécialisé dans les divorces)

« **Comment se répartit votre activité entre conseil et contentieux ?**

[21] Remarque méthodologique : la posture plus directive empruntée par l'enquêteur dans cet extrait (orientation de l'enquêté par demande de validation ou de réfutation) n'a été privilégiée qu'auprès des derniers avocats interrogés (soit à un stade déjà avancé de la recherche).
[22] Voir l'Analyse 3 de Christian Bessy pour un développement de ce point.

> C'est étroitement lié parce qu'on fait ce que j'appelle du précontentieux, ce que revêt le rôle du conseil. Donc je ne fais pas le distinguo entre les deux, SAUF pour ce qui concerne uniquement un peu de la gestion des approbations de compte. On doit avoir une trentaine de sociétés où là c'est du conseil pur et dur » (E19, avocat spécialisé dans le droit de la distribution)

La complémentarité perçue entre ces deux types d'activité rejoint la question des compétences ; l'expérience du contentieux serait pour certains le seul moyen d'acquérir l'expertise requise pour le conseil :

> « **Est-ce que vous pourriez envisagez de ne vous spécialiser QUE dans le conseil ou QUE dans le contentieux ?**
>
> Non. Les deux vont de paire. Les deux vont de paire parce que souvent le conseil PRECEDE le contentieux ou succède le contentieux, ou se fait en parallèle. Donc pour moi c'est COMPLETEMENT indissociable. On est BON conseil quand on a une BONNE connaissance du contentieux, parce que la stratégie judiciaire fait aussi partie de la GESTION d'une problématique à un moment donné. Et donc quand on veut être CREDIBLE dans une négociation, il faut CONNAITRE les mécanismes du contentieux et ce qui en SORT » (E6)

Cette « bonne connaissance du contentieux » est présentée comme la toute première des caractéristiques distinctives de la qualité du travail fourni par l'avocat par rapport aux autres acteurs susceptibles de proposer des conseils. E10 suggère ainsi une discontinuité qualitative susceptible de contribuer à la singularité du service fourni par l'avocat :

> « Je ne dis pas qu'il n'y a QUE les avocats qui peuvent être compétents. Mais dans un domaine que je connais moi, qui est le domaine des comités d'entreprise, les comités d'entreprise, pour ce qui concerne le CONSEIL, aujourd'hui, s'adressent quelques fois aux avocats et quelques fois à des officines, qui se créent parce que les comités d'entreprise ayant un budget, ils ont les MOYENS de REMUNERER une prestation de conseil. Il est certain que la QUALITE de la prestation d'officines n'est pas aujourd'hui la qualité de prestation de cabinets d'avocats. D'abord parce que les officines ne plaident pas et ne vont pas au contentieux donc elles peuvent donner des conseils un peu ABSTRAIT. Nous quand on donne un conseil, on SAIT comment la juridiction apprécie la pertinence de l'argumentation qu'on défend » (E10)

La connaissance de la jurisprudence est certes accessible à partir de textes, mais la pratique du contentieux conduirait à un exercice différent de l'activité de conseil orientée par une appréhension plus concrète du poids de chacun des éléments pouvant intervenir au cours du processus de délibération arbitré par les juges. Les deux textes précédents ont déjà mis l'accent sur une dimension cruciale du travail des avocats : celle de *knowledge intensive* au sens d'un « savoir-dans-l'action » accumulé dans l'expérience et reflété par un jugement sûr (Lazega, 2001). Celle-ci vaut à la fois pour le conseil et pour le contentieux, mais seul l'exercice des ces deux types d'activités permet de bénéficier de l'expertise pratique de l'une pour enrichir l'autre. C'est la principale raison qui justifie le choix de ce deuxième axe.

De plus, cette discontinuité ne relève pas seulement d'une différence d'expertise, mais porte également sur la manière dont les avocats se représentent leur profession. C'est ce que permet de saisir E3, avocat spécialisé dans le droit social au sein d'un cabinet international, en présentant la pratique du contentieux comme consubstantielle au métier :

> «… pour des gens comme nous en droit social qui ont une très grosse expertise en termes de contentieux, il y a également cette faculté d'être des VRAIS AVOCATS. Moi, nous on va, on met la robe et on va au Palais TOUT LE TEMPS, TOUS LES JOURS.
>
> **Tous ?**
>
> Pratiquement. Pratiquement. Alors que dans certaines structures, vous allez avoir des gens qui vont faire du conseil sur des opérations et qui… qui n'ont même pas de robe dans leur pièce ! C'est un gag, c'est une anecdote, mais simplement il faut aller, il faut aller A LA BAGARRE. Les avocats c'est ÇA. C'est pour ça qu'on a fait ce métier, c'est pas juste pour gratter des contrats. » (E3)

Cette définition de l'avocat (que contesteraient plus d'un confrère spécialisé dans le conseil) est solidaire d'une compréhension de sa fonction et d'une finalité de l'agent (« c'est pour ça qu'on fait ce métier ») distinct de la recherche d'un gain monétaire. La valeur (ou la « richesse ») du métier n'est pas d'abord associé par cet avocat à la rémunération du travail, mais à une tradition que perpétue la pratique : « Nous en France on a une tradition d'avocat plaidant. Et c'est ce qui fait la richesse de ce métier en France » (E3). La discontinuité entre conseil et contentieux pointé par E10 à partir d'une différence d'expertise apparaît donc également avec E3 comme une discontinuité éthique.

6.2. Les conventions de qualité

Le recours à la notion de *convention de qualité* permet d'éclairer cette discontinuité à partir de cinq déclinaisons (conventions *domestiques*, *marchandes*, *industrielles, inspirée* et *civiques*). Par *convention*, nous entendons une représentation supposée partagée du collectif associée à une idée du fonctionnement correct de la relation que les individus forment entre eux. Une convention se traduit ainsi simultanément par la construction d'un collectif à l'état de représentation, l'affirmation d'une forme de coordination associée à une modalité d'évaluation prééminente en son sein, et la formation d'attentes sur les comportements respectifs de ses membres. Par les évaluations et attentes qu'elle soutient, elle contient une dimension normative mêlant à des degrés divers des considérations en termes d'efficacité et d'équité. Les *conventions de qualité* sont des spécifications de cette notion de convention à partir de formes de coordination générale reposant sur la tradition (pour la convention *domestique*), la concurrence (pour la convention *marchande*), l'efficacité technique (*industrielle*), l'inspiration (*inspirée*) et l'intérêt général (*civique*). Le tableau suivant présente pour chacune de ces conventions, son principe de coordination et d'évaluation (*principe supérieur commun*), des *modes d'expression* de ce *jugement*, l'archétype de l'entité collective à laquelle la convention donne une réalité (*figures de l'ordre*) et des manières dont les personnes et les objets entrent en relation (*relations naturelles entre les êtres*), qui guident l'établissement des pratiques congruentes.

TABLEAU : Présentation des formes de coordination générales

Formes de coordination / principe supérieur commun	Expression du jugement	Figures de l'ordre	Relations naturelles entre les êtres
Marchande / la concurrence	Prix	Le marché	Acheter, vendre, monnayer, rivaliser
Industrielle / l'efficacité technique	Test de fiabilité	L'organisation	Fonctionner, mettre en œuvre, prévoir
Civique / l'intérêt général	Vote	L'État démocratique	Se rassembler, mobiliser, adhérer
Inspirée / l'inspiration	Intuition	L'imaginaire	Créer, découvrir, rechercher
Domestique / la tradition	Confiance	La famille	Éduquer, recommander, respecter

En pratique, les agents combinent ces différentes formes de coordination ; chacune intervient dans le fonctionnement de la profession d'avocat et chacune favorise une idée du bien commun par laquelle elles comportent toutes une composante *civique* (au même titre que le *compromis*, présenté section 4, qui les combine précisément en maintenant cette perspective du bien commun). Toutefois, la manière dont chaque avocat exerce son activité peut être éclairée par la convention de qualité privilégiée. Les cinq déclinaisons de cette notion doivent être comprises comme autant de constructions idéal-typiques, qui permettent d'identifier la cohérence de différentes manières d'exercer la profession et de se positionner

par rapport au marché. Cette attention portée à une pluralité de qualités nous conduit à proposer une représentation théorique de la profession qui maintient une continuité avec la manière dont la conçoivent ses différents acteurs :

> « Lorsque j'enseigne à l'EFB aux jeunes avocats, je leur dis « Vous avez la chance INOUIE, c'est d'avoir choisi une profession qui N'A PAS de modèle économique absolu ». J'entends par là : PERSONNE ne peut prétendre que son modèle économique est forcément le meilleur et qu'il n'y a que CELUI-LA qui devrait exister » (E23)

Convention domestique (« un barreau provincial, c'est une famille »)

La conception de l'avocat défendue par E3 correspond au modèle le plus connu : celui de l'avocat plaidant dont l'autorité est d'abord assise sur la confiance entretenue par l'ordre dans la tradition du « barreau classique » (Karpik, 1995). Dans ce premier modèle, la notoriété de l'avocat est fortement liée à l'ancienneté et transmise de mère/père en fils/fille ou de maître à apprentis au sein de cabinets reposant sur des relations fortement personnalisées (liens amicaux ou familiers). Cette figure semble aujourd'hui plus présente au sein des barreaux de petite ou moyenne taille, constituée principalement d'une clientèle de particuliers et au sein desquels sont avant tout recherchées des compétences de généraliste (qui n'empêchent pas un service personnalisé). La mise en relation entre l'offre et de la demande s'effectue principalement par le bouche-à-oreille effectué par les clients eux-mêmes, et l'avocat stimule cette circulation de l'information par son implication dans des réseaux locaux. Les relations entre confrère apparaissent dans la continuité de celles développées au sein du cabinet :

> « Un barreau provincial, c'est une famille. On se voit… Plus le barreau est petit, plus on se voit. On se voit TOUS les jours ou presque, à la bibliothèque, on bat la semelle dans la salle des pas perdus avant de plaider, on boit le café ensemble, ou on sort de l'audience et on va au bistrot boire un coup…c'est ÇA. » (E12)

Convention marchande (« on subit le marché »)

Le cadran sud-ouest de notre typologie concerne des cabinets qui s'insèrent dans le processus de décision de leurs clients et séparent activité de conseil et de contentieux, ramenant de fait certains avocats à la situation des anciens conseillers juridiques avant la fusion de 1991 :

> « la stratégie du cabinet, aujourd'hui parce que ça n'a pas toujours été le cas, consiste à dire que l'activité judiciaire est une activité spécifique. Et donc on souhaite que l'activité judiciaire soit réalisée par les avocats qui en ont l'expérience. Donc on ne souhaite pas *a priori* que les autres avocats qui sont principalement dans le conseil aient une activité judiciaire. On ne le souhaite pas. Cela dit, il y a forcément des exceptions (…) mais notre stratégie globale consiste à dire que l'activité judiciaire, c'est une spécialité en soi et nous, au sein [du cabinet], on croit au principe de spécialité. On est bon, quand on a la pratique, quand on a la documentation, quand on a l'expérience de la spécialité dans laquelle on évolue. C'est vrai pour le contentieux, c'est vrai pour la fiscalité, c'est vrai pour le droit des sociétés, c'est vrai pour le patrimonial. Vous voyez que c'est un peu nuancé, hein. Vous trouverez toujours quelqu'un [au cabinet] qui fera à la fois du conseil et du contentieux, mais ce n'est pas la majorité, bien au contraire » (E16)

> «… aujourd'hui, les cabinets anglo-saxons REALISENT la nécessité d'ouvrir des départements contentieux. Je crois que pendant longtemps dans beaucoup de cabinets anglo-saxons installés à Paris, ils ne faisaient pas du tout de contentieux. Et ils se rendent compte que c'est utile. Alors deux observations, je crois hein de l'extérieur. La première c'est que ce ne sont pas les mêmes gens qui font du contentieux et du conseil, c'est des départements différents (…). Et deuxième observation c'est que j'ai l'impression que SOUVENT les gens qui sont dédiés au département contentieux se sentent un peu marginalisés ou OSTRACISES… parce que la culture une fois encore et différente, et que les avocats anglo-saxons préfèrent éviter les procès. Donc… Voilà, on a l'impression qu'ils se sentent un peu différents du reste du cabinet. » (E24)

Ce sont essentiellement de grands cabinets pluridisciplinaires aux méthodes standardisés, qui sont plus présents en droit des affaires, où l'expertise des juristes d'entreprise permet une meilleure information de la demande sur l'offre. Leurs principes d'organisation attestent de l'importance de la *convention industrielle* au sein de ces cabinets[23], mais celle-ci est fortement dominée par la logique *marchande*, à l'appui de deux processus qui se renforcent mutuellement : l'homogénéisation du service fourni par ces différents cabinets (condition de délimitation d'un marché) et l'accentuation de la concurrence par les prix, au détriment des autres principes de coordination et notamment des règles de déontologie – cette dynamique fera l'objet du point 6.3.

Convention civique (« c'est la militance qui nous a fait avocat »)

C'est parmi les avocats qui prennent en charge le processus de décision et se consacrent majoritairement, mais non exclusivement, à une activité de contentieux qu'on retrouve ceux qui se distinguent d'abord par leur cause. Nous retrouvons ici la figure de l'*avocat bâtisseur* (présentée dans la section 2) qui ne se situe pas prioritairement dans une « logique mercantile » (E8, cité précédemment) de maximisation du profit, mais cherche avant tout à « faire avancer les choses » (E6 et E8, cités précédemment) dans le sens de leurs convictions. Ce dernier accepte alors plus souvent des clients susceptibles de ne rien rapporter (notamment des clients bénéficiaires de l'aide juridictionnelle) et/ou se sépare plus facilement d'un client en cas de désaccord sur la stratégie (même quand les exigences de ce dernier n'entrent pas en contradiction avec la déontologie). La visibilité acquise par cet avocat tient d'abord à son engagement…

> «… il faut vous rappeler que c'est [quelques années] après 68 ça. Ce qui veut dire qu'il y a des choses qui se passent dans la ville, et notamment [une affaire qui concernait un universitaire très engagé]. Et comme c'était complètement dans la mouvance dans laquelle je vivais, aux côtés de l'homme qui était mon compagnon à l'époque, ben on s'est pris au jeu. On est devenu les avocats – c'était complètement SURDIMENSIONNE par rapport à ce qu'on était et… je n'en crois pas mes yeux encore de ça. Mais A PARTIR DE LA, est venu s'agréger sur NOUS qui étions des gamins, toute la clientèle MILITANTE quoi. C'est-à-dire que c'est la MILITANCE qui nous a fait avocat et pas autre chose. Notre savoir, on l'a acquis DU mouvement social. Il a fallu qu'on apprenne ce qui était utile pour les luttes qui nous étaient soumises, voilà » (E17)

…mais les risques de désaccord sont au cours du temps minorés par une « auto sélection » en amont de la clientèle :

> « On défend théoriquement tous les syndicats. PRATIQUEMENT, il y en a qui ne viennent pas nous voir, y compris au sein d'un même syndicat. Je crois que notre FACON de défendre notre activité CORRESPOND à la RECHERCHE d'un certain nombre de…de justiciable. Ça ne correspond PAS à tout le monde, y compris ce qu'il faut bien comprendre c'est que les syndicats en soi ne sont pas homogènes et que au sein d'un syndicat, vous aurez plutôt telle ou telle branche d'activité qui va venir nous voir et pas telle ou telle autre, parce que notre façon de travailler ne va pas leur correspondre » (E8)

Il convient d'insister une nouvelle fois sur la dimension idéal-typique des modèles présentées : rares sont les cabinets, ou même les avocats, qui se conforment seulement à l'un de ces cas purs. A ce titre, la pratique d'E6 (amplement mobilisé pour introduire la figure de l'*avocat bâtisseur* dans la section 2), peut être interprétée comme relevant d'une association des logiques *civique* et *inspirée,* dans la mesure où cet avocat est d'abord engagé dans la défense d'un « mode de pensée ou [d'] un système d'analyse » associée à la jurisprudence

[23] Voir également la manière dont Christian Bessy présente ce type de cabinet (Analyse 3).

construite au sein de son cabinet, plutôt que dans une cause plus directement traduisible en termes politiques[24].

Convention inspirée (« cultiver la différence »)

C'est parmi les avocats qui se consacrent majoritairement, mais non exclusivement, à une activité de conseil tout en accompagnant/approfondissant le processus de décision de leur client qu'on retrouve ceux qui se distinguent d'abord par leur créativité, développée à partir d'un service sur-mesure :

> « nous on essaie de faire de la haute couture, être vraiment le plus proche possible du client, de donner des conseils spécifiques à chaque client en tenant compte de leurs caractéristiques – hein, on ne donne pas les mêmes recommandations à un homme qui est timide ou au contraire à quelqu'un qui est très allant – donc on essaie d'adapter nos conseils aux possibilités de nos clients, alors que les grands cabinets anglo-saxons font un peu la même chose pour tout le monde, ce qui les conduit à appliquer systématiquement les mêmes méthodes, les mêmes procédures, à facturer à l'heure et… et nous c'est tout l'inverse ». (E24)

L'expertise de pointe entretenue par le couplage des activités de conseil et de contentieux associée à cette exigence de sur-mesure permet à l'avocat d'offrir des prestations innovantes correspondant à une *montée en singularité* qui rapproche l'excellence visée de celle de l'artiste[25]. Au-delà du modèle pur de *convention inspirée*, cette imagination juridique procède également d'un travail de fond sur les dossiers (logique *industrielle*) qui peut conduire à une limitation du nombre de clients :

> « je CONNAIS BIEN mon métier et je pense que je ne suis pas un mauvais avocat, bon. Et donc euh… si j'avais EN PLUS la dimension commerciale, on devrait être 40. C'est ça que je veux dire. Donc si on est PETIT et resté PETIT, c'est parce qu'il y a un VICE quelque part. Il faut être lucide. Ce vice vient du fait que je suis TROP METICULEUX dans les affaires, donc je reste TROP, vous voyez, à 53 ans, je passe encore MES NUITS, comme UN CERTAIN NOMBRE DE CONFRERE, HEIN, à ECRIRE, REECRIRE, CORRIGER, corriger sans arrêt, etc., bon. Or ce n'est PAS COMME ÇA qu'on développe un cabinet. Parce que j'ai des collaborateurs sérieux, ils peuvent le faire. Ce n'est pas comme ça qu'on développe un cabinet. Je suis PLUS utile à mon âge à faire des conférences, à faire du commercial, à rencontrer les patrons, à essayer de leur VENDRE le cabinet, de leur VENDRE mes collaborateurs. » (E20)

A l'extrême, il peut s'agir de cabinet de niche au sens de cabinet quasi mono client :

> « **Quel sens ça a pour vous l'idée ou l'expression « DEVELOPPER un cabinet » ? C'est quoi d'abord « développer un cabinet » ?**
>
> Plusieurs choses. Avant de développer un cabinet, il faut MAINTENIR un degré de compétence, donc déjà. Donc ça nécessite un travail EN AMONT : se tenir au courant des décisions, de l'évolution du droit, de la jurisprudence. Avant de développer, c'est ça. Après ça développer un cabinet, ben soit on développe PAR LE NOMBRE de clients, et autre, que ce soit par le nombre d'associés et/ou de collaborateurs. Moi très clairement, enfin vous l'avez compris depuis le début, je ne suis PAS dans cette optique. Je suis DANS cette ESPECE d'optique qui consiste à dire « Je veux un travail de qualité, hein, et je ne veux pas FORCEMENT grandir pour l'instant » (E19)

Cet avocat privilégie l'investissement maximal dans la problématique de son client. L'augmentation de son chiffre d'affaire passe alors par le développement des potentialités de

[24] Rappelons toutefois qu'il déclare également œuvrer au rééquilibrage de la relation franchiseur/franchisé jugée asymétrique et en cela génératrice de situation inéquitable – rappel de citation : « BURINER ce MUR pour essayer d'EFFRITER ce qui ne va pas, etc., pour RETABLIR de l'équité, de l'équilibre » (E6).

[25] « Car c'est la « montée en singularité » qui est avant tout pertinente en matière artistique, où la généralisation (…) est disqualifiante (c'est la réduction au général qui diminue l'objet par la mise en évidence de ses propriétés communes, non spécifiques), alors que la particularisation y est qualifiante, augmentant la valeur de l'objet par l'insistance sur son unicité, son originalité, son irréductibilité à des catégories » (Heinich, 1998, p.46).

celui-ci. Cette logique n'est toutefois pas incompatible avec un développement des effectifs du cabinet. C'est ce que nous allons voir maintenant en portant directement notre attention sur les dynamiques de marché, engendrées par les cinq conventions de qualités retenues.

6.3. La pluralité des marchés

A partir de la convention inspirée

Dans le cadre de la convention inspirée, l'approfondissement du travail sur les dossiers produit une expertise susceptible d'approfondir la relation avec les clients existants. C'est ce dont témoigne E24 en contrastant deux manières de développer le chiffre d'affaire d'un cabinet :

> « **Et quelle est la bataille la plus difficile ? C'est celle qui concerne les clients ? Trouver de nouveaux clients, garder ses clients… Ou trouver régulièrement de nouveaux jeunes collaborateurs doués ?**
>
> Ça va un peu ensemble hein. Ça va un peu ensemble dans la mesure où les clients… on les A {rire}. Pendant longtemps, quand j'engageais des gens je leur disais « Je ne veux pas que vous apportiez de chiffre d'affaire, ça ne m'intéresse pas. Je veux que vous travailliez bien pour que nos clients soient satisfaits ». Ce qui était une démarche un peu inverse de celle de beaucoup de mes confrères qui essayaient au contraire comme ça d'agglomérer du chiffre d'affaire. Bon. Comme on devient de plus en plus nombreux, qu'on a de plus en plus de frais, on a fléchi un peu cette position, mais on engage des gens PARCE QUE on en a besoin pour nos clients, uniquement. Les affaires se développent ; on va donc engager des gens.
>
> **Donc… la bataille pour les clients est quand même directrice**
>
> La bataille pour les clients est directrice, ou sinon, la bataille pour les clients n'est pas que ça. Ça veut dire que les clients on peut déjà les avoir, et puis ils ont de plus en plus de choses à faire, ils nous CONFIENT de plus en plus de dossiers… hein, au début, au département concurrence, il y avait un garçon, maintenant ils sont je ne sais pas combien, 5-6-7, parce que nos clients recourent de plus en plus à eux. » (E24)

Ce que crée alors avant tout ce type d'avocat, c'est une position de niche sur le marché, à partir d'une expertise sans cesse plus poussée. La dynamique concurrentielle opère par différenciation, proposition de nouveaux « produits », découverte de nouvelles manière d'appréhender un problème, et créations/exploitations corrélatives de niches :

> «… il y a des niches à l'intérieur de la niche et c'est LA où on voit BIEN les cabinets où on retrouve un peu la nouvelle niche tous en même temps, quand même, parce que ça correspond à un besoin. Et donc c'est LA où, bon ben c'est là où il faut être…
>
> **Vous vous DEPLACEZ de niche en niche**
>
> Oui, on se déplace de niche en niche, oui. Enfin il y a des cabinets qui sont hyper spécialisés, je pense à [X] qui a fait son ENTREE sur la retraite CHAPEAU {*rire*}, ils ont fait leur PENETRATION de clientèle comme ça. Bon maintenant, ils ont beaucoup élargi, mais ils avaient ce créneau-là. Bon alors on cherche tous des points d'entrée comme ça, hein. Et on les trouve ou on ne les trouve pas. Il y a des PERIODES où on en trouve. Il faut passer au bon moment.
>
> **Et en général ils ont quelle durée de vie ces créneaux ?**
>
> Oh ben le temps d'être connu, exploité… DEVELOPPE, ça dépend, ça va dépendre des MATIERES hein, mais par exemple les 35 heures (on peut en parler puisque c'est largement dernière nous les 35 heures), j'ai [mon associée] qui s'était mise tout de suite là-dessus, ben ça a eu, c'est 2 ans de développement, puis après on passe à autre chose (…)
>
> **Donc c'est ça, on court après les niches [**Ah ben ouai**], et donc…**

BON, il y a des choses récurrentes, si on fait des contrats de travail et des licenciements, il y en aura TOUJOURS, on fait des ruptures amiables, on fait des transactions, il y en aura toujours, ça OUI. Mais le truc NOUVEAU qui fait que {*rire*} on va avoir un POINT d'entrée… on ne sait PAS, ça peut permettre un développement formidable comme ça peut n'avoir qu'une pérennité limitée. C'est là où je vous disais la croissance A l'INTERIEUR de l'entreprise DANS notre domaine.

Vous êtes toujours à la recherche, du moins vous êtes vigilante à…

Ah oui ! Ben c'est là où c'est amusant d'ailleurs » (E18)

Nous pouvons alors concevoir comme l'horizon du développement de l'expertise la production d'une niche qui échapperait à toute tentative d'épuisement par la concurrence. Pour devenir *la* référence de la niche, l'avocat peut chercher à faire valoir une compétence idiosyncrasique, c'est-à-dire reconnue comme attachée en propre à une personne, comme peut l'être la griffe d'un grand couturier. C'est dans ce sens que nous pouvons réinterpréter les références au travail de « haute couture » faites par plusieurs de ces avocats. Celles-ci contrastent avec le processus d'indifférenciation évoqués dans le cadre de la convention marchande et que nous allons présenter maintenant.

A partir de la convention marchande

E16 qui évolue au sein d'un cabinet dont la majorité des avocats sont spécialisés dans le conseil, est également l'un des enquêtés qui conçoit le plus une substituabilité entre l'avocat et le banquier du point de vue de la qualité de l'expertise : le banquier pourrait autant se prévaloir de l'expertise juridique que l'avocat dans la mesure où la connaissance des textes de droit est accessible à tous. La différence entre le service fourni par un banquier et celui fourni par un avocat (spécialisé dans le conseil) ne reposerait alors plus que sur l'indépendance et la responsabilité :

« Le banquier, son métier ce n'est pas de faire du droit, ce n'est pas de faire de la fiscalité. Mais avec le droit et la fiscalité, qu'il OFFRE gratuitement à son client, il TIENT son client, il INTERESSE son client pour lui VENDRE quelque chose d'autre. Et c'est pour ça qu'on a un problème de concurrence et que la concurrence n'est pas LOYALE (…). Ce n'est pas forcément de la prestation de mauvaise qualité. Non, non. Mais c'est du conseil NON indépendant (…). Il y a des banquiers qui font du très bon boulot, mais AUCUN banquier n'en prend la responsabilité. Un banquier terminera toujours sa consultation en disant vous allez le faire valider par quelqu'un d'autre. Bon. Donc il a la MODESTIE effectivement de ne pas parler *ubi et orbi*, comme on pourrait dire dans l'église. Mais c'est quand même TRES perturbateur pour les autres. Parce que lui, il a les MOYENS d'OFFRIR une étude, qui parfois est une étude de qualité, et GRATUITEMENT, parce qu'il gagne suffisamment d'argent, par ailleurs, pour offrir ça à son client. Mais SA finalité dans son conseil juridique, c'est de CAPTER le client, ce n'est pas de faire du conseil juridique et fiscal. Vous comprenez ? Donc là, OUI, on a des DOUTES hein sur l'indépendance (…)

Mais il arrive QUAND MEME à offrir quelque chose d'aussi bonne qualité en le faisant gratuitement que….

Alors, je vais vous dire « OUI », car il y a des idées qui… qui parfois sont TRES sophistiquées, des études qui sont TRES sophistiquées. Et NON, c'est de la NON qualité et du NON produit, dans la mesure où il n'en prend jamais la responsabilité » (E16).

Faute de développer sa spécificité par rapport aux autres professions, l'avocat spécialisé dans le conseil se retrouve donc en concurrence avec un plus grand nombre d'agents économiques. Cette intensification de la concurrence portée par l'indifférenciation est d'abord interne à la profession et concerne en premier lieu les grands cabinets d'affaire, dans la mesure où une part importante de leur travail porte sur des opérations de dimension internationale et doit alors se conformer à une exigence d'homogénéité du service :

« Ce que vous allez VENDRE à vos clients, ce sont des TECHNIQUES, des STANDARDS si vous voulez. Et beaucoup de clients quand ils font des critiques sur certaines opérations faites ici et

là, partout dans le monde, ils vont dire « Attendez, ce ne sont pas des opérations faites aux standards internationaux ça ! ». Et le type qui est basé à Chicago, qui est basé à Londres, qu'il fasse une opération pour lui, dans le sud de l'Italie, en Slovénie, en Russie, il voudra qu'elle doit faite sur la base des MEMES documents, que les standards de document soient les mêmes, etc. Donc là ce que vous vendez c'est vraiment des TECHNIQUES, ce sont des PRODUITS beaucoup plus que le droit applicable, donc là aussi vous influencez le marché d'une certaine manière. » (E23)

En vertu de cette homogénéisation, la concurrence entre les grands cabinets indifférenciés ne portera plus selon E23 que sur la relation commerciale :

« **Qu'est-ce que ça va changer pour le client de s'adresser à vous plutôt qu'aux cabinets concurrents ? Est-ce que vous faites la différence…**

La différence, je la fais TRES BIEN ; je suis MALADE quand ils ne viennent pas chez moi et qu'ils vont à la concurrence. Donc ça, la différence, je la fais très bien {*rire*}. Mais vous avez raison. On a aujourd'hui parmi les grands cabinets, on a atteint des niveaux d'expertise, de technique, de réputation qui sont TRES équivalents. Et c'est LA OU l'*intuitu personae*, la relation d'homme à homme demeure. Et c'est là ce qui est formidable dans notre métier, c'est qu'on RESTE dans un *PEOPLE business* comme on dit. Alors, on PEUT essayer après de se démarquer en disant (…) : on va s'organiser de façon telle que on fournisse notre service de façon différente de tout le monde. Il y a des choses à la marge un peu intangibles effectivement. Je pense que ce cabinet a la réputation d'être beaucoup plus commercial et beaucoup moins… on va dire SNOB peut-être que d'autres cabinets (…). Alors on peut, OUI, on essaie de jouer là-dessus, sur ce truc commercial. Mais AU FINAL, au final, on parle de choses intangibles. Et moi, je passe mon temps dans mes présentations à dire à nos avocats qu'il faut, au-delà de ce qu'on sait bien faire, la technique, etc., le COMPORTEMENT, la FAÇON dont on est avec les gens, mais c'est TERRIBLEMENT important ! » (E23)

En suivant toujours le témoignage de ce même avocat, nous constatons toutefois l'importance d'un élément de différenciation plus tangible et conforme à l'intuition : si les grands cabinets d'affaires, nombreux sur le marché mondial, proposent tous à peu près le même service, le même niveau « d'expertise, de technique [et] de réputation », alors les principales conditions (homogénéité, atomicité, information) sont réunies pour que les entreprises arbitrent entre les différentes offres en se concentrant avant tout sur les prix. Ce fonctionnement concurrentiel classique déréalise les entreprises au bénéfice du marché. Ce dernier est élevé, au niveau des représentations, au statut de sujet, un sujet porteur de volontés et en position de les imposer :

«… nous SOMMES sur un marché qui est TOTALEMENT, totalement tiré par les clients, et par leurs exigences. D'un point de vue macroéconomique c'est quand même intéressant. [Notre cabinet], ça va être 3 milliards de dollars cette année, c'est 0,X % du marché mondial du droit (…). Nous sommes aujourd'hui dans des exigences, on prend les exigences du marché de plein fouet ici hein, en termes de contraintes de TEMPS, en termes de DISPONIBILITE, en termes… c'est INCROYABLE, aujourd'hui on vous demande de faire des opérations d'une complexité INVRAISEMBLABLE en l'espace de 72 heures, 87 heures. Et si vous ne les faites pas vous ben on ira voir les autres. Ne vous inquiétez pas. Donc quand je dis qu'on SUBIT LE MARCHE, je vais prendre un autre sujet qui est les CLAUSES limitatives de responsabilité dans les interventions des avocats. Les big four, qui sont donc les grands cabinets d'audit dans le monde, ont décidé un jour de limiter leur responsabilité sur les missions d'audit : « Vous voulez travailler avec nous, alors vous allez signer la lettre de re-engagement : notre responsabilité est plafonnée à une fois, deux fois, trois fois le montant des honoraire sur la mission. Point ». Comme par hasard, ils y sont arrivés, les quatre. Aujourd'hui le MARCHE entier de l'audit a ses propres règles que LES CABINETS EUX-MEMES ont établi vis-à-vis du marché. NOUS les cabinets d'avocats, on a essayé MODESTEMENT de faire ça, mais… le marché a rigolé : « Attendez, vous voulez faire ça vous ? Hop, on va là-bas ». Pourquoi ? Parce que nous n'avons AUCUNE influence réelle sur le marché. Notre ambition sur le marché c'est de ne PAS TROP le subir, c'est d'essayer de BIEN LE SUIVRE,

bien l'accompagner, voir l'anticiper quand on peut. Mais aucun cabinet d'avocats va vous prétendre dire « Attendez, moi je fais ça et puis c'est le marché qui décide ».

Qu'est-ce ça veut dire « subir le marché » ?

Subir le marché dans son évolution de contraintes de temps, les exigences des clients, euh… sur… c'est essentiellement à ça que je pense, MEME les TECHNIQUES de marché qu'on nous impose. Aujourd'hui vous avez deux phénomènes que je vais vous mentionner pour illustrer mon propos. Les PANELS : on vous on fait passer des appels d'offre pour vous sélectionner des cabinets d'avocats qu'on va mettre sur des panels, OK. On vous MET sur le panel parce que vous avez fait le beau pendant une heure et puis ils vous ont pris, ils vous ont trouvé supers… Vous n'avez AUCUN engagement de travail, qui vous est donné, et vous êtes ASSUJETI à toute une série d'obligations en termes de non concurrence. Donc,
« - MOI SNCF, je vous prends sur mon panel, vous n'avez le droit de travailler pour AUCUN AUTRE RESEAU ferroviaire en Europe, vous ne pouvez JAMAIS être au contentieux contre moi, vous ne pouvez jamais ceci cela.
- Et moi j'ai quoi en face ?
- Zéro pour l'instant. On verra »
Là, vous subissez le marché. Alors vous pouvez décider de ne pas répondre aux appels d'offre, c'est VRAI, mais dans ce cas-là vous êtes hors circuit pour tous ces gens-là.
Deuxième chose. Vous avez aujourd'hui certaines banques, certaines institutions financières, qui mettent aux enchères INVERSEES, un volume de prestation juridique : « Voilà, on pense qu'on va faire 5 millions de livres sterling d'émission obligataires dans l'année », hein, qui sont des produits financiers un peu standardisés, « On pense que ça vaut à peu près 5 millions de livres, toutes ces opérations qu'on veut faire là. On les met aux enchères inversées ». Et là vous êtes chez vous : « Ben écoutez moi je mets 4,8 millions ; 4,6 millions, 4,4 millions ». Puis après on revient vers vous : « Mais attendez là vous êtes sûr ? Vos concurrents ils sont 30% en dessous de vous. Vous êtes SUR que vous ne voulez pas baisser votre prix ? ». Qu'est-ce que je fais ? J'y vais ? J'y vais pas ? Bon. ON SUBIT le marché, on le subit complètement » (E23)

Ce lien entre *désingularisation* (Karpik, 2007) (ou absence de développement de la spécificité de l'avocat, que celle-ci prenne une forme inspirée, domestique ou civique), homogénéisation des prestations et intensification de la concurrence existe à l'identique du côté du « marché du travail » [26], c'est-à-dire de la concurrence à laquelle se livre les cabinets (et d'autres professions) pour capter les compétences :

«… alors ICI, comme je vous disais on ESSAIE de faire en sorte que les deux activités [conseil et contentieux] soient mêlées, sans y parvenir à 100% bien sûr, et puis… une fois que les gens sont engagés aussi ils peuvent se mettre à préférer le contentieux ou au contraire à préférer le conseil, mais, il nous importe beaucoup d'avoir le sentiment que l'arrivant va bien s'intégrer aux équipes, donc pour qu'il s'intègre bien aux équipes il faut qu'on ait le sentiment qu'il est plus avocat que banquier. Tout ça c'est un peu IMPALPABLE.

« Plus avocat que banquier ». D'accord.

Alors que, bon, il est probable que dans certains cabinets d'affaires, c'est un peu interchangeable. Mais ce qu'il faut voir c'est que les banquiers aujourd'hui démarchent beaucoup mes associés et mes collaborateurs. Mais en même temps ils se rendent compte que, je crois, nous on peut apporter une grande partie des services des banquiers, et parfois nos clients se passent de banquier sur leurs affaires, parce qu'ils disent « au fond, j'en n'ai pas besoin », ils ont eux-mêmes des services financiers, de trésorerie en interne qui sont très capables, et puis pour mettre tout ça en stratégie et en cohérence, on peut y parvenir. Et puis on a un petit plus, puisque, en plus, on plaide, on est avocat. Et donc c'est pourquoi tout récemment il y a un de mes collaborateurs qui a été démarché, qui est parti dans une banque. Et alors justement LUI ne plaidait pas. Et c'est vrai qu'au fond si un jeune homme ou une jeune femme fait la même chose dans un cabinet d'avocats que dans une banque, ben il aura peut-être intérêt à aller dans la banque où il gagnera peut-être plus. Celui qui a une CULTURE d'avocat, qui est attaché justement à la défense, à la plaidoirie, il gagne peut-être un

[26] Les questions de recrutement font l'objet de développements dans l'analyse 5.

> peu moins qu'il gagnerait, mais il a une vie qui lui apparaît plus riche, donc il préfère rester ici. Alors il y en a de temps qui ont des états d'âme, mais jusqu'à présent, la quasi majorité, sauf ce jeune homme là, reste avocat, même si on leur fait part ailleurs des propositions beaucoup plus mirobolantes (…).
>
> J'avais été très frappé un jour, j'avais interrogé un magistrat qui avait été au PARQUET, au SIEGE, mais également directeur juridique du TRESOR, donc il avait une vision très complète de la profession. Je lui avais demandé s'il voyait une différence entre les banquiers et la plupart des avocats d'affaire, et il m'avait dit « non », ce qui m'avait un peu traumatisé. Mais c'est pourquoi nous on essaie de cultiver la différence » (E24)

L'intensification de cette concurrence dans le recrutement accroît les contraintes de rentabilité des grands cabinets qui, pour attirer de nouveaux avocats[27], doivent garantir des niveaux de rémunération d'autant plus élevés que, le processus d'homogénéisation du travail rendant bien toutes choses étant égales par ailleurs (en vertu du processus d'indifférenciation), les avocats sont incités à ne regarder que l'aspect monétaire de leur participation à un cabinet. Tous les éléments sont donc ici réunis pour soumettre les cabinets à l'impératif d'accumulation pour l'accumulation, au détriment de toutes autres formes d'orientation de l'action (telles que celles portées par les autres conventions). Cette contrainte systémique dicte aux avocats l'adoption d'un objectif premier de maximisation de la rentabilité matérielle, là où d'autres entendent d'abord innover (convention inspirée), faire avancer une cause (convention civique), ou perpétuer la tradition du barreau classique (convention domestique).

A partir de la convention domestique

Dans le cadre de la convention domestique, la concurrence a moins d'incidence sur les prix que sur les efforts de communication. Le principal vecteur de clientèle demeure toutefois le bouche à oreille des clients par les clients. La notoriété s'acquiert donc dans la durée, à mesure que s'accroissent le nombre de clients passés et la présence de l'avocat dans les réseaux locaux. Les avocats jugent moins leurs confrères en tant que concurrents qu'en tant qu'avocats de la partie adverse, et sont à ce titre soucieux du respect par ces derniers des règles qui garantissent le bon déroulement du procès.

A partir de la convention civique

Dans le cadre de la convention civique, quand plusieurs cabinets contribuent à la même cause, les avocats se perçoivent d'abord comme des alliés, qui entretiennent des relations de coopération donnant lieu à des échanges de connaissance, de jurisprudence, de modèles ; à des renvois d'affaires ; voir également à des remplacements ponctuels. Le partage d'une même spécialisation liée à la cause (même domaine, même secteur d'activité, même côté des parties en opposition) participe au rejet d'une représentation en termes de concurrence par la diminution effective du nombre de cabinets susceptibles de fournir le même service, et ce d'autant plus sûrement que la logique mercantile passe au second plan par rapport à la logique civique :

> « A faire ça de façon significative, on doit être 4 ou 5 cabinets sur Paris. A faire ça de façon significative, j'entends, parce que bien sûr, ce n'est pas un domaine réservé, tout le monde peut faire ça et tout le monde en fait (…)
>
> **Donc en gros, il y a 4-5 cabinets qui vous concurrencent vraiment directement…**

[27] Et limiter le risque de voir ceux en place partir (débauchés ou à leur compte) avec éventuellement une partie des clients.

Je ne dirais pas, je n'emploierai pas le mot « concurrence » : qui ont une activité identique ou similaire. Je n'emploierai pas le mot « concurrence », parce que ON RESSENT PAS ÇA. Non, je veux dire… on ne ressent pas ça.

Pas avec eux alors, mais avec d'autres ?

NON. Non, non, non, non.

Il n'y pas de concurrence ?

Ben, euh NON, mais on ne ressent pas le terme de concurrence. C'est-à-dire que… comment vous dire, nous on a un volume d'activité qui correspond à notre capacité à traiter les dossiers. Donc on ne pourrait pas en traiter plus de toute façon. Donc on n'est PAS en concurrence, c'est-à-dire qu'il n'y a PAS de… les… comment dire… les secteurs d'ac{*tivité*}, enfin les, NON il n'y a pas de… Il n'y a PAS de concurrence au sens où on essaie de s'accaparer les parts de marché. NOUS simplement on travaille sur ce secteur d'activité là, on sait qu'il y en a d'autres qui le font aussi et que le secteur est performable, dans le sens où on peut Y COMPRIS, je crois, dans ce secteur-là, générer plus d'activités, plus de contentieux. Je veux dire en se posant comme une structure capable de PLUS traiter les contentieux, on pourrait avoir PLUS de contentieux, SANS EN PRENDRE sur les autres, c'est-à-dire qu'on pourrait générer même du contentieux inexistant. On pourrait SUSCITER du contentieux. Il y a un tas de gens qui ne vont pas au contentieux dans ce secteur-là, parce que ce n'est pas la mode, parce qu'ils ne connaissent pas les cabinets, parce que etc. Donc c'est pour ça que je vous dis « concurrence » pfff il y a encore beaucoup de progression en termes de MARCHE si vous voulez.

Il n'y a pas de cabinets qui ont cette attitude de générer des contentieux ?

Non, quand je dis « générer des contentieux », NON, pas générer des contentieux directement, mais enfin… INFORMER le PUBLIC pour qu'il y ait plus d'actions judiciaires, oui. Mais NON, il n'y a pas de cabinets qui le font en l'état. Non, parce que c'est assez compliqué, parce que c'est TRES particulier et c'est très spécifique. Il faut AVOIR la capacité pour traiter les dossiers. Bon mais là ce serait une démarche mercantile. Bon, nous on n'est pas dans cette démarche-là et… mais on SAIT que ça existe, on sait qu'il y a un potentiel qui existe. » (E8)

7. Conséquences attendues d'une dérégulation

Nous avons vu que la convention marchande produisait la configuration la plus proche de celle posée comme référence par la Commission européenne. C'est donc sur cette dernière que nous allons nous concentrer pour envisager les effets d'une dérégulation de la profession en considérant le scénario extrême dans lequel les autres manières de concevoir et pratiquer la profession devraient complètement s'aligner. Plus précisément, dans l'optique de cette note, il s'agit de présenter dans quel sens les contraintes systémiques portées par cette convention vont jouer sur la qualité par l'intermédiaire de la forme de réflexivité qu'elles vont privilégier. Car en effet nous avons vu (section 5) que la réflexivité pouvait aussi bien contribuer à une amélioration (par *catégorisation* ou *dépassement* sous le contrôle collectif) qu'à une détérioration (par *instrumentalisation* ou *déplacement*) de la qualité du service fourni par l'avocat.

Le *dépassement* de la demande exprimée par le client dans l'intérêt de ce dernier relève d'une logique paternaliste propre à la *convention domestique*, au sein de laquelle cette mesure sera le plus susceptible d'être mise en œuvre de la manière qui convient (soit réellement dans l'intérêt élargi du client et non au-delà) en vertu de la valorisation de l'ordre par cette convention. Toutefois, cette opération de *dépassement* et la relation de dépendance (du justiciable à l'avocat) qui la justifie, constitue plus généralement l'un des fondements de l'organisation des avocats en profession. A ce titre, la convention domestique intervient également sur les segments de marché portés par les autres conventions avec lesquels elle est

combinée sous la forme d'*arrangements*, d'*ententes* ou de *compromis* (section 4). **En remettant intégralement le pouvoir d'évaluation au consommateur, une intensification de la concurrence produite par une la dissolution complète de l'organisation professionnelle aurait** à ce niveau **comme conséquence d'empêcher la fonction réflexive de l'avocat garante d'un certain niveau de qualité de sa prestation dans sa composante micro.**

La *catégorisation* consiste à donner réalité à un principe de justice en spécifiant la liste des actions illicites au regard de celui-ci. C'est l'opération privilégiée par l'avocat engagé dans une logique *civique* pour promouvoir sa cause. A travers l'édifice jurisprudentiel qu'il bâtit en transformant une série de *déplacements* non relevés en infractions avérées (que l'on pense à la sanction des « abus de précarité »), l'avocat vise à faire valider sa cause par les règles de droit. Dans le cadre d'une *convention civique* pure, la cause de l'avocat est conforme au sens ordinaire de la justice et sa validation par le droit correspond alors bien à une opération de *catégorisation*. Dans le cadre d'une combinaison avec les autres conventions, cette cause peut entrer en contradiction avec le sens ordinaire de la justice et l'action de l'avocat s'apparenter alors à une tentative d'*instrumentalisation* du droit. Nous retrouvons ici la difficulté soulignée dans la section 5 afférente à l'ambivalence du droit prise en charge en dernier ressort par les juges. Cette ambivalence peut être levée par une dérégulation qui alignerait la convention civique sur la logique marchande. Dans ce cas, **les avocats ne défendraient plus que les causes particulières de leurs clients et toute logique de *catégorisation* portée par une visée plus générale s'effacerait au bénéfice de tentatives d'*instrumentalisation* au coup par coup, au détriment de la dimension macro de la qualité.**

Les *déplacements* pourraient être l'opération privilégiée par les avocats qui maîtrisent le mieux les règles, en vertu de l'expertise développée conformément à une *convention inspirée*. Mais celle-ci peut se combiner avec les *conventions domestiques* et *civiques* et donner ainsi donner lieu aussi bien aux quatre formes de réflexivité présentées. A l'inverse, la logique d'accumulation pour l'accumulation engendrée par la *convention marchande* est portée par un processus auto renforcé tel qu'il ne semble plus laisser place à aucune autre logique d'action. Dans le cadre de cette convention, **les *déplacements* facteurs d'insécurité juridique apparaissent déjà suffisamment opérants par rapport aux règles internes à la profession pour prémunir de tout optimisme quant aux effets de cette logique sur les règles de droit**. En vue d'illustrer ce dernier point nous présentons pour finir les manières contrastées dont deux avocats E23 (engagé dans une logique *marchande*) et E24 (engagé dans une logique *inspirée*) arbitrent entre dispositifs de marché et interdits déontologiques.

7.1. Sur la publicité

E24 met l'accent sur les choses qui ne se font pas (au nom de la dignité de l'avocat qui n'est pas un prestataire de service), tandis que pour E23 ces restrictions sont complètement dépassées :

> « … on SENT, il y des chose de bonne aloi et puis d'autres qui ne le sont pas, hein. Il y a des confrères qui font de la publicité sur Internet en disant qu'ils sont les meilleurs… Bon on SENT que ça ne va pas. Si on parle de vous parce que vous avez bien réussi… le tout c'est de ne pas mentir… Alors CACHER le nom de ses clients… c'est une REGLE, maintenant lorsqu'il y a des affaires médiatiques, tout le monde sait que vous êtes l'avocat de untel. Et dans les annuaires d'avocats, le plus souvent on vous demande le nom de vos clients. Alors, nous on donne le nom de nos clients pour les affaires publiques. Et ils n'y voient pas d'inconvénient (…)

Oui. Mais finalement quand vous dites « il ne faut pas aller TROP LOIN dans la publicité », au fait POURQUOI ? Au nom de…

Au nom de ce que un avocat me semble-t-il n'est pas un prestataire de services. Alors ça c'est peut-être l'AGE, qui me fait penser ça, mais je pense qu'il y a une certaine dignité de l'avocat, une certaine indépendance de l'avocat vis-à-vis de son client, vis-à-vis du dossier, qui doivent être préservées et que… PLUS LA CONFRATERNITE, on ne peut pas faire n'importe quoi entre les confrères… qui fait que sans que je puisse vous définir très bien les limites, mais IL Y A UN MOMENT où on se dit « Ben non, ça c'est pas… c'est PAS DIGNE d'un avocat ». MAINTENANT si on considère qu'un avocat c'est comme un plombier, alors en effet il n'y a pas de raison qu'il ne fasse pas de publicité. Mais ça provient de ma conception de l'avocat » (E24)

« **Quel jugement vous portez sur les restrictions en matière de publicité ?**

Totalement dépassées par le marché. Totalement dépassées par le marché. C'est presque caricatural aujourd'hui, parce que le client ne vous prendra pas si vous ne lui dites pas quelle expérience vous avez dans le domaine, quels dossiers vous avez fait. Ce n'est pas plus compliqué ça.

Il y a d'autres exemples si vous voulez… ce n'est pas vraiment sur la communication. Pour être concret, la communication, je trouve que ces règles-là sont TOTALEMENT DEPASSEES.

Et donc pas respectées

Euh… De fait elles ne sont… Elles ne sont pas respectées oui et non… parce que ce n'est pas rare de voir malheureusement une affaire qui sort un jour comme ça, alors vous vous demandez « qu'est-ce que je fais, mes plaquettes, machin, mon site web… » Mais bon, c'est PUERIL, c'est un débat PUERIL ! Si cette profession ne s'adapte pas au marché, n'essaie pas de le suivre et de l'anticiper, on va TOUJOURS être à la traîne, on va toujours être à la traîne » (E23)

7.2. Sur les appels d'offre et les enchères inversées pratiquées par les entreprise

E24 les refuse en règle générale, car cela participe du traitement de l'avocat par le client comme un simple prestataire de services. A l'inverse, pour E23, nous avons vu (section 6) qu'il s'agissait d'une contrainte face à laquelle les cabinets n'avaient aucune marge :

« Beaucoup de clients ont tendance au moins dans leurs affaires courantes à traiter les avocats comme de simples prestataires de service. Ils font des appels d'offre… sur le prix, ils demandent des remises en fin d'année sur les honoraires, enfin des choses qui moi me paraissent épouvantables mais qui sont de plus en plus pratiquées.

Et sans être indiscret, si jamais ça se passait avec un de vos clients ce genre d'attitude… ou c'est inconcevable ? du fait du type de relation que vous avez

Écoutez, avec un de nos clients HABITUELS, ce serait inconcevable. Euh… Alors de temps en temps MEME nos clients habituels peuvent se dire « Sur tel dossier, je vais en prendre un autre parce qu'il ne faut pas que [E24] ait le monopole » ou « il va être trop cher », enfin il peut y avoir des raisons qui le conduisent à choisir un autre avocat, mais je pense qu'ils ne me proposeront jamais de concourir dans un… concours de beauté.

De temps en temps, il y a des… nouveaux clients, potentiels, qui nous écrivent, en disant « Voilà, nous vous proposons de participer à tel appel d'offre… »

Alors ?

D'habitude on refuse. Alors je dis d'habitude parce qu'il peut toujours y avoir des exceptions, hein. Mes ASSOCIES qui viennent, je ne sais pas quoi, en concurrence, me dire « Écoute, ça serait intéressant, on commence par là, après on rentre chez le client… ». Mais le préjugé est défavorable ; dans 99% des cas on refuse. Surtout que souvent ça se termine par… une bataille sur le montant des honoraires et… ça, ça ne m'intéresse pas. Alors que beaucoup de cabinets ANGLO-SAXONS peuvent se permettre de faire du dumping dans le prix pour rentrer dans la… Mais ce qu'ils disent, quand on a des réunions entre nous, c'est que si les clients baissent trop les honoraires, ben la

qualité de la prestation sera adapté au montant des honoraires ; ils en auront pour leur argent, c'est-à-dire qu'ils en auront très peu puisqu'ils mettent très peu d'argent. Mais ça aussi, si vous voulez, c'est un truc que MOI, je ne peux pas envisager, c'est-à-dire que SI je m'occupe de quelqu'un, même s'il ne me PAYE PAS, je lui fournis le meilleur service » (E24)

7.3. Sur les honoraires de résultat

Pour E24, nous avons vu (section 2) qu'une rémunération 100% au résultat était inconcevable (et d'ailleurs interdite par les règles déontologiques), car elle posait un problème d'indépendance. A l'inverse pour E23, c'est fréquent, imposé par le marché, et en conséquence la règle en question est au regard des contraintes du marché aussi incongrue que les restrictions en matière de publicité.

« On essaie d'avoir la plus grande flexibilité possible. Aujourd'hui, en gros, le client vous demande d'être associé à ses projets. Quand je dis « associé à ses projets » ça veut dire qu'en général quand l'opération ne va pas se faire, il vous demandera d'en supporter une partie des conséquences, et il est prêt à bien payer quand l'opération se fait. Donc, en gros, c'est énormément de souplesse. Quand on le PEUT (…). Mais sur les GRANDES opérations transactionnelles, l'idée c'est le client nous dit « Attendez, on est partenaires, on a une grande relation entre nous, je vous paie TANT de millions d'honoraires chaque année. Je veux que si l'opération ne se fait pas, vous m'accompagnez dans ma douleur quoi (…)

Sur les opérations sur lesquelles vous ne gagnez rien, je croyais qu'on ne pouvait pas avoir 100% de ses honoraires en honoraires de résultat, là c'est un peu le principe ?

Euh… Oui ben écoutez vous irez expliquer ça au client.

D'accord. Mais là c'est comme pour les règles de la publicité, c'est…

C'est le marché ! C'est le marché. » (E23).

7.4. Sur les conflits d'intérêt,

E24 y accorde de l'importance, ajoute à la définition formelle des conflits d'intérêt des considérations en termes de loyauté vis-à-vis de ses clients et n'enfreint qu'exceptionnellement l'interdiction, à condition que ses clients soient d'accord. Pour E23 à l'inverse, c'est une pratique systématique rendue nécessaire par diverses formes de rémunérations 100% au résultat (autre infraction aux règles déontologiques « imposée » par les clients) et institutionnalisée (« on l'admet à un point TEL que nous n'avons plus le droit d'accepter les instructions exclusives ») :

« Deux choses que je peux vous mentionner peut-être : la technique des financements d'acquisition, vous savez toutes les opérations à effet de levier, jusqu'à il y a encore 4 mois, il y avait de la dette PARTOUT sur le marché, les banques prêtaient pour acquérir n'importe quel type de société, etc. Les banques se battaient entre elles pour obtenir les mandats. Quand une banque se bat pour obtenir un mandat, elle a besoin de conseils juridiques. Elle vient vous voir, elle dit « Attendez, no deal, no fee. MOI je concours pour un mandat, moi la banque, et pour l'emprunt que va lancer PERNOD RICARD pour racheter ABSOLUT en Suède. Si moi je ne gagne pas de mandat, tout le travail que vous avez fait, zéro. Donc vous prenez le travail, à la poubelle. Si par contre moi j'ai le mandat, voilà les conditions économiques sur lesquelles on se met d'accord. » Et là, la seule façon que vous avez de vous en sortir, économiquement j'entends, c'est d'avoir PLUSIEURS équipes qui concourent avec PLUSIEURS banques pour le même mandat. Là j'équilibre mon risque, économiquement. Et c'est là où les histoires de conflits d'intérêt sont terriblement contraignantes. Je vais vous prendre un autre exemple, c'est les ventes aux enchères de sociétés, en fait tous les deal de *private equity*. Ils ont lancé depuis maintenant 10-15 ans cette technique de vente aux enchères des sociétés. Avant, si je voulais vendre ma société, j'allais vous voir en essayent de négocier. Là

aujourd'hui, j'ai un prospectus en gros que j'envois au marché et je dis « Voilà, vous avez maintenant 1 mois pour me faire des déclarations d'intérêt, ensuite 1 mois pour me remettre une offre ferme, 1 mois pour me remettre une offre ferme financée ». Et en gros ben je maintiens la course jusqu'au dernier moment et j'essaie de faire monter le prix à la vente. Ce n'est pas rare sur ces opérations de voir 35 bidders, 35 bidders, pour la même cible. Si MOI cabinet d'avocats, je ne peux travailler que pour UN de ces 35, il a UNE chance sur 35 d'arriver au bout, j'ai 34 chances sur 35 de me faire planter sur mes honoraires. Ben c'est ENORME ! Parce que s'il n'y arrive pas il vous dira « Attendez, moins 30, moins 40, moins 50 % sur vos honoraires ». Et là, vous n'êtes pas à zéro, vous êtes dans le rouge. Ça vous a coûté de l'argent à travailler.

Mais alors attendez, ce sont les MEMES personnes dans votre cabinet qui vont travailler [AH NON ! Ce sont des équipes différentes**]. AH ! Quand même, des équipes différentes…**

BIEN SUR ! Bien sûr ! Et c'est la SEULE façon que vous avez de faire.

Et ça c'est admis… ?

La technique de marché est la même. Nous on l'admet à un point TEL que nous n'avons plus le droit d'accepter les instructions exclusives. Parce que sinon les clients ne sont pas fous. Un client qui n'est même pas sûr de faire le deal, vient vous voir et vous dit « Je vous prends hein, et vous ne travaillez que pour moi, je vous bloque ». Et le type il ne regarde même pas l'opération, il n'est pas sérieux, etc. Ce n'est pas possible, donc… Maintenant sur les GRANDS deal de private equity, vous allez avoir 2 à 3 équipes qui peuvent être constituées.

Et il y a des protections, enfin pour que les équipes ne communiquent pas…

Tout est protégé. Tout est protégé.

Comment on appelle ça ? Les *chinese wall*

Chinese wall. Les murs d'éthique en français. Et… TOUT, les systèmes informatiques sont protégés, etc.

D'accord. Et c'est efficace ? Enfin… c'est vraiment…

Ben… C'est efficace, ça vous permet d'équilibrer votre risque !

Oui, oui, non, non, oui, mais de ce point de vue OUI. Non, mais efficace d'un point de vue déontologique, c'est-à-dire que bien que vous apparteniez à la même structure, il n'y a pas de problème de fuite…

Je n'ai jamais entendu parler d'un quelconque problème sur le marché sur les *chinese*… » (E23)

« Il y a, je crois, deux sortes de conflit d'intérêt. Il y a des conflits d'intérêt déontologique. Là c'est clair, on ne peut pas être l'avocat de l'un et de l'autre ; on ne peut pas attaquer un client… Et puis ensuite, il y a les conflits d'intérêt commerciaux : est-ce que je peux être l'avocat de [Hilary Clinton] alors que je suis l'avocat de [Barack Obama] ? (Alors qu'aujourd'hui ils n'ont plus de bagarre entre eux). Non, parce que… [Obama] il aurait un infarctus {rire} s'il apprenait que je suis l'avocat de [Clinton] dans un autre dossier. Alors DE TEMPS EN TEMPS, on se pose la question : on a été l'avocat d'un type il y a très longtemps, on n'est plus son avocat, il en a pris d'autres, quelqu'un vient vous voir pour lui faire un procès, alors là on se gratte la tête puis on prends, on refuse ou on accepte… au fond, quand les gens sont de qualité c'est eux les meilleurs juges de leur conflit hein. Ce qu'il ne faut PAS, c'est se sentir gêné. C'est-à-dire que si on prend, enfin moi ce que je dis à mes associés, c'est que si on prend un client il faut se sentir libre de le défendre par tous les moyens légaux. Si on a une restriction, en se disant « Voilà en face, je ne vais pas pouvoir lui faire un mauvais coup, parce que c'est un copain, c'est un ancien client », alors vous ne prenez pas le dossier.

Et c'est une préoccupation récurrente, avoir à gérer ce genre de conflit d'intérêt ?

Oh ça arrive beaucoup, ça arrive souvent parce que… Paris n'est pas une grande place. Donc… Voilà, on a souvent connu les gens ou on est susceptible de les connaître, ou ils sont actionnaires d'une société, donc le problème se pose souvent. Puis TRES, très souvent, alors il faut aussi faire attention c'est que les gens vous contactent maintenant de plus en plus pour vous BLOQUER : ils savent qu'il va y avoir une bagarre, donc ils vous appellent, alors qu'ils ont déjà un avocat, pour que

la partie d'en face ne vous prenne pas. De temps en temps il y a des choix à faire aussi parce que quelqu'un vous demande une consultation, bon, ce n'est pas très intéressant, enfin ça PEUT le devenir, et en même temps, si on accepte alors qu'on sait qu'il y a des rumeurs, on ne pourra pas être l'avocat de quelqu'un d'autre, on pourrait ATTAQUER celui qui nous consulte… Voilà, tout ça. La question se pose assez souvent.

ASSEZ souvent. Ah oui, alors il faut être TRES VIGILANT, oui.

Voilà, voilà. Déjà on n'accepte pas de dossier – enfin, ça c'est assez simple – sans demander l'avis de tous les associés. Et puis de temps en temps quand il y a une difficulté, on se réunit et puis on dit bon alors voilà « On peut ? on peut pas ? quels sont les inconvénients ? quels sont les avantages ? » On prend en considération NOTRE intérêt personnel, financier, mais aussi notre image – si on décide qu'on peut prendre un dossier mais que tout le monde va nous considérer comme des voyous, on ne le fera pas.

Il est inconcevable que comme dans les cabinets américains, une partie de votre cabinet travaille sur un dossier, l'autre partie de l'autre côté, en établissant une séparation théorique ?

Il nous est arrivé quelquefois des contrats qui se faisaient entre deux clients du cabinet AVEC L'ACCORD des deux clients.

Ah ! Avec l'accord des deux clients. D'accord. Oui, c'est différent

Et, le hasard fait que ça s'est bien passé, mais enfin moi je n'aime pas beaucoup ça. Mais pour l'instant, ça s'est produit 2-3 fois, ça s'est bien passé. Mais c'est avec l'accord des clients. Et je ne serais pas d'accord pour que dans une enchère, on représente plusieurs candidats. Ça on ne l'a jamais fait. » (E24)

Conclusion

En guise de conclusion, nous donnerons le dernier mot à l'un des avocats interrogés sur les conséquences d'une dérégulation de la profession ; les développements précédents valident son diagnostic, tant sur les composantes micro (pour le client) que macro (pour l'État de droit) de la qualité des services juridiques :

« qu'il y ait une dérégulation totale, je pense que ce serait très dangereux pour les clients. Ce serait très dangereux pour l'État de droit…

Alors, pour le client, parce que le point de vue de Bruxelles c'est : ça va faire baisser les prix.

Oui, mais c'est ce que je vous disais tout à l'heure. Je ne sais PAS à qui Bruxelles s'intéresse. Mais SI ils s'intéressent aux gens qui ont besoin d'avoir des avocats parce qu'ils sont confrontés à titre personnel à un drame personnel de la vie (un divorce, ils vont en prison, leur honneur est mis en cause…), on ne peut pas confier ça à n'importe qui. Et ENSUITE, si… FRANCHEMENT, les honoraires d'avocat, il ne faut pas exagérer, ça ne pèse pas beaucoup dans la croissance et dans les charges des entreprises. Les entreprises, elles sont tout à fait… {*rire*} beaucoup mieux placées que les avocats pour discuter les honoraires. Donc, c'est de la connerie, voilà {*rire*}, GRAVE.

Et, imaginons que le scénario catastrophe se réalise, est-ce que ça déstabiliserait votre cabinet ? Ou en fait NON, c'est-à-dire que votre attitude très critique, c'est plutôt une réflexion sur l'intérêt général…

Oui, oui, moi ça ne me dérangerait pas, AU CONTRAIRE, les gens auraient de tellement mauvaises expériences que… ça c'est vraiment… Pour MOI, à titre PERSONNEL, ça ne m'inquiète pas. Mais… pour les clients, alors SI, ça m'inquiète. C'est très inquiétant. Et alors FAIRE BAISSER LES PRIX, quand on voit ce qui se passe aux Etats-Unis, ce n'est pas tout à fait {rire} les conséquences de la dérégulation hein. Au fond aussi, les avocats, un avocat digne {rire} de ce nom ne fait pas n'importe quel procès, alors que si c'est déréguler vous allez trouver des gens qui vont

faire n'importe quel procès. Et COMME les entreprises ont peur de la justice, plus il y aura de procès, plus ils seront mal défendus, et plus par crainte du procès ils transigeront, plus ça leur coûtera cher.

Et par rapport à l'État de droit ?

Ben par rapport à l'État de droit, ce sera la multiplication de procès infondés, et donc les moyens aussi, je vais prendre n'importe quel moyen qui dira n'importe quoi… Donc une très, très grande insécurité juridique. Et par rapport à l'accès à la Justice, notamment en France aujourd'hui avec l'aide juridictionnelle qu'il faut améliorer tout ça mais enfin tout le monde peut avoir accès à la Justice, le jour où ce sera complètement dérégulé, les pauvres gens ils auront du mal à trouver un avocat hein. DEJA aujourd'hui ce n'est pas si facile de trouver un bon avocat, si tout le monde est avocat alors bonjour les dégâts hein. » (E24)

ANALYSE 5.
Entretien des qualités et renouvellement de la profession

Christian BESSY

> « Le principe de l'avocat c'est qu'on est collaborateur au départ, mais historiquement on est collaborateur libéral avec l'idée de développer notre clientèle personnelle pour, au bout de quelques années, s'installer à son propre compte. Donc c'est complètement ça l'idée, même si à Paris c'est complètement dévoyé, c'est-à-dire que les trois quarts des gens en libéral, des collaborateurs n'arrivent pas à développer leur clientèle personnelle, parce qu'ils ont trop de boulot, etc. » (E1DS)

La plupart de nos interlocuteurs ont tenu ce type de discours, en mettant l'accent sur le fait que, dans le système traditionnel, les collaborateurs devaient s'attacher progressivement une clientèle pour accéder à une forme d'indépendance, signe d'une insertion professionnelle réussie. C'est l'idée de se faire un nom dans la profession, de se faire connaître, même si certains privilégiés peuvent bénéficier dès le début du support de réputation familiale, reprenant ainsi le cabinet de leurs parents. Notons que ce modèle peut conforter des inégalités fortes d'accession à la profession, en l'absence d'un système d'éducation et de formation qui permet à tous d'acquérir au moins des compétences juridiques[1].

La démocratisation de l'enseignement supérieur en général, et des facultés de droit en particulier, a permis de ce point de vue une ouverture de la profession à des classes moins fortunées dans une période de développement des activités juridiques. Cette évolution est évidemment à mettre en relation avec le mouvement simultané de lutte militante d'accès au droit de « nouveaux justiciables » (Tonneau, 2008).

Depuis les années 1970, on assiste à un accroissement des activités judiciaires et juridiques et du nombre d'avocats, ainsi que de la diversification de leur recrutement (Vauchez et Willemez, 2002). Ce qui peut constituer une preuve de l'ouverture de la profession, à condition de montrer que les « nouveaux arrivants » s'intègrent durablement dans la profession et, en particulier, accèdent à l'association ou à des modes d'exercice professionnel reconnus.

C'est ainsi que l'avocat salarié a eu le vent en poupe, pendant la période des années 1990 pour connaître ensuite une régression au début des années 2000. Or, aujourd'hui, le développement de la collaboration libérale est problématique, car ce statut ne semble plus assurer une insertion professionnelle durable, de nombreux collaborateurs quittant la profession au bout d'une dizaine d'années, et en particulier les femmes.

A l'époque, l'étude de Vauchez et Willemez (2002) soulignait la proportion relativement importante des avocats salariés (7,5 % en 2000). A l'encontre des prévisions faites par ces sociologues, le nombre d'avocats salariés est aujourd'hui en légère diminution (voir *infra*). Ce retournement non prévu constitue un élément intéressant que l'on va analyser dans les deux

[1] Nous pouvons faire référence à la théorie des « non competing groups » développée par J. Cairnes (1874) et dans laquelle il met l'accent sur l'action des groupes sociaux qui cherchent à limiter l'accès à l'activité dont dépendent leurs revenus (cas des professions libérales). En particulier, il souligne l'importance de la fortune familiale qui permet tout à la fois de financer l'investissement en formation et de faciliter l'installation.

premières parties. Nous étudirons ensuite la limitation des perspectives de carrière des collaborateurs que nous expliquerons principalement par des relations de collaboration de plus en plus marchandes qui remettent en cause le fonctionnement du marché professionnel traditionnel. Enfin, nous montrerons comment l'intervention de cabinets de recrutement spécialisés contribuent à construire un « marché du travail des jeunes avocats » ayant des conséquences sur leur modalité d'embauche (accroissement des exigences en terme de diplôme) et de formation, ainsi que sur la qualité de leur travail. Ce qui conduit certains avocats à avoir une posture critique à l'égard du système de formation qui vient à peine d'être réformé.

1. La période florissante des avocats salariés

Sans vouloir expliquer complètement le développement du statut de l'avocat salarié, on peut donner quelques éléments explicatifs en partant de l'extrait d'entretien suivant (E2, avocate expérimentée qui a eu beaucoup de responsabilités professionnelles) qui débute sur une interrogation portant sur la distinction entre un collaborateur libéral et salarié :

> **Libéral. Vous pouvez nous dire à l'époque ce que ça pouvait représenter, parce que visiblement ce sont les évolutions actuelles…Qu'est-ce que ça représentait le fait d'être indépendant, enfin libéral plutôt, pour reprendre vos termes, par rapport à une position de salarié ? Je suppose que ça a évolué**
>
> Nous sommes avant la fusion. Donc avant la fusion avec les conseils juridiques, la question du salariat ne se pose pas puisque, si ma mémoire est bonne, le salariat a été introduit dans la profession au moment de la fusion de 1991 et que auparavant la question ne se posait pas, c'est-à-dire qu'on était automatiquement avocat collaborateur libéral. Avec la fusion des conseils – et JINOV a été un leader dans ce domaine là, d'ailleurs on a un travail qui a été fait – comme ces derniers avaient un salariat très développé, a été introduit, si ma mémoire est bonne, l'article 7 de la loi permettant de conclure des contrats de collaboration libéraux ou salariés. Et puis ensuite, donc ça ce sont les années 1990, avec une tradition chez les anciens conseils d'avoir recours beaucoup au salariat, pour les conseils juridiques, alors que les avocats « dit de souche » eux n'avaient pas du tout cette tradition là. Et disons que dans les années 1990 s'est développé ce système de choix, dans la mesure de la liberté du choix – ce qui n'est quand même pas évident – entre le contrat de travail et le contrat de collaboration libérale. Puis ensuite s'est développé la jurisprudence sur les requalifications des contrats libéraux en contrats de travail, avec l'évolution normative, donc avec la succession des textes sur les présomptions ou non de salariat, qui se sont succédées au hasard des époques – ce n'est pas un hasard d'ailleurs, mais enfin bon – et puis avec des mouvements antinomiques, qui ont donné lieu à un travail de réflexion et de contentieux assez important sur les requalifications en contrat de travail des contrats de collaboration libérale.

Selon notre interlocutrice, le début du statut d'avocat salarié date de la fusion de 1991 des avocats avec les conseils juridiques qui avaient beaucoup recours au salariat. Elle met l'accent sur le fait que cette possibilité de choix entre les deux statuts n'avait rien d'évident pour les avocats attachés à leur statut libéral. Et on peut supposer que les controverses sur cette question ont été virulentes à cette époque. Un deuxième élément de développement de ce statut tient à une évolution de la jurisprudence poussant à la requalification en contrat de travail de contrats de collaboration libérale, évolution qui sera contrariée ou au contraire consolidée suivant la succession de différents textes législatifs liés à l'alternance politique[2].

[2] Ainsi la loi Madelin de 1994 a introduit la présomption de non salariat rendant ainsi plus difficile les requalifications en contrat de travail. Cette orientation a été remise en cause par le gouvernement socialiste puis remise au goût du jour avec la loi Dutreil de 2005.

1.1. Le droit social pousse au salariat

Mais avant de traiter cette question, revenons à JINOV, cité par E2, qui a été un des promoteurs du statut salarié chez les avocats. Il a développé son cabinet en suivant une forme de croissance externe, à savoir l'intégration d'anciens cabinets de conseil juridique. Comme le montre l'extrait d'entretien suivant, justement auprès d'une salariée avocate de ce cabinet, le fait d'exercer le droit dans le domaine du « social » constitue un élément d'explication important :

> Et nous, au sein du cabinet, c'était quelque chose d'historique que JINOV avait mis en place au départ, le fondateur du cabinet, de dire « Oui mais nous on travaille dans le domaine du droit social etc, et je considère que ça peut être bien justement que les collaborateurs, tout en étant avocats complètement indépendants, soient salariés du cabinet parce que on est bien placé pour savoir qu'il y a une espèce de protection ». Donc voilà tout le monde était salarié et puis là avec l'évolution du cabinet on a demandé aux gens s'ils voulaient bien passer en libéral. Moi au jour d'aujourd'hui, je suis toujours salarié.

C'est donc la protection du collaborateur qui est recherchée par l'adoption d'un statut de salarié, statut qui est défini par le droit du travail et la convention collective signée le 17 février 1995, pour toutes les dispositions autres que celles instaurées par la loi du 30 décembre 1990 et le décret du 27 novembre 1991 (relatif à la fusion). Nous verrons néanmoins plus loin que ce statut peut s'expliquer aussi par la perte d'une certaine indépendance du fait d'une intégration poussée de l'avocat dans l'organisation dans des cabinets qui croissent et qui se spécialisent dans différents domaines d'activité.

1.2. Le financement de la formation des jeunes avocats

C'est justement cette intégration des collaborateurs libéraux plus poussée à l'organisation, leur perte de tout pouvoir de contrôle sur la clientèle, qui a été à l'origine de nombreux contentieux débouchant sur des requalifications en contrat de travail. E2 retrace l'origine de ces contentieux en repartant de la distinction entre les deux statuts de la collaboration :

> Le grand principe est que, compte tenu de la nature de la profession réglementée que nous exerçons, il ne peut pas y avoir de lien de subordination dans l'exercice de son métier, mais uniquement dans les conditions de travail. Ça c'est la première des distinctions. Puisque dans le contrat de travail des avocats salariés, l'EMPLOYEUR, donc le patron, peut exercer le lien de subordination sur les conditions de son travail. Par ailleurs, deuxième critère, c'est que l'employeur, le patron pardon, le PATRON pour une collaboration libérale, doit donner les moyens au collaborateur libéral de développer sa clientèle. Et autour de ça s'est articulé à mon avis un double mouvement : un mouvement d'explosion du droit, donc de la profession, avec des disparités de plus en plus grandes entre les avocats, à savoir toute une réflexion sur le point de savoir s'il fallait ou non que le jeune paye sa formation – ça c'est une idée personnelle parce que disons que, traditionnellement, les avocats de souche était très attachés à la notion de stage, de maître stagiaire, et le défraiement était plus le principe qu'une rémunération, et puis, compte tenu de l'explosion démographique, les jeunes avocats ont (ça s'est imposé si vous voulez), dès lors qu'ils ne pouvaient pas développer une clientèle personnelle, ont été amenés à demander des fixations de rétrocession minimum, d'où un travail sur le point de savoir si le collaborateur libéral avait réellement les moyens de développer sa clientèle.

Nous ne reviendrions pas ici sur la distinction entre la « subordination dans l'exercice de son métier » et la « subordination dans les conditions de travail », pour nous concentrer sur

l'explication des contentieux, donnant lieu à requalification, avancée par E2[3]. En fait avec l'explosion démographique des avocats et de la diversification de leurs conditions d'exercice, c'est le modèle même de leur formation par apprentissage (chez un maître) qui est remis en cause, ainsi que de leur rémunération. On touche ici au problème central de la relation de travail à savoir le financement de la formation professionnelle des jeunes, problème qui se complexifie dans le cas des professions dans lesquelles la réussite de la carrière passe principalement par la mise à son compte ou l'association. Cela rend crucial l'attachement d'une clientèle qui, dans le cas de la profession d'avocat et des restrictions en matière de publicité, ne peut se faire que de manière progressive.

Ce que nous dit cette avocate, c'est que les jeunes avocats, ne pouvant pas développer une clientèle personnelle, ont demandé une compensation sous forme d'une rétrocession d'honoraire minimale. Signalons que, dès la fusion, le décret de 1991 prévoyait que le règlement intérieur de chaque barreau pourrait fixer un barème des rétrocessions d'honoraires minimales. Dans les faits, beaucoup de barreaux, notamment en province (versus l'ordre parisien), n'ont pas adopté de tels minima et, lorsque ces derniers existent, ils sont généralement très faibles (Rapport sur le statut de collaborateur libéral, CNB, 2005).

Ce qui a été à la source de litiges soulevant la question de savoir si le collaborateur avait les moyens ou non de développer une clientèle au sein du cabinet dans lequel il exerce. Plus loin, l'avocate nous confie que cette question a conduit à :

> Un système où vous aviez des gens qui, au nom de la collaboration libérale ne permettaient pas à des avocats de gagner leur vie et de payer leurs cotisations, se retrouvant dans la difficulté, sans Assedic, etc., en cas de précarité ; de l'autre côté du barreau, des gens avec des rétrocessions extrêmement importantes, contestées par d'autres cabinets faisant la même activité.

Il faudrait évidemment avoir plus d'information sur les motifs de contestation de ces cabinets, dénonçant des rétrocessions trop importantes. E2 a évoqué pour sa part le modèle traditionnel de l'apprentissage des jeunes avocats dans lequel leur rémunération était plus considérée comme un « défraiement » que comme une véritable rémunération. Ce modèle aussi leur permettait progressivement de s'attacher une clientèle et donc d'exercer ensuite, s'ils le voulaient, en complète indépendance.

De notre côté, on peut penser que ces « contestataires » dénoncent les pratiques intempestives de débauchage de certains cabinets d'affaires (en particulier anglo-saxons) qui accordent des rétrocessions importantes pour attirer les meilleurs éléments sans avoir à supporter les coûts de formation professionnelle (voir *infra*).

Il nous semble ici que notre interlocutrice ne met pas suffisamment l'accent sur la question du financement de la formation des jeunes avocats, donc sur l'importance de l'investissement du « patron » en la matière, et des problèmes de coordination que cela peut poser au sein de la profession à partir du moment où les compétences acquises sont facilement transférables dans d'autres cabinets. Pourtant, individuellement, elle a bien conscience de l'importance de l'investissement en formation :

> Dans ce que je propose à mes collaborateurs, je leur propose une formation et pour beaucoup de mes collaborateurs, j'ai servi en fait de rattrapage d'une formation initiale déficiente. Puisque n'étant pas une marque, je vous donne un exemple : j'ai le type qui est le patron du social chez Symphonie

[3] Notons néanmoins que, pour l'avocat salarié, cela veut dire que s'il est soumis au pouvoir de direction de l'employeur concernant la fixation des conditions de travail, il reste indépendant dans l'exercice de son métier, à savoir qu'il reste maître de l'argumentation qu'il développe et des conseils qu'il donne, et qu'il peut demander au cabinet d'être déchargé d'une mission qu'il estime contraire à sa conscience. C'est la clause de conscience que l'on retrouve chez les journalistes. Par ailleurs, toute stipulation limitant sa liberté d'établissement ultérieure est prohibée.

> qui me dit « mais enfin je ne comprends pas : par le « job fair » de New York, on me renvoie le nom d'un type qui vient de chez toi, que j'ai refusé il y a quatre ans » « Mais oui, mais il est passé chez moi. Donc il est arrivé. Tu n'en avais pas voulu il y a quatre ans, maintenant il a passé le diplôme de l'American Bar, il est devenu extrêmement brillant, il a passé quatre ans au cabinet et maintenant tes associés de New York disent qu'il est embauchable ». D'ailleurs il est rentré dans un cabinet anglo-saxon. Avec une rétrocession qui n'avait rien à voir avec ce que je pouvais faire, alors vous voyez. Et je considère que là, l'échange qui s'est opéré avec lui c'est qu'il était brillant et que comme je ne pouvais lui offrir une marque, ce que je pouvais lui offrir c'était une formation complémentaire.

Cet extrait d'entretien présente deux autres intérêts, même si on peut considérer que notre interlocutrice cherche à se valoriser. D'une part, l'investissement en formation peut être conséquent et efficace, au sens où il y a un réel apprentissage du jeune avocat qui vient en complément d'une formation universitaire et professionnelle (Ecole des avocats), jugée déficiente. D'autre part, cet investissement est directement connecté à la question du recrutement et celle de la rémunération d'embauche. Faute de pouvoir proposer une rétrocession substantielle à un collaborateur de talent ou de le faire bénéficier d'un effet de réputation, lié à une formation professionnelle par un cabinet renommé, E2 s'est investie dans la formation de son jeune prodige dont les talents sont aujourd'hui reconnus au niveau international.

Ce sont au moins ces trois variables qu'il faut analyser en même temps pour comprendre à la fois le début de carrière des jeunes avocats et les pratiques de gestion des ressources humaines des cabinets : montant de la rémunération des jeunes avocats, investissement dans la formation et réputation du cabinet[4]. Par ailleurs, une autre variable, qui interagit avec celles-ci, est la possibilité laissée au jeune collaborateur de développer sa propre clientèle. Comme nous l'avons déjà évoqué, c'est l'absence de cette possibilité qui peut servir d'argument fort au collaborateur libéral pour justifier une requalification de son contrat en contrat de travail.

Pour revenir à la prégnance du statut d'avocat salarié, on peut alors l'expliquer comme un choix de gestion des cabinets permettant à la fois d'éviter les contentieux qui peut déboucher sur une requalification et de fidéliser un personnel formé à leur frais. Cette solution a également pour avantage de rationaliser l'organisation du travail dans des structures qui s'étoffent et qui diversifient leurs offres de services, tout en restant spécialisé dans un domaine du droit qui évolue en permanence (droit social, ou encore NTIC et propriété intellectuelle). Notons que cette stratégie de niche permet tout à fois de se protéger de la concurrence des autres cabinets en amont, mais aussi en aval. En effet, les collaborateurs spécialisés dans un domaine et investis dans des dispositifs organisationnels spécifiques ont plus de mal à redéployer leur compétence dans d'autres domaines du droit ou d'autres organisations.

Pour conclure, signalons que malgré les tensions, au sein de la profession, suscitées par les tarifs de rétrocession minimale, le cas des avocats collaborateurs libéraux a été cité en exemple pour les professions libérales, lors de la préparation de la « loi Dutreil » de 2005 sur la modernisation de l'entreprise :

> Il y avait un groupe transversal au sein du Conseil national des barreaux sur la collaboration libérale, qui a été amené à sortir des rapports – et d'après ceux d'entre nous qui faisaient partie du groupe inter des professions libérales chez Dutreil, le ministère était assez intéressé par ce qui pratiquait chez les avocats comme étant perçu comme fonctionnant bien, d'où la nécessité de l'étendre sur des professions qui n'avaient pas d'historique.

[4] Les deux premières sont analysées par Marsden (1999) lorsqu'il montre le problème de l'entretien d'un marché professionnel.

Cette loi a donc défini de façon précise le contrat de collaboration libérale non salariée afin de créer des emplois supplémentaires, au sein des professions ne connaissant pas ce type de contrat, et de permettre l'intégration de jeunes professionnels libéraux au sein de structures dans lesquelles ces derniers auraient été formés. C'est aussi évidemment permettre au collaborateur de pouvoir un jour s'installer.

Le CNB a ainsi modifié l'article 14 du RIU (aujourd'hui RIN) sur le statut de la collaboration libérale, afin de concrétiser les dispositions de la loi Dutreil de 2005 (article 18). Rappelons qu'aujourd'hui le cabinet doit s'engager à mettre des moyens à la disposition du collaborateur pour développer sa clientèle personnelle sans contrepartie financière (au moins pendant une période de 5 ans), ainsi qu'à faciliter ses activités en matière d'aide juridictionnelle, commission d'office, garde à vue et consultations gratuites (obligation du « Maître » qui sont consignées depuis 2005 dans le nouvel article 14 du RIN).

Nous allons justement montrer que ce modèle d'intégration de jeunes professionnels libéraux a perdu de ses vertus du fait des difficultés de carrière que certains d'entre eux rencontrent.

2. Le retour au statut de collaborateur libéral

La solution du salariat s'est visiblement avérée de plus en plus coûteuse pour les cabinets et on observe, depuis 5 ans, une baisse de la proportion d'avocats salariés. Elle passe de 8,6% en 2002 à 6,8 % en 2007, au sein d'une évolution d'ensemble qui voit toujours grandir le nombre d'avocats : de 37 708 au 1er janvier 2002 à 46 636 en 2007 (4% par an)[5]. Cette baisse relative de la proportion d'avocats salariés est liée à différents facteurs.

Il ne faut sans doute pas sous-estimer la loi Dutreil qui, comme nous venons de le voir, a voulu favoriser le développement de la collaboration libérale. Cette loi a ainsi permis de minimiser les risques de requalification, en particulier dans les cas où le collaborateur touche une rémunération fixe, cas qui antérieurement pouvaient donner lieu à une requalification.

Condition nécessaire, mais sans doute pas suffisante. On peut faire référence à un changement plus idéologique ou plus lié aux modes de développement des activités des cabinets, à savoir l'émergence du « collaborateur entrepreneur ». Cette nouvelle figure de la collaboration n'est pas sans lien avec le fait que l'exercice de la profession est considéré comme une activité économique, depuis l'affaire *Wouters* qui a débouché sur la qualification des ordres professionnels comme des associations d'entreprises (décision de la CJCE du 10 février 2002). La prospection d'une clientèle n'est alors plus un sujet tabou, ce qui devrait à terme réduire les restrictions en matière de publicité.

2.1. Changement idéologique : le collaborateur entrepreneur

Pour E3 (associé en droit social dans un cabinet d'affaires anglo-saxon), les avocats salariés n'ont été qu'une scorie des anciens cabinets de conseil juridique qui tend aujourd'hui à disparaître, car, pour elle, un avocat c'est avant tout un indépendant :

[5] La question que l'on peut se poser est de savoir si ces avocats exercent tous une activité de collaboration ou si certains d'entre eux, du fait de leur expérience, assument des fonctions de « dirigeant » ou d'encadrement. On peut également le relier avec l'accroissement du nombre des associés qui sont gérants salariés d'une SELARL (statut salarié d'un point de vue fiscal), statut juridique qui s'est développé au cours des années récentes. Par ailleurs, notons que, d'après les statistiques (rapport du CNB de 2006), le maximum de 8,6% a été atteint en 2002, avec une progression constante depuis la fusion de 1991 (la proportion était de 4,4% en 1994).

Ben oui. Bien sûr, bien sûr. Et le mouvement ne va pas s'arrêter. Moi je pense qu'on va aller vers… ça ne correspond pas à l'esprit je trouve : un avocat c'est un indépendant. Ça ne correspond pas. Le statut salarié ne colle pas avec la réalité du métier.

Par ailleurs, elle souligne le fait que les collaborateurs dans son cabinet, surtout en droit social, ont toutes les possibilités de développer leur clientèle personnelle, la structure leur en offrant les moyens :

Et donc il y a un défraiement s'il mobilise les ressources ? Non ? {*Apparemment elle fait non de la tête*} D'accord

C'est tout à fait dans la mentalité de la maison et ça fait partie du rôle du jeune aussi parce que : on veut des gens qui sont des entrepreneurs. L'avocat, c'est pas juste quelqu'un qui traite les dossiers. Il faut aussi savoir satisfaire ses clients, garder un relationnel, aller chercher des dossiers. Si vous dites aux jeunes qu'ils n'ont pas le droit de le faire parce que vous voulez qu'ils ne travaillent QUE pour vous, comment vous voulez qu'ils développent ça.

Alors justement, parce qu'on nous a dit avant – bon ils ont le droit de le faire, ça on le sait, mais – que, en pratique, par rapport à ce débat « libéral ou salarié », en pratique ils ont du mal à le faire, ils ne peuvent pas le faire. Alors apparemment chez vous c'est le contraire…

Je peux vous assurer que… On a fait des groupes de discussion avec les collaborateurs tous niveaux d'ancienneté confondus et pratique confondus, vous êtes étonnés de voir comment pour certains c'est FUN et ils ont envie de le faire parce que ça arrondit les fins de mois, ça permet d'acheter des petits extras qu'on n'a pas envie de faire, et il y en a d'autres qui disent « Ah non, moi ça ne m'intéresse PAS. Je suis TRES bien payé. J'ai PAS envie de faire ça en plus ».

Et au niveau global, par rapport à cette idée que ce serait quand même difficile. Alors est-ce que c'est une exception de votre cabinet ?

Ben tout dépend de ce qu'on veut ! Je ne sais pas. Moi j'ai été 10 ans chez Symphonie et c'est ce qu'on appelle la « clientèle perso » donc je peux vous dire que…

Chez Symphonie, on pouvait la développer aussi ?

Ben Symphonie est un cabinet d'affaires et j'ai eu beaucoup de clients persos. Certains sont devenus des clients cabinet le jour où je suis devenu associée. F. c'est un cabinet d'affaires et je peux vous assurer que dans le groupe du droit du travail ils ont tous des prud'hommes à titre perso, des transactions qu'ils négocient, des dossiers qui…ça c'est, vraiment c'est L'AVOCAT qui a envie de le faire. Alors il y en a qui n'ont pas envie ! Il y en a qui trouvent que les journées sont assez longues, ils vont pas se rajouter du boulot, moi je respecte.

Pour les collaborateurs libéraux, la possibilité de développer une clientèle personnelle n'est pas simplement une obligation à la charge du cabinet, mais c'est devenu aussi une obligation pour le collaborateur. Cela ne semble pas propre au cabinet F, car cette obligation se retrouve dans d'autres structures identiques. Bien qu'on ne puisse pas évacuer le fait que ce genre d'exercice soit d'une certaine façon contrôlé au sein des cabinets, il faut sans doute retenir cette rhétorique du petit entrepreneur qui développerait une compétence à prospecter et à s'attacher une clientèle pour son compte et celui du cabinet.

Signalons néanmoins que dans la configuration en présence, la clientèle est attachée au cabinet et, d'après notre interlocutrice, il n'y a pas de patrimonialisation de la clientèle, l'accès et la sortie de l'association est gratuite. Ce qui a pour conséquence que chaque associé, même s'il peut espérer qu'une partie de la clientèle le suivra lors de son départ, n'exerce pas un contrôle étroit sur la clientèle prise en charge par ses collaborateurs (voir *infra*). Par ailleurs, ce mode d'organisation favorise le fait que les collaborateurs peuvent travailler pour plusieurs associés différents.

Cette figure du « collaborateur entrepreneur » est un élément à prendre à compte dans les cabinets qui ont cherché à éliminer le statut de collaborateur salarié. Elle est à distinguer de la

figure traditionnelle du « collaborateur libéral » pour lequel la carrière menant à l'association était bien identifiée et « institutionnalisée », pour reprendre l'expression d'un responsable d'un cabinet de province spécialisé en droit social (E14) :

> **Si je termine sur les questions de recrutement, puisqu'on a commencé à les aborder, au départ quand vous les recevez, vous explicitez un parcours vers l'association ?**
>
> Pas forcément. Pas forcément, en général, je présente le cabinet et j'explique comment il s'est fait. Ce qui est une façon indirecte de dire que… puisque TOUS les associés du cabinet ont été à un moment ou à un autre des collaborateurs avant. Donc ça c'est une pratique qui est institutionnalisée. Après la problématique c'est que cette perspective, si elle existe, elle est difficile à gérer dans le temps, parce qu'après il y a des ordres de préférence, des priorités, bon. Il y a aussi un problème d'évolution, c'est-à-dire que le cabinet aujourd'hui il est composé de 4 associés, je PENSE que dans un avenir plus ou moins proche l'association va passer à 6 probablement. Donc après mon objectif c'est au fur et à mesure de céder une partie de mes parts parce que ben je voudrais prendre un peu de RECUL au fur et à mesure du temps qui s'avance. Donc cette perspective-là existe, donc tout ça je l'explique. Mais après ça dépend aussi du projet de certains. C'est qu'on n'a pas toujours des gens qui viennent avec une perspective, comment dire, véritablement libérale. C'est-à-dire que quand vous faites du recrutement dans la profession d'avocat, vous avez 2 catégories en gros. Vous avez une catégorie de gens qui, à mon avis, ne SAVENT PAS ce que c'est qu'une profession libérale et ont un statut, c'est assez rigolo parce que par exemple question numéro 1 du candidat : « est-ce qu'on travaille le samedi ? ». Et moi je n'ai pas de réponse à ça, parce que si le travail est fait, la réponse c'est non, si le travail n'est pas fait, la réponse c'est oui. Alors quand vous dites ça, parfois c'est un peu… Donc il y a des gens qui envisagent, et en plus le développement du salariat au sein des cabinets d'avocats (donc l'interdiction d'avoir une clientèle personnelle) MILITE en faveur de ce type de recrutement. Et puis vous avez d'autres gens qui arrivent et qui… BEN qui ont envie de se battre et qui veulent devenir profession libérale, qui quelquefois viennent chez vous pour se faire les dents. On sait par exemple que dans le barreau de X quand on vient chez moi, je fais systématiquement une organisation du cabinet pour que le collaborateur puisse développer sa clientèle, recevoir ses clients, utiliser les biens du cabinet pour travailler ce qui est quand même la moindre des choses…
>
> **Vous me disiez tout à l'heure qu'à part l'une de vos collaboratrices, sinon tous les autres travaillent à 100% pour le cabinet**
>
> Non, non, non, non, non, pas du tout ! Une travaille à MI-TEMPS, mais les autres quand je dis, A PART Virginie bon qui est un cas particulier, c'est mon bras droit, c'est elle qui dirige le pôle de droit social, donc elle c'est particulier, mais ici par exemple Adeline a son propre cabinet, il est d'ailleurs question qu'elle nous quitte pour créer sa propre structure, donc elle a pu le faire ; Laurence aussi ; et bon après il y a des situations différentes parce bon Laurence je vous en ai parlé elle est à mi-temps, Emilie, bon elle est toute jeune, mais elle A ses propres clients et elle fait ses affaires, Maryvonne également, mais à dans une moindre mesure parce qu'elle arrive du barreau de Paris, donc il y a un an qu'elle est là et puis je pense qu'elle n'est pas forcément intéressée par la création d'une clientèle personnelle, parce qu'il y a aussi la volonté de chacun et de CHACUNE, surtout quand on a beaucoup de femmes, il y a un TAS d'autres problématiques qu'il faut aussi pouvoir intégrer, pas toujours simple {*rire*} à gérer en termes de temps. Mais… non, l'idée c'est que… je pense que les gens, enfin qui sont installés régionalement et qui postulent chez moi, SAVENT que parmi les choses qu'ils peuvent faire ici, c'est développer leur cabinet. Donc ils savent de toute façon que si la perspective qu'ils envisagent, à terme ils vont s'en aller, ou éventuellement apporter une clientèle au cabinet pour s'associer, pourquoi pas. Ça a été le cas de Laurence.

On retrouve ici l'opposition salariat/indépendant, avec même une critique implicite du collaborateur salarié qui est peu combatif, mais, à la différence des cabinets d'affaires, devenir associé constitue un perspective moins incertaine. Notre interlocuteur ne fait pas référence, comme dans le cas précédent, à une « clientèle perso », expression qui témoigne du fait que développer une clientèle dans ce genre de cabinet d'affaires est loin d'être une évidence. Par ailleurs, il semble plus soucieux de ménager des parcours différents à ses

collaborateurs, alors que le « je (le) respecte » de notre interlocutrice du cabinet F semble dire que la dérogation à la norme du « collaborateur entrepreneur » est tout juste tolérée.

On voit ici que, partant d'une même dénonciation de la collaboration salariale, comment « l'investissement » dans les jeunes collaborateurs libéraux, les assurances collectives permettant de stabiliser les anticipations des collaborateurs, peuvent être distincts. Ce qui se traduit, comme nous le verrons plus loin, par des taux de turnover du personnel différents.

On peut donner une autre illustration de la figure du « collaborateur entrepreneur », qui doit en permanence prospecter la clientèle, avec cet extrait du responsable de la filiale française d'un cabinet d'affaire international (E23DA) :

> **Alors vous cherchez quand même encore à avoir de nouveaux clients par rapport à tout à l'heure, je reprends l'idée de… le moins possible de clients, mais s'occuper du plus chez eux…**
>
> … Donc, bien sûr, vous êtes toujours dans un phénomène dynamique. On doit l'être aussi parce que c'est quand même aussi un peu l'essence de notre profession, c'est-à-dire que nos avocats, et je vais vous surprendre en disant ça mais, DOIVENT COMPRENDRE que nous n'existons QUE PARCE QUE nous avons des CLIENTS, et que des clients, ben, il faut aussi parfois aller les chercher et PAS se contenter du travail qu'on a sur son bureau tous les matins quand on arrive. Ce qui est formidable pour les jeunes avocats dans les structures comme les nôtres si vous voulez, c'est qu'ils arrivent le matin, il fait bon, le bureau a été nettoyé, l'ordinateur fonctionne super bien, euh…je vais prendre un café, ben j'ai la machine qui est là, je veux faire un peu de sport parce qu'on a une salle de gym etc. je descends là, j'ai mon DOSSIER et je travaille DUR et BIEN hein. Et puis à la fin de la journée je rentre chez moi « Mais au fait, c'est venu comment ce travail, au fait le client il est où ? » Vous voyez ce que je veux dire. Donc il faut toujours leur dire « Attendez, ce n'est pas parce que vous êtes un jeune avocat, que vous devez oublier que vous êtes propriétaire de votre travail. Votre travail, vous devez pouvoir le défendre devant n'importe qui. Vous ne travaillez pas pour l'associé qui va revoir votre boulot, qui va ensuite l'amener au client ! Vous devez être propriétaire de votre travail et vous devez vous en sentir responsable et aller le défendre vous-mêmes, devant n'importe qui. Puis après vous devez vous poser la question de savoir d'où il vient, comment est-ce que je peux en ramener plus, etc. Donc on essaie quand même quand même de… Et PUIS c'est très motivant pour un jeune avocat de ramener un client.
>
> **Et ils peuvent le FAIRE les plus jeunes collaborateurs…**
>
> OUI, maintenant je ne vous cache pas que compte tenu des ambitions de notre cabinet, on est les conseils du groupe Alim au niveau MONDIAL, je ne peux pas demander à un jeune avocat demain de me ramener Bêtise, ça va être… MAIS, vous savez, et c'est ça aussi qui est très bien dans une structure comme la nôtre, c'est que les gens savent être patients. Et on sait très bien que les grandes relations avec les grands clients, ben ça ne s'est pas décidé en une nuit. Ça a commencé par un tout petit bout, qu'on a tiré doucement, et puis après c'était un truc un peu plus important etc. Et notre stratégie, ce n'est pas d'avoir le groupe fusion-acquisition qui travaille pour un client. Notre stratégie c'est d'avoir tous les groupes de pratiques dont je vous ai parlé, qui travaillent pour les mêmes clients. Et le POTENTIEL de développement chez les grands clients existants, il est important. Donc on essaie de dire aussi à nos avocats que « si vous ramenez de nouveaux dossiers d'un client existant, c'est un développement aussi important ».

Dans ce cas, vu l'importance des clients et du type d'opérations traitées, il n'est pas question pour le collaborateur de développer sa « clientèle perso ». Mais il doit participer à l'accroissement de la part de marché chez un client qui par ailleurs ne veut pas tomber sous la coupe d'un seul cabinet d'avocats. Comme dans les cas précédents, on retrouve donc cette dénonciation du collaborateur salarié, mais dans le cadre de ce cabinet d'affaires international, la logique de la collaboration est de nature différente.

L'accroissement de la part des affaires d'un même client est à la base du modèle du « *cross selling* » qui pousse à la diversification des domaines d'activité et des implantations

géographiques des grands cabinets d'affaires (Garicano et Hubbard, 2008). Par ailleurs, apparaît ici aussi la figure du « collaborateur propriétaire » de son travail, qui doit faire son travail en toute indépendance et non sous la coupe d'un associé, du conseil jusqu'à la plaidoirie.

On peut penser que ce sont ces deux qualités, à la fois bon commercial participant à l'augmentation du volume des affaires avec le même client et capacité de travailler en toute indépendance, qui permettront la promotion du collaborateur et son accès à l'association qui, selon notre interlocuteur, est de plus en plus long.

Evidemment, on n'insistera pas sur le fait que, parmi les autres critères de promotion, il y a l'adhésion à l'esprit maison, le fait de se couler dans les procédures et d'avoir une très grande mobilité géographique. Et aussi la participation aux différents jeux d'influence au sein du cabinet. Ce qui fait un programme très chargé à respecter et semé d'embûches pour devenir associé !

Signalons que cette figure du « collaborateur propriétaire » est une pure rhétorique car, finalement, il n'est « propriétaire » de rien, n'ayant aucun droit sur la clientèle ou d'autre actifs immatériels qu'il contribue à développer, ni même une quelconque garantie sur la possibilité de devenir associé. Sa seule assurance fixée à l'embauche, c'est sa rétrocession dont le montant varie suivant son pouvoir de négociation sur le « marché du travail ». On peut faire l'hypothèse que c'est l'institution de cette norme, de ce nouveau modèle de collaboration et de fonctionnement du marché du travail associé, qui est en jeu depuis le début des années 2000 et qui a conduit les cabinets à se détourner du statut de collaborateur salarié.

2.2. Changements de cap

Chez E1 évoqué précédemment, le changement du statut des collaborateurs, qui étaient tous auparavant salariés, s'est fait en 2007 au moment de la réorganisation du cabinet (en fait de la retraite de son fondateur JINOV) qui a entraîné le départ de certaines équipes et l'arrivée de nouvelles (modèle de l'équipe d'un associé qui encadre deux ou trois collaborateurs). D'après notre interlocutrice E1, qui a justement gardé le statut de salariée, chacun avait le choix.

Dans d'autres cabinets, le passage au statut de collaborateur libéral s'est réalisé de façon « plus musclée », comme dans le cabinet d'affaires parisien H. dans lequel il y avait beaucoup de collaborateurs salariés :

> Il y a cinq ans, ils ont négocié pour passer les collaborateurs en libéral. Ils ont cherché à écrémer la structure en allant jusqu'à licencier et passer des transactions, car le statut de libéral est moins contraignant (COL1DS).

Notre interlocuteur, jeune collaborateur, explique ce brusque changement de cap par le fait que, pour un cabinet, c'est plus souple en termes de gestion – le cabinet peut rompre la relation quand il veut – et moins coûteux, car les charges sociales sont directement supportées par le collaborateur.

Cette recherche de flexibilité peut être reliée à la diversification croissante des cabinets qui multiplient leur intervention dans des domaines spécialisés du droit (modèle du *cross-selling* ; voir *supra*). Lorsqu'un « domaine d'activité » est en chute, le cabinet peut alors plus facilement se séparer des collaborateurs que dans le cadre d'une procédure de licenciement. Ce qui explique le turnover élevé dans ce type de structure sur lequel nous allons revenir (idée de collaborateur *free lance*). Un autre facteur est la réduction des coûts offerte par la

collaboration libérale dans une configuration où la concurrence est de plus en plus intense entre les cabinets.

Du côté du collaborateur, on ne peut pas évacuer le fait que le statut de libéral exerce un effet d'entraînement, le valorise, par rapport à celui de la dépendance salariale. C'est justement parce que les attentes par rapport à ce statut ne sont plus réalisées qu'il est remis en cause.

2.3. Un statut qui ne répond plus aux attentes des collaborateurs

Contrairement à ce qu'avançait E3 précédemment, il semble qu'un bon nombre de collaborateurs n'ont pas les moyens de développer leur propre clientèle, en particulier dans les cabinets d'affaires, comme nous en ont fait part les quatre collaborateurs que nous avons rencontrés (de 2 à 6 ans d'ancienneté). Ils remettent en cause le statut de collaborateur libéral qui n'assure plus aujourd'hui la transition vers l'association ou l'indépendance :

> C'est un statut qui est devenu hyper bâtard et qui ne nous assure aucune protection, comme pourrait le faire un contrat de travail salarié. C'est à nous de prendre en charge nos assurances sociales (maladie, retraite,…). Il est vrai que pour un cabinet c'est plus souple en termes de gestion et moins coûteux. Or on est clairement subordonné aux instructions de notre patron et on ne peut pas développer notre clientèle, même si l'associé qui nous encadre est beaucoup plus tolérant (COL1DS).

Une autre jeune collaboratrice travaillant dans le cabinet d'affaires parisien TPT fait état d'une grande dépendance vis-à-vis de son associé :

> Il ne supporte pas que je m'absente, il faut être à sa disposition… Je ne travaille qu'avec cet associé et il exerce une surveillance assez étroite. Il a peur que l'on reparte avec les clients. Vous savez je ne réponds jamais au téléphone, le client il ne me voit jamais, il ne sait pas qu'on est quatre à travailler pour lui (COL3DA).

Cette dépendance totale du collaborateur à son associé est à rapporter à l'organisation même des cabinets d'affaires (tels que les cabinets GLP, TPT) qui prend plus appui sur des équipes constituées par chaque associé, ayant sa propre clientèle, que sur une organisation bien structurée en référence à des départements spécialisés. Dans cette configuration peu intégrée, la clientèle appartient à l'associée et non au cabinet, à la différence du cabinet d'affaires F et de tous les grands cabinets dont la réputation s'appuie sur une logique de marque.

Les collaborateurs interrogés dénoncent la dégradation des conditions d'exercice de leur métier[6]. Ils se sentent pressurés et dévalorisés par des associés qui sont « caractériels et qui ne pensent qu'à gagner de l'argent ». Ce problème de reconnaissance est d'autant plus aigu pour les collaborateurs qui travaillent dans le département droit social du cabinet d'affaires, comme l'exprime BC pour illustrer la situation de dépendance des avocats en droit social vis-à-vis des avocats qui font les fusions et acquisitions :

> On est des supports de leur activité. Nous sommes mobilisables et corvéables à merci… Les autres font des deals qui rapportent et nous on doit les suivre sans trop nous poser de questions. Ce qui constitue une atteinte à notre orgueil.

Ce sentiment de dévalorisation est exacerbé par le fait que les fusions et acquisitions engendrent des revenus énormes, revenus qui correspondent le plus souvent à un pourcentage du prix d'achat des actions des sociétés en vente.

[6] Ce qui est un constat partagé par la profession et mettant en question son attractivité pour les jeunes générations (CNB, 2007).

2.4. Problèmes de rémunération

Cette démesure entre les rétrocessions des collaborateurs et les montants des heures facturées par le cabinet accroît le sentiment d'injustice des collaborateurs.

Cette rémunération peut être considérée comme insuffisante du fait d'un travail effectué plus intense que d'habitude. L'injustice se situe alors dans le manque de reconnaissance des efforts consentis par les collaborateurs pouvant les amener à « passer des nuits et des week-end sur leurs dossiers ». Ceux-ci dénoncent alors le manque d'esprit d'équipe et de reconnaissance du travail de chacun, manque qui peut conduire à la démission des collaborateurs. On peut donner l'exemple suivant :

> BC et DE, tous les deux collaborateurs en DS dans le cabinet d'affaires GLP font état d'un litige au sein du cabinet entre les collaborateurs et le comité exécutif du cabinet qui décide de la rémunération des collaborateurs en relation avec leur associé. En l'occurrence ici l'associé ADS (qui encadre BC et DE) n'a pas réussi à faire passer auprès du comité exécutif l'octroi d'une prime supplémentaire pour l'ensemble des collaborateurs alors que le cabinet a généré un CA plus important que l'année précédente et qu'ils ont beaucoup travaillé cette année (2007), en particulier sur des opérations transversales. BC insiste sur le fait que leur associé ADS n'a pas de poids dans le comité exécutif et qu'il déplore cette politique si peu redistributrice, car elle risque de conduire les collaborateurs à démissionner alors qu'ils ont été formés par le cabinet. DE donne l'exemple d'une collaboratrice qui est partie dans un autre cabinet car elle se sentait complètement pressurée et peu récompensée pour ses efforts. Son associé ne cachait d'ailleurs pas son train de vie et en particulier l'achat de la toute dernière Mercédès. Selon BC, les autres associés du cabinet « se foutent du turnover : pourquoi leur donner une rémunération supplémentaire car ils vont partir de toute façon ? ». D'une façon générale, BC juge que les collaborateurs cumulent les inconvénients des professions libérales (pas de protection) avec ceux du salariat (lien de subordination), sans accéder aux avantages des professions libérales, pour des raisons de pouvoir, ni du salariat, pour des raisons de droit.

Cette rémunération peut être aussi considérée comme satisfaisante et même substantielle, à partir du moment où le travail supplémentaire est payé. Mais cette prestation bien rémunérée se fait au détriment du sens du travail et de conditions de travail déplorables qui poussent les collaborateurs à changer de métier bien qu'ils soient bien rémunérés, comme cette collaboratrice qui en est à sa deuxième expérience dans un cabinet d'affaires (COL3DA) :

> Je n'y passe pas toutes mes nuits et week-ends. Il ne faut pas exagérer. Mais, je fais cela pendant 5 ou 6 ans et puis après je passe à autre chose. C'est vrai je suis bien payée. Je gagne 5200 euros brut auquel il faut enlever près de la moitié pour avoir le net… Je n'ai pas d'intéressement en fonction des heures travaillées. C'est le contrat standard de collaboration… C'est un cabinet qui fonctionne à l'ancienne. Les équipes sont de moins en moins stables du fait de l'accroissement du turnover.

On voit que les pratiques de rémunération peuvent être différentes, certains cabinets d'affaires n'accordant qu'une rétrocession fixe. Par ailleurs, on peut penser que les taux de « rentabilité » des cabinets conduisent à des écarts de rémunération substantiels entre les collaborateurs d'un cabinet à un autre. Mais quelles que soient ces pratiques, les démissions sont monnaie courante et engendre un turnover important au sein des cabinets d'affaires. Avant d'aborder cette question du turnover, nous allons traiter des perspectives de carrière des collaborateurs et en particulier de l'accès à l'association.

3. La limitation des perspectives de carrière

Dans le modèle traditionnel de collaboration libéral, l'accès à l'association se faisait assez naturellement au bout de 7 à 8 ans, cette période « d'apprentissage » pouvant être moindre

dans les cabinets où les nouveaux associés sont peu rémunérés. Une avocate comme E2 reconnaît qu'elle a été associée trop vite et qu'il faut « acquérir une certaine maturité » avant de se lancer dans l'association.

Cette association pouvait se faire au sein du cabinet dans lequel le collaborateur avait débuté comme dans un autre cabinet que le collaborateur décidait de fonder tout seul ou avec d'autres, ou encore en rejoignant une autre structure existante. Cette possibilité d'association repose évidemment sur la reconnaissance des compétences du collaborateur, mais aussi sur son apport en clientèle et en capital.

Aujourd'hui l'accès à l'association est de plus en plus long (plutôt 10-11 ans que 7-8, voir E23), sinon impossible, ce qui décourage certains collaborateurs et les conduit à quitter la profession.

3.1. L'accès à l'association

Comme nous l'avons évoqué, la possibilité pour le collaborateur de développer une clientèle est une condition déterminante pour accéder à l'association. Cet apport en clientèle est d'autant plus important dans le cas des associations qui pratiquent la « patrimonialisation de la clientèle ». Comme le montre cet extrait d'entretien de E2, il existe deux types d'association :

On ne comprend pas ce que ça veut dire « clientèle patrimonialisée »

Quand vous avez un cabinet d'avocat, la question c'est QUE VAUT le cabinet. Donc vous avez en termes d'associations des associations qui sont payantes et très chers où vous avez le droit d'être associés en payant, et on valorise le cabinet d'avocat en tenant compte du chiffre d'affaire pratiqué - ça c'est ce que les conseils ont beaucoup apporté dans la profession sur la valeur de l'actif d'un amortissement de la clientèle, avec le fait qu'il y a tout un débat théorique sur le droit d'apport de clientèle qui est un droit cessible ou incessible. Donc il y a des cabinets où l'association ne vaut RIEN et il y a des cabinets où l'association vaut avec un prix en fonction du chiffre d'affaire réalisé par le cabinet.

En termes juridiques, ça correspond à quelles structures ?

Ce n'est pas lié à la structure. Que ce soit en SCP en SELAS ou SELAFA, ça ne change rien sur la VALEUR de la part. Après ça, pour valoriser le prix, vous avez des gens qui tiennent compte de la clientèle, donc du chiffre d'affaires, et d'autres qui n'en tiennent pas compte. Après ça, ça dépend pas de la…

Ça dépend de quoi alors ?

Du chiffre d'affaires. Alors ça dépend c'est trois ans de bénéfice ou un an de chiffre d'affaires par exemple, qui sont des chiffres couramment retenus. C'est comme toutes les sociétés de service.

Vous êtes en train de dire qu'il y a deux modes de valorisation, d'évaluation, d'estimation : il y a le CA réalisé et…

Non, non, non. Ce n'est pas ce que je dis. Soit vous comptez la clientèle d'où la patrimonialisation de la clientèle, qui… après il y a différents indicateurs dont les indicateurs les plus courants sont le chiffre d'affaires ou le bénéfice.

D'accord, c'est la patrimonialisation de la clientèle

Voilà c'est la patrimonialisation de la clientèle. Et puis après vous avez des structures dans lesquelles la clientèle n'est pas patrimonialisée, sachant que le droit de cession – la clientèle n'est pas un actif cessible, mais en revanche c'est le droit de présentation de la clientèle, enfin lié à un certain nombre de choses…. et vous avez donc deux systèmes d'organisation dans la profession d'avocat.

Et là ? Le montant…

> Alors dans ce cabinet R, comme la clientèle était patrimonialisée, ça veut dire que la valeur des parts intégrait le développement du cabinet et en fait c'était une des façons de constituer un capital retraite. Parce qu'on était parti de zéro et arrivé à pas grand-chose – mais enfin quand même, ça finissait par faire
>
> **Ce que je ne comprends pas c'est quand la clientèle n'est pas patrimonialisée, comment est-ce qu'on fixe…**
>
> C'est gratuit. Donc pour moi la clientèle est gratuite. Alors par exemple quand j'ai quitté la place des Vosges où se trouve ce cabinet, je ne voulais pas signer une charte d'associés aux termes de laquelle, si on s'en allait avec la clientèle, on avait une pénalisation de 20 % pour emporter la clientèle et, si on partait avec sa clientèle, elle était valorisée en fonction du chiffre d'affaires qu'on faisait, avec une pénalité de 20% si on l'emportait, pour sécuriser la structure. Donc moi j'ai dis que la liberté était non négociable et qu'en plus juridiquement c'était nul. Donc j'ai refusé de signer, donc je suis partie.
>
> **Qu'est-ce que ça veut dire « juridiquement c'était nul » ?**
>
> Je pense que la jurisprudence est confuse, mais je pense que la cession du droit de clientèle n'est pas possible. En revanche, le droit de présentation de la clientèle, c'est très ambigu ?

A partir de cet extrait, on voit comment la clientèle est devenue, via un long travail antérieur des anciens conseils juridiques épris de calcul actuariel, un actif susceptible d'être valorisé lors de l'entrée ou de la sortie d'une association, même si la jurisprudence, comme le précise E2, est confuse. Néanmoins, sur ce point, la législation pourrait être modifiée, afin de donner la possibilité aux avocats de déterminer la valeur de leur structure d'exercice[7]. Ce qui constitue un bon indice de l'évolution des cabinets d'avocat vers une logique entrepreneuriale et par suite la possibilité donnée à des acteurs étrangers à la profession de prendre des parts sociales.

Cette orientation marchande se retrouve dans le mode de rémunération du collaborateur libéral. Le montant de la rétrocession d'honoraires est mis en équivalence avec le droit à la clientèle. Cette rétrocession n'est plus considérée comme un simple défraiement. Elle peut dès lors être d'une certaine manière négociée à la hausse si le collaborateur s'engage à ne pas s'approprier la clientèle du cabinet, et inversement. Comme l'avons vu plus haut, c'est l'argument utilisé pour trancher les litiges opposant les collaborateurs à leur cabinet. Une rétrocession basse doit être justifiée par le fait qu'on donne les moyens au collaborateur de développer sa clientèle. Sinon c'est le risque pour le cabinet d'une requalification en contrat de travail.

Dans les faits, au-delà des arrangements contractuels entre les parties, il y a place à des ajustements suivant les contextes. Comme nous l'avons déjà souligné, les cabinets peuvent encourager leurs collaborateurs à aller chercher le client. Il y a des normes implicites qui s'installent pour réguler les tensions. C'est ce que BC, collaborateur en droit social au cabinet GLP, évoque :

> Sur la question de l'attachement à la clientèle, il y a un devoir de retrait du collaborateur. Le client et nous-même, on sait où mettre la frontière entre ce qui revient à l'associé et ce qui revient à nous-même.

Il n'en reste pas moins que les trois collaborateurs interrogés dénoncent le manque de moyens mis à leur disposition pour développer une clientèle personnelle. Par ailleurs, c'est un

[7] Pour résorber cette confusion, un rapport récent du CNB (2008) sur la patrimonialité des cabinets d'avocats a proposé de modifier la législation afin que, dans les sociétés exerçant une activité libérale, « les statuts peuvent prévoir une règle de calcul de la valorisation des droits sociaux applicable à toute cession et à toute souscription, qui fasse la loi des parties. Cette règle ne peut être adoptée et modifiée qu'à l'unanimité ». Cette liberté contractuelle n'est possible aujourd'hui que dans les SELAS à partir de clauses statutaires qui définissent la méthode de valorisation des droits sociaux.

processus très lent lorsqu'il s'agit d'une clientèle formée de grandes entreprises (voir *supra* E23).

3.2. Les difficultés de mise à son compte

Autre aspect : la mise à son compte est problématique lorsque le collaborateur ne dispose pas de capitaux familiaux[8]. On peut mentionner à nouveau le cas de cette collaboratrice qui envisage, au bout de deux expériences dans des cabinets d'affaires, soit de travailler dans une entreprise, soit de se mettre à son compte avec des amis (COL3DA) :

> Je pourrais avec des amis créer ma propre structure, ce qui serait beaucoup plus motivant. Mais je n'ai pas un projet très précis, très mûri, juste un horizon plus excitant. De toute façon, l'installation coûte très cher, il y a le coût du loyer, de l'administratif,… Simplement pour mettre en œuvre une société de moyens, il faut au moins assurer 10 000 euros d'honoraires/mois.

Cette mise à son compte est d'autant plus coûteuse aujourd'hui qu'il faut tout de suite passer à l'étape d'une « structure générant du CA » pour bénéficier d'économies d'échelle sur des investissements matériels et immatériels de plus en plus importants (en particulier dans les NTIC). Le métier d'avocat peut difficilement maintenant s'exercer en solitaire et nécessite un personnel administratif et des collaborateurs pour l'assister dans un droit qui devient de plus en plus complexe.

A cet égard, l'ouverture du capital à des acteurs étrangers à la profession (qui est l'une des recommandations du Rapport Attali, 2008) peut être justifiée par la possibilité ouverte aux avocats de bénéficier de capitaux familiaux ou de proches :

> Mais encore faut-il trouver des gens qui vont investir dans des cabinets d'avocat hein. Je leur souhaite bien du plaisir. Mais bon, d'abord, si les avocats français trouvent des capitaux extérieurs, alors qu'ils n'ont PAS de capitaux, contrairement aux sociétés d'avocats américaines ou anglaises, ça pourra peut-être les aider à s'implanter à l'étranger, par exemple. ENSUITE, que peut-être que pour des jeunes avocats s'installant, ils pourront trouver des copains, la famille qui les aidera. Ce qui est déjà fait peut-être sous forme de prêt, mais là ça prendrait une forme plus… un peu plus structurée, oui, POUR AUTANT QUE les avocats soient toujours majoritaires, et qu'ils n'y ait vraiment que des *sleeping partners* qui encaissent des dividendes. Enfin moi je n'investirais pas dans un cabinet d'avocats {*rire*}

La question soulevée ici est ce qui fait la valeur d'un cabinet d'avocat ainsi que celle de son estimation. On comprend que cette valeur soit plus aisément estimable et moins incertaine dans le cas des grandes structures que dans les plus petites (voir E20). Dans ce second cas, l'apport en capital de proches peut effectivement compenser la frilosité des investisseurs traditionnels. Mais, concernant ces proches, rien ne leur assure la rentabilité de l'affaire. C'est ce que semble insinuer notre interlocuteur lorsqu'il admet qu'il n'investirait pas à titre personnel dans un cabinet d'avocat.

3.3. Les variations suivant les structures des cabinets

Par ailleurs, il est marquant de voir que notre interlocuteur justifie l'ouverture du capital des cabinets d'avocats, en prenant deux cas opposés, à savoir la grande structure multinationale qui va ouvrir des bureaux dans des pays étrangers, d'un côté, et la petite structure montée par des jeunes associés qui veulent se lancer dans la profession à titre

[8] Un article des *Echos* du 4 juillet 2006 confirme les difficultés rencontrées par les petits cabinets pour se pérenniser. Il fait état de 50 procédures en cours au Barreau de Paris dans le cadre de la loi de sauvegarde des entreprises de juillet 2005

indépendant, de l'autre côté. Ce qui témoigne de l'hétérogénéité de la profession et des carrières possibles pour les collaborateurs, de la nature des obstacles qu'ils peuvent rencontrer.

Les difficultés décrites d'accès à l'association pour les collaborateurs en droit des affaires sont sans doute moins importantes dans les domaines du droit où la clientèle est constituée par des particuliers (voir *supra*, E14).

Néanmoins, parmi les cabinets d'affaires, il est important de distinguer les très grosses structures d'exercice des petits et moyens cabinets dans lesquels l'accès à l'association semble plus risqué, en particulier lorsque ces cabinets ne donnent pas les moyens aux collaborateurs de développer leur propre clientèle, en contrepartie d'une rétrocession relativement importante.

Dans les *law firms* de grande taille où la clientèle est attachée à l'image de marque de l'entreprise, et non à un associé en particulier, les collaborateurs peuvent monter dans la hiérarchie. Soit en ayant le statut de salarié, mais cela devient de plus en plus rare. Soit, lorsqu'ils sont collaborateurs libéraux, en devenant par le biais d'un « apport de compétence ». L'inconvénient des grosses structures est que « l'avocat risque de perdre en autonomie, de devenir un micro-rouage d'un ensemble, d'être consigné aux mêmes tâches, ce qui peut conduire à un travail très répétitif » (C1DS). Ce qu'il gagne en stabilité de carrière, il le perd en autonomie et en goût du risque (voir E24). Soit encore le collaborateur libéral grimpe dans la hiérarchie, mais sans avoir le statut d'associé. Il peut faire du management d'équipe ou prendre en charge la gestion et le développement du cabinet. Il s'éloigne alors du cœur de son métier pour devenir un véritable manager.

Ce qui ne veut pas dire que ces univers « bureaucratiques » ne sont pas sélectifs et n'écartent pas progressivement de l'association ou la promotion hiérarchique les collaborateurs considérés comme les moins compétents.

D'après notre interlocuteur BC (jeune collaborateur en DS dans le cabinet d'affaires GLP, COL1DS), il y aurait, dans beaucoup de cabinets d'affaires, une forme de stigmatisation pour les collaborateurs qui, au bout de 10 ans, ne sont pas passés à l'association ou à la mise à leur compte. Ils sont alors obligés de se « recaser en entreprise ou d'exercer un autre métier s'ils veulent continuer à travailler » (COL1DS)[9].

3.4. La mise en cause de l'ordre professionnel

Cette crise du statut du collaborateur, particulièrement à Paris, est fortement imputée au fonctionnement de l'ordre professionnel qui est accusé par BC d'entretenir une pléthore de jeunes avocats en ne limitant pas l'entrée à l'école du Barreau. Cette surabondance de jeunes débutants accroîtrait donc la concurrence sur le marché du travail et participerait à la dégradation de leurs conditions d'emploi :

> L'ordre défend un statut qui n'est pas justifiable, qui ne peut pas être appliqué à des avocats débutants. Même en cas de litiges entre les collaborateurs et leur patron, l'ordre valide des rétrocessions qui sont misérables… Ce sont plus de 1200 avocats qui sortent de l'Ecole, chaque année, sur Paris, ce qui fait beaucoup, même si j'ai bien conscience que le nombre d'avocats par habitant reste inférieur au « taux d'équipement en avocat » dans d'autres pays (par exemple, l'Allemagne).

[9] La littérature spécialisée fait référence à la loi du fameux « up or out » qui prévaudrait dans les firmes anglo-saxonnes (Voir « Recrutement des cabinets d'avocats d'affaire : enjeux et perspectives », *Le journal du village de la justice*, n°21, 2007)

BC déplore que l'ordre professionnel ferme les yeux sur ce nouvel état de fait et entretient d'une certaine façon la confusion. La réforme de la formation entamée par l'ordre aurait dû aller plus loin, en obligeant les jeunes avocats à être salariés au départ[10]. Il évoque également la question des restrictions en matière de publicité qu'il remet en cause :

> Là encore l'ordre a sanctionné un confrère car il a fait un site avec une vidéo le mettant en scène, dans son cabinet et au Palais de Justice. Ce n'est pas normal… Pourquoi ne pourrait-on pas envoyer sa plaquette à des clients potentiels ? En fait, cela correspond à l'intérêt des structures en place.

A entendre BC, on a l'impression d'un véritable conflit entre générations, l'ordre favorisant les avocats installés et consultant peu les jeunes. Il critique l'immobilisme de l'ordre qui use beaucoup de son énergie aujourd'hui à défendre des causes qui ne sont pas défendables (maintien du TGI dans l'île de la Cité, réforme de la carte judiciaire…). Tout se passe comme si on ne tenait pas à assurer une véritable carrière aux jeunes avocats. De ce point de vue, BC critique l'école de formation des avocats qui donne de fausses illusions aux avocats en herbe et qui n'informe pas réellement sur toutes les carrières possibles. Il redouble sa critique de l'école en stigmatisant les enseignements portant sur les règles de déontologie qui sont dispensés par des avocats qui ne les respectent pas.

Il ne faut sans doute pas donner trop de généralité à ces propos qui sont tenus par des collaborateurs dont les attentes ont été déçues en termes de reconnaissance. Néanmoins on peut se demander s'ils n'ont pas été victimes de l'attrait du statut, que représente le fait de travailler dans un cabinet d'affaires avec un niveau de rémunération relativement élevé par rapport à d'autres cabinets. Dans cette configuration, la concurrence entre les collaborateurs pour accéder au statut d'associé est extrêmement forte, car il y a relativement peu d'élus. Il faudrait donc symétriser notre analyse en interrogeant des collaborateurs qui sont devenus associés dans un cabinet d'affaires. Est-ce seulement une question de compétences, d'investissement dans le travail, quitte à ne plus avoir de vie sociale et familiale ? Ou alors de position sociale ?

Par ailleurs, les études prospectives montrent que les départs à la retraite vont s'accélérer pour passer de 300 départs à 1000 par an, après 2010 (CNB, Commission prospective, 2007). C'est donc à un véritable problème d'attractivité que va être confronté la profession.

3.5. La reconversion difficile dans des cabinets autres que les cabinets d'affaires parisiens

Nous avons déjà évoqué l'effet de stigmatisation des collaborateurs qui ne deviennent pas associés au bout de 10 ans. Un autre inconvénient, pour ceux qui ont pris l'habitude de recevoir une rémunération relativement élevée, c'est la difficulté ensuite d'accepter une baisse de revenu dans un autre cabinet à Paris et surtout en province. De plus, les avocats de province peuvent avoir un *a priori* défavorable vis-à-vis de jeunes collaborateurs qui arrivent de la capitale.

Plusieurs de nos interlocuteurs ont dénoncé le mode de fonctionnement des cabinets d'affaires, et en particulier la formation insuffisante qu'ils dispensent aux jeunes collaborateurs, le turnover important que cela entraîne, ainsi que la dégradation de la qualité de la prestation de service. Le turnover du personnel va de pair avec la rotation de la clientèle et une publicité agressive (à l'égard des clients comme des futurs collaborateurs). Certains dénoncent même le fait que les collaborateurs issus de cabinets d'affaires ont pris de

[10] Il fait d'ailleurs référence à l'accord interprofessionnel du 11 mars 2008 qui mentionne le projet d'un contrat à durée déterminée de trois ans pour les ingénieurs et cadres (repris, depuis cet entretien, dans la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008).

mauvaises habitudes, et cela très tôt depuis leur sortie de l'école, et qu'il est alors difficile de les former à un autre état d'esprit. Par ailleurs, ils sont plus spécialistes que généralistes, et, pour ceux qui ont travaillé dans des cabinets d'affaires, peu habitués à plaider.

Les difficultés de reconversion ne sont pas uniquement le lot des collaborateurs qui ont commencé leur carrière dans des cabinets d'affaires. Plus généralement la spécialisation dans un domaine d'activité réduit la mobilité professionnelle des collaborateurs. Mais de façon encore plus générale, les difficultés croissantes d'exercice du métier, d'accès à l'association, conjugués à des facteurs extra-professionnels (valorisation de la vie familiale et sociale), peuvent expliquer les abandons de l'exercice de la profession. Notons que, statistiquement, un quart des avocats (un tiers pour les femmes) a quitté définitivement la profession au cours des dix premières années après la prestation de serment (CNB, Observatoire, 2007). C'est entre 2 et 6 ans d'activité que les taux de cessation sont les plus importants. Mais ce que montre l'Observatoire du CNB, c'est que les taux de départ sont en augmentation au cours de la période 1994-2005. Cette évolution récente témoigne, non seulement des difficultés d'insertion des collaborateurs, mais aussi de mauvaises anticipations de carrière à l'entrée des centres de formation, car les cessations définitives se font de plus en plus tôt.

Il faudrait avoir des statistiques précises concernant la nature des sorties, mais une grande part des avocats cessionnaires se dirige vers les entreprises. Quel que soit le motif, ces sorties prématurées sont d'autant plus problématiques que la profession supporte une grande part des coûts de formation des avocats. Un autre problème de socialisation des ressources est posé par ces sorties précoces, car l'avocat doit cotiser pendant au moins 15 ans à la CNBF (caisse de retraite des avocats) pour toucher un minimum de retraite.

4. La construction du marché du travail des jeunes avocats

Dans cette dernière partie, on voudrait montrer que les vicissitudes de carrière des jeunes avocats tiennent surtout à la difficulté d'entretenir un véritable marché professionnel, au sens de D. Marsden (1986, 1999). Ce type de marché du travail suppose de mutualiser les dépenses de formation qui permettent l'acquisition de compétences largement transférables, en particulier en instaurant des règles limitant les pratiques de débauchage par des entreprises qui n'ont pas supportées les coûts de formation. C'est pourtant ce qui s'est passé dans les cabinets d'avocats d'affaires au cours de ces dernières années, par l'entrée des cabinets anglo-saxons qui, du fait de leur taux de rentabilité élevé, ont pu proposer des rémunérations mirobolantes. Ces pratiques de débauchage ont été déclenchées d'assez loin et se sont propagées ensuite au territoire français, comme l'illustre cet extrait d'entretien (E23DA) :

> Vous avez DEUX BLOCS qui s'affrontent, vous avez les Etats-Unis et l'Europe. Et les cabinets européens sont TRADITIONNELLEMENT MOINS RENTABLES que les cabinets américains. Pourquoi, parce que les cabinets américains sont ASSIS sur le plus GRAND marché domestique du monde. Et sur un marché qui traditionnellement, on revient à tout à l'heure, ce contentieux a été un marché TRES JURIDIQUE depuis TRES TRES LONGTEMPS. Aux Etats-Unis, vous naissez presque avec votre avocat. Donc vous avez ces deux blocs qui s'affrontent, qui pendant très longtemps sont restés chacun chez soi, les Européens n'allaient PAS aux Etats-Unis et les Américains n'allaient PAS en Europe. C'est [un très grand cabinet anglo-saxon] qui a déclenché un peu les hostilités en embauchant des avocats américains à Wall Street, et là les Américains sont arrivés MASSIVEMENT sur la place de Londres, MASSIVEMENT à Paris, et quand vous avez une rentabilité beaucoup plus élevée chez vous, ben vous pouvez débaucher n'importe quelle star de n'importe quel cabinet, en lui mettant beaucoup d'argent sur la table.

Les cabinets internationaux ont débauché massivement, participant de la sorte à un effet de chaises musicales au sein des cabinets français. Ils entretiennent ainsi une forme de

surenchère dans les rétrocessions des collaborateurs, mais sans toujours participer à leur formation initiale.

4.1. Sous investissement en formation et turnover élevé

Face à ce problème, on peut dire que, au cours des années récentes, l'ordre professionnel (essentiellement parisien, puisque la question se pose essentiellement à Paris) aurait dû, non seulement, combattre les rétrocessions les plus faibles, mais aussi, les plus élevées. Car ce sont elles qui ont mis en péril la mutualisation des dépenses de formation professionnelle, non seulement, par les pratiques de « *poaching* », mais aussi par une forme de sous-investissement en formation des cabinets vis-à-vis de leurs collaborateurs, les premiers s'accommodant d'une forte rotation des seconds.

Là encore, il faudrait avoir des statistiques précises, mais il semble que le turnover des collaborateurs s'est accru au cours des années récentes, en particulier dans les cabinets d'affaires. COL3DA a mentionné que les collaborateurs restaient en moyenne 18 mois dans les cabinets.

Comme nous l'avons déjà souligné, ce turnover est lié à des politiques de débauchage systématique, mais aussi à une dégradation des conditions de travail et d'emploi qui pousse les collaborateurs à démissionner et cela d'autant plus qu'ils ne résistent pas au chant des sirènes des chasseurs de tête et des rémunérations mirobolantes.

Nombre de nos interlocuteurs ont mentionné le démarchage opéré par les chasseurs de tête, en particulier à Paris et pour les plus jeunes collaborateurs. La collaboratrice COL2DA en est à sa deuxième expérience dans un cabinet d'affaires de moyenne taille. Elle commence par évoquer la façon dont elle a été embauchée dans le second cabinet SC :

> Ce sont les cabinets de recrutement qui sont venus me chercher. L'an dernier j'ai été contactée trois ou quatre fois, cette année c'est plus calme de mon côté et il semble plus difficile de trouver un nouvel emploi... Mais l'an dernier quatre cabinets, dont le Cabinet XYZ, dans lequel j'ai rencontré un consultant qui me paraissait honnête, car il ne m'a pas caché la difficulté de l'emploi dans le cabinet où j'évolue actuellement.
>
> **Mais pourquoi avoir recours à des cabinets de recrutement ?**
>
> (…) D'une certaine façon les cabinets d'affaires s'accommodent du turnover des collaborateurs et investissent peu sur eux. Nous sommes des exécutants, les règles de déontologie ne sont pas respectées. On nous fait comprendre que la porte est là et que si on n'est pas content… En fait, ils nous tiennent aussi par l'argent parce que c'est vrai, il faut être clair, on est très bien payé. Ils partent du principe qu'on est qu'intéressé par l'argent. Ils raisonnent qu'avec leur propre logique et ne sont pas toujours surpris des départs des collaborateurs qu'ils cherchent à remplacer le plus rapidement possible et sans faire trop d'effort. C'est pour cela qu'ils délèguent le recrutement à des cabinets de recrutement spécialisés qui connaissent bien le milieu et qui opèrent dans l'anonymat. Mais c'est surtout parce qu'ils n'ont pas de temps à consacrer au recrutement des collaborateurs. Ils sont toujours pressés. Ce sont des gens qui s'inventent des délais… c'est un état d'esprit d'opérer avec des délais impossibles à tenir, une forme de fuite en avant, d'envolée, d'une roue qui s'emballe… Des gens qui sont rarement agréables.

Les cabinets d'affaires mentionnés s'accommodent donc très bien du turnover de leurs collaborateurs et investissent peu dans leur formation, contribuant ainsi à une relation de travail incertaine, le collaborateur pouvant à tout moment partir. Cet équilibre insuffisamment coopératif, qui risque d'être peu propice à la qualité du travail des avocats, tient pendant un certain temps du fait de l'importance de la rémunération. Mais cet équilibre n'est pas viable à long terme et sape l'apprentissage des collaborateurs et leur indépendance future. On est donc

en présence de véritables contrats de collaboration « marchands » de court terme où chacun saisit les opportunités de profit et où la rémunération est la seule chose qui compte (voir la « convention marchande » chez Boltanski et Thévenot, 1991).

Plus loin, notre interlocutrice reconnaît que le marché du recrutement des avocats d'affaires est en plein développement et que les cabinets de recrutement spécialisés vivent bien de ce turnover important qui « constitue une mine d'or pour eux » en termes d'activité et d'honoraires, en principe un pourcentage de la rémunération de l'avocat embauché. Comme l'a mentionné cette jeune collaboratrice, leur rôle est d'autant plus apprécié qu'ils opèrent avec rapidité et dans l'anonymat, afin de sauvegarder, d'une certaine façon, la réputation des cabinets qui débauchent par leur intermédiaire. On peut rajouter que par leur activité de prospection permanente et la constitution de base de données leur permettant de construire une image de l'état du marché du travail, leur apport est de pouvoir fixer le montant de la rémunération optimale qui permettra le débauchage du collaborateur qui correspond au profil de compétences recherché.

4.2. La construction du marché du travail par les chasseurs de tête

L'étude des chasseurs de tête est certes à approfondir, mais nos premiers éléments d'information permettent de voir que le développement de ces cabinets témoigne de l'émergence d'un marché du travail des jeunes avocats tout autant qu'ils participent à sa constitution (Bessy et Eymard-Duvernay, 1997). D'une part, en fixant des repères d'évaluation des compétences à distance : réputation des entreprises, rôle croissant des diplômes et des doubles cursus, et, d'autre part, en définissant des catégories d'emploi. Ce qui remet en cause le fonctionnement traditionnel du marché professionnel des avocats, de son système d'apprentissage et de ses appellations.

4.2.1. La course au diplôme

L'accroissement de l'activité des cabinets d'affaires, mais plus généralement des activités de conseil aux entreprises relativement à celle orientées par le contentieux, constitue un facteur important de ce qui est devenu progressivement une obligation pour les jeunes qui se destinent à faire une carrière d'avocat, à savoir avoir suivi un double cursus de formation. A l'enseignement juridique classique, le jeune postulant doit adjoindre une formation validée en management ou banque, finance et assurance, pour les avocats d'affaires (voir E23), ou en encore en ressources humaines, pour ceux qui se dirigent vers le droit social.

Revenons ici sur le parcours de notre interlocutrice précédente (COL2DA) qui a un double cursus sciences politiques/droit :

> Par rapport à mon travail et à mon embauche initiale, mon double cursus a bien été valorisé, ainsi que le stage effectué dans un autre cabinet d'affaires... . En 8 ans, il y a de plus en plus une course à avoir plus de diplômes et le double cursus est devenu maintenant un 'must' pour les cabinets d'affaires qui font pourtant face à une certaine pénurie : « on dit que le jeune avocat d'affaires est devenu une denrée extrêmement rare, dixit le Journal des Echos (octobre 2007) ». Sans le double cursus, ce n'est même pas la peine d'y compter.

Signalons qu'à côté de ce double cursus, l'article des Echos mentionne la maîtrise de l'anglais et plus généralement toutes les expériences à l'international, que cela soit en termes de diplôme étranger ou de stage dans des cabinets anglo-saxons, ce qui dénoterait une « ouverture d'esprit ». Ce renforcement des critères de sélection a pour conséquence de réduire le nombre de candidats potentiels, d'où l'expression « une denrée rare ». Néanmoins, on peut se demander si ces cabinets de recrutement spécialisés n'entretiennent pas d'une

certaine façon cette rareté, en particulier en consolidant ces exigences en termes de double cursus, le diplôme étant un critère de recrutement peu coûteux à évaluer, donc facilement mobilisable « à distance », sans avoir besoin d'entrer vraiment dans les expériences des candidats et l'évaluation de leur capacité créatrice.

Par ailleurs, ils peuvent ensuite affiner la sélection en retenant la réputation des universités ou des grandes écoles qui délivrent ces diplômes. Le caractère coûteux de ces dernières peut aussi être interprété comme le signal des aptitudes réelles des étudiants. Les cabinets de recrutement entretiennent à leur tour le classement des instituts de formation, ce qui contribue à créer un véritable marché de l'éducation et de la formation, avec les risques de polarisation de ces instituts que de tels classements peuvent entraîner.

4.2.2. Le rôle des cabinets de recrutement dans la définition des catégories du marché

Lorsqu'on passe de la catégorie des débutants à celles des avocats ayant une ou deux premières expériences, c'est la réputation de ces premiers cabinets qui compte dans l'évaluation des jeunes avocats, ce qui conduit cette fois-ci à un classement des cabinets d'avocats, dont on peut penser que les cabinets de recrutement spécialisés sont les premiers à les utiliser et à les constituer en lien avec d'autres intermédiaires qui cherchent à rapprocher les avocats de leurs clients.

Les guides de classement des cabinets d'avocats, les sites Internet spécialisés de recrutement des juristes diffusant des offres d'emploi, constituent de nouveaux dispositifs de jugement sur la qualité des avocats, ou plutôt des cabinets, ce qui est en soi une évolution révélatrice du passage à une logique d'entreprise. Ces dispositifs de jugements plus impersonnels se distinguent des dispositifs basés sur des jugements de proximité au sein de réseaux de relations interpersonnelles (Karpik, 2007). Ils contribuent ainsi à donner une base beaucoup plus large au marché des services juridiques qui, du même coup, privilégie les modes d'évaluation de la qualité « à distance ».

Ils témoignent à leur manière de la transformation de la profession d'avocat en redéfinissant les domaines du droit par les besoins des clients, et non plus par l'organisation judicaire et la production législative et administrative. Les domaines de spécialisation ou les spécialités définies par le CNB perdent prise sur la réalité des activités juridiques et sont peu reconnues par la clientèle d'entreprises qui privilégient l'image de marque des cabinets, moyen de publicité le plus efficace. Si on parle toujours de droit fiscal ou social ou encore de droit de la famille ou des affaires, de nouvelles appellations émergent centrées sur des secteurs d'activité ou de grandes opérations économiques : M&A, IP/IT pour reprendre les expressions utilisées par les cabinets de recrutement spécialisés dans le service juridique (le plus souvent de taille internationale) ; ou encore « l'activité de financement », « l'activité immobilière », « les assurances ».

Le développement de ces intermédiaires du recrutement, qui opèrent dans plusieurs pays, contribue à la construction d'un marché international des services juridiques, en lien avec la globalisation de l'économie, marché dont certains segments sont fluctuants du fait de leur lien direct avec des activités économiques plus ou moins fleurissantes. Le mode d'existence de ces cabinets repose sur la diversification des activités pour limiter les risques liés à la conjoncture. Cette contrainte organisationnelle qui pèse sur ces intermédiaires est loin d'être neutre. D'une part, elle consolide le déploiement des grands cabinets d'avocats internationaux ou réseaux internationaux de cabinets, ou encore de réseaux de plus petite échelle. D'autre part, elle modifie les modes de recrutement et de formation des avocats, ainsi que les anticipations portant sur leur carrière professionnelle.

Avant d'aborder ce second point, signalons que la logique de développement de ces cabinets de recrutement les conduit à recruter des juristes à la fois pour les cabinets d'avocats et pour les entreprises. D'un côté, ils facilitent le passage entre les deux types de carrière, en particulier en aidant à la reconversion des collaborateurs, ou encore de certains associés, sur un poste de juriste d'entreprise. D'un autre côté, leur existence contribue à consolider les repères d'évaluation des qualités des avocats qui sont les plus généraux. Ainsi, les deux collaboratrices que nous avons interrogées ont préféré tenter une nouvelle expérience dans un cabinet d'affaires avant d'entamer une carrière de juristes d'entreprise. Elles entretiennent d'une certaine façon le système en travaillant dans un cabinet d'affaires plus prestigieux, afin de pouvoir l'inscrire dans leur CV. Elles répondent en cela aux exigences des cabinets de recrutement spécialisés dans le juridique qui semblent jouer un rôle croissant dans les procédures de recrutement des collaborateurs.

4.3. Les canaux de recrutement

Ce rôle peut être direct comme dans le cas de la « chasse de tête » qui active en permanence les mécanismes de marché et favorise la mobilité des collaborateurs. Cette pression du marché peut diminuer les incitations à investir des associés dans leur formation. Certains leaders de grands cabinets se disent d'ailleurs agacés par cette chasse permanente (voir E24), mais, d'un autre côté, cela assure une certaine liberté au collaborateur, un certain pouvoir de négociation. Là encore, c'est la possibilité laissée au collaborateur de développer une clientèle, qui maintiendra ou non la relation dans un cadre coopératif.

Ce rôle peut être plus indirect par l'intermédiaire des annonces d'offres d'emploi que les cabinets de recrutement diffusent, annonces qui constituent un canal de recrutement de plus en plus significatif au détriment des réseaux de relations personnelles. Pratiquement tous nos interlocuteurs nous ont dit recourir à ce support qui élargit les possibilités de prospection des marchés, via les NTIC et l'émergence de sites Internet spécialisés soit au niveau des ordres professionnels, soit des sites professionnels comme le « village-justice.com » (repris par des sites d'emploi généralistes comme « JobiJoba.com »).

Mais que ces annonces transitent ou non par des cabinets de recrutement qui sélectionnent ensuite les meilleurs candidats potentiels, ces cabinets jouent un rôle déterminant dans la définition des normes d'évaluation des compétences des jeunes avocats et des catégories d'emploi inscrites dans ces annonces, ce qui contribue à construire un marché du travail aux frontières élargies et valorisant les repères de coordination les plus généraux tels que la rémunération, le diplôme ou le renom des cabinets. Cette construction du marché accroît également le rôle des candidatures spontanées que les cabinets ont du mal à traiter.

4.4. Des marchés segmentés

Ce type d'intermédiation risque d'entretenir une certaine rareté qui accroît de façon artificielle le niveau des rémunérations des collaborateurs se pliant le plus aux critères d'évaluation des cabinets de recrutement. Il en résulte ainsi de fortes disparités de rémunération entre les collaborateurs. Ces disparités peuvent biaiser leur anticipation de carrière en aiguillant des jeunes avocats dans des cursus de formation et des carrières pour lesquelles ils ne sont pas faits. Comme le rappelle une de nos interlocutrices (COL2DA), si les cabinets de recrutement ne cachent pas les « conditions de travail épouvantables dans les cabinets d'affaires », ils ne révèlent pas toujours l'âpre réalité des situations. Ce qui peut nuire à la qualité des appariements.

C'est sans doute pour cette raison que les grands cabinets d'avocats essaient d'instaurer des modes d'intermédiation qui ne passent pas par le « marché » et qui privilégient des liens étroits avec les instituts de formation les plus prestigieux pour recruter des avocats dès la sortie de leur formation initiale, en essayant ensuite de les fidéliser. On peut donner ici le propos du responsable d'un cabinet d'affaires international qui a son propre service de recrutement (E23), justifiant les cocktails et autres réceptions qu'il organise pour présenter son cabinet devant des promotions d'étudiants :

> Assurer la notoriété du cabinet. Euh… Faire en sorte qu'on soit sur l'écran radar des étudiants, en première position ou en tous cas parmi les tous premiers, de telle sorte que les jours où les meilleurs se mettront en quête d'une collaboration, ils penseront à nous.
>
> On participe systématiquement à tous les forums sur des grandes universités et dans les grandes écoles de commerce, ESSEC, etc. On établit des partenariats ; on a un partenariat très étroit avec Sciences Po. Donc vous voyez on a différentes TECHNIQUES, mais en gros je dirais qu'on essaie de rester TRES PROCHE du monde universitaire, également à travers l'enseignement. Beaucoup d'associés, d'avocats, enseignent dans différentes universités. Et puis on a aussi beaucoup de recrutements qui se font à travers le marché international.

Ces relations privilégiées avec certaines universités, notamment via l'enseignement dispensé par des avocats, et la participation aux forums des grandes écoles, visent donc à capter les meilleurs étudiants qui appréhendent de travailler dans de trop grandes structures, préférant des cabinets à taille plus humaine (20-30 avocats).

> **Pourquoi selon vous ?**
>
> PARCE QUE, parce que, parce qu'on n'a pas une très bonne réputation en termes de qualité de vie, en termes de contraintes. Alors CERTES on offre les rémunérations les plus élevées du marché, mais en gros… vous allez être superbement bien payé, mais vous allez savoir pourquoi vous êtes bien payé. Alors peut-être que ça CHANGE quand les gens sont confrontés à la réalité du monde du travail, parce que finalement ils s'aperçoivent aussi {*rire*} que dans les petits cabinets on en bave beaucoup. Mais donc on n'est PAS très attractif. Donc vous partez d'un PETIT NOMBRE sur lequel vous allez retrouver une ENORME CONCURRENCE de la part des grands cabinets internationaux. On a une COURSE aux rétrocessions pour la première année qui ATTEINT des, des, des… Vous voyez, on arrive à payer 80 000 euros nos avocats en première année ! C'est, c'est… c'est quand même des montants TRES ELEVES. Alors ça n'a rien à voir avec New York. New York a une première année où vous le payez 150 000 dollars. MAIS le PAUVRE ! Enfin, il sait ce qu'il a choisi quoi, ça va être TRES DUR.

Ce manque d'attractivité de ces grandes structures, du fait des conditions de travail réputées très dures, a pour conséquence d'élever le niveau des rétrocessions au fur et à mesure qu'elles se concurrencent pour attirer les meilleurs étudiants. Cependant cette concurrence sur le marché amont, qui poussent les grands cabinets à nouer des liens privilégiés avec certaines universités, risque de polariser le système de formation, avec une frange, disposant de beaucoup de moyens, qui ne formerait que l'élite recrutée par les grands cabinets. A l'opposé, une frange de petites universités sans grand moyen pour former des étudiants resteraient stigmatisés sur le marché du travail, malgré leur passage par une école de formation des avocats. C'est dans ce sens que nous parlons de marchés du travail segmentés, segmentation qui peut être accrue par la spécialisation des cabinets dans des niches d'activité.

4.5. L'inadéquation de la formation professionnelle

Comme dans beaucoup d'autres secteurs d'activité, l'entrée des jeunes dans la profession d'avocat est de plus en plus tardive (Observatoire du CNB, 2007). Elle correspond à l'allongement de la formation initiale, en particulier par le suivi d'un double cursus ou encore

la spécialisation dans un domaine du droit (ancien DESS – aujourd'hui M2 professionnel – ou doctorat).

L'augmentation progressive du niveau de diplôme à l'entrée, qui renforce la sélection des avocats sur leurs aptitudes générales, a accru le risque que le « bon étudiant » ne soit pas forcément un « bon professionnel ». C'est pour réduire ce risque que la réforme du système de 2004 a opté pour une formation professionnelle plus spécialisée et plus appliquée, avec une période de stage pratique d'au moins 6 mois sur un total de 18 mois passé dans le Centre régional de formation de la profession d'avocat (CRFPA). Signalons que le niveau de la « maîtrise » (M1 dans le LMD actuel) est toujours exigé pour présenter l'examen d'entrée au CRFPA, mais que les doctorants ne sont plus admis sur titre.

On peut distinguer trois types de critiques du système actuel. En premier lieu, ceux qui dénoncent le niveau d'entrée au CRFPA, militent pour sa baisse (au moins au niveau licence) afin de former très tôt les jeunes au métier en leur dispensant un enseignement professionnel essentiellement pratique. On retrouve cette dénonciation du diplôme chez E12 (cabinet généraliste de province) qui va jusqu'à faire l'éloge de la figure du « cancre » devenant ensuite un « excellent plaideur », même s'il reconnaît que cela vaut uniquement pour ceux qui consacrent leur carrière au « judiciaire » (E12 a toujours été contre la fusion de 1991).

Certains de nos interlocuteurs dénoncent plutôt le troisième cycle en droit (voir E21 qui dénonce le fait que « les étudiants passent leur temps à manier des concepts mous »). Ils préconisent une entrée dans la vie professionnelle beaucoup plus rapide, afin de former les collaborateurs les plus jeunes possibles et donc de revenir à une forme d'apprentissage traditionnel.

D'autres avocats, comme E11, critiquent le fait qu'il faut avoir une « maîtrise en droit » pour entrer au Centre de formation et qu'on ne diversifie donc pas l'entrée à ceux qui ont par exemple un diplôme d'école de commerce ou autre, regrettant ainsi un « filtre trop judiciaire ». E11 critique également l'examen d'entrée, car les épreuves de droit civil défavorisent ceux qui ont fait principalement du droit public. En fait, E11 milite plus généralement pour qu'il y ait de plus en plus d'avocats qui traitent des « affaires publiques » pour « éviter que ce soit l'Association des maires de France qui draine tout le contentieux alors qu'elle n'en a pas forcément les compétences ».

Mais même les avocats, qui ont participé à l'élaboration de cette réforme, ne sont pas complètement satisfaits du nouveau système de formation, car ils constatent toujours une certaine inadéquation de ce système avec la réalité professionnelle (voir E2, supra). On peut en donner ici une illustration avec cet extrait d'entretien de cet ancien membre de la Commission de la formation au CNB et patron d'un cabinet de droit social en province (E14) :

> **Pour finir sur les questions de recrutement, quel jugement vous portez sur les exigences en termes de diplôme pour l'accès à la profession ?**
>
> Je pense aujourd'hui avec un peu de recul, alors j'ai une expérience qui est peut-être un peu particulière je n'en sais rien, ce qui faut savoir c'est que je PARTICIPE à la formation puisque j'ai été enseignant au centre de formation pendant plus de 20 ans, je l'ai présidé, au CNB… Donc j'avais une vision, que j'ai toujours d'ailleurs, de la formation qui était quand même dirigée sur le caractère d'efficacité. Aujourd'hui, le diplôme à mon avis, c'est une nécessité, mais ce n'est pas un élément suffisant. C'est-à-dire que l'intérêt qu'on a notamment avec la réforme et donc des gens qui sortent de l'école avec une fenêtre un petit peu plus étroite mais plus spécialisée, je pense que c'est une bonne chose. Mais on est à une phase de développement, par exemple aujourd'hui 80% des PPI, Programme Personnel Individualisé – vous savez que la formation se fait en 3 étapes : 6 mois école ; 6 mois PPI ; 6 mois en stage d'avocat – 90% des PPI aujourd'hui sont des retours à la fac. Par exemple la petite stagiaire que j'ai, elle fait un master 2 de droit social parce que le master 2 de

> droit social à Rennes est réputé, etc. Et ÇA je pense que c'est une mauvaise idée, parce que j'ai vécu d'autres expériences et que par exemple moi quand j'ai des stagiaires, alors que je les garde ou que je ne les garde pas de toutes façon la problématique est la même, mais souvent je leur propose d'aller faire leur projet personnel dans des entreprises clientes, de manière à ce qu'avant de traiter dans le cabinet les problèmes de la société, elles soient d'abord allées dans l'entreprise et du coup jusqu'à présent toutes celles et tous ceux qui y sont allés m'ont dit que c'était effectivement très formateur.

Malgré la recherche d'une plus grande efficacité de la formation dispensée à l'école, notre interlocuteur souligne l'importance des diplômes pour les étudiants au détriment de l'acquisition de compétences plus professionnelles, en particulier par des stages en entreprise. C'est évidemment le propos tenu par un avocat qui a pour client des grandes entreprises, mais il est néanmoins révélateur de cette course au diplôme et du poids croissant de la formation initiale, au détriment de l'investissement des cabinets dans la formation professionnelle des avocats débutants. D'ailleurs un interlocuteur comme E8 (et E10 aussi) prône l'instauration d'un véritable système d'apprentissage en alternance basé sur des engagements forts de par et d'autre de la relation de travail. Il ne suffit pas de faire des stages « lâchés dans la nature », ce qui pose la question de l'engagement du formateur et du contrôle de la formation qu'il dispense.

Conclusion

En conclusion, on peut dire que les incertitudes qui entourent les carrières des collaborateurs, ainsi que leur sortie prématurée de la profession, tient à la remise en cause progressive (à partir de la fusion de 1991) du fonctionnement d'un marché professionnel. Les facteurs d'explication sont multiples : explosion démographique, plus forte hétérogénéité de la profession qui accroît les problèmes de coordination, concurrence internationale dans le domaine du conseil de plus en plus vive en amont, mais surtout, en aval, surenchère des rétrocessions des collaborateurs estimés les plus brillants par le système de formation initiale. Cette évolution a créé non seulement de fortes disparités de rémunération entre les collaborateurs, mais aussi un moindre investissement des cabinets dans leur formation, des pratiques de débauchage peu contrôlées par la profession et l'impossibilité pour une proportion croissante de collaborateurs d'accéder au statut d'associé. Par ailleurs, un turnover élevé des collaborateurs risque de dégrader la qualité de leur prestation ou encore participer à leur standardisation.

Face à cette évolution qui contribue à des contrats de collaboration de plus en plus marchands, soutenus en cela par l'activité des cabinets de recrutement spécialisés, une solution pour les cabinets est de créer leur propre « marché interne » en « salariant » d'une façon ou d'une autre leurs collaborateurs. Cela leur permet d'investir massivement dans leur formation en cherchant à les fidéliser par un système de rémunération et de promotion adéquate. La qualité de cette formation peut en retour accroître la qualité des prestations. Cette solution plus coopérative apparaît aujourd'hui comme une exception.

CONCLUSION DE LA PARTIE « ANALYSES ». De la confrontation globale entre les modèles de l'Ordre et du Marché à l'examen critique des règles spécifiques à la profession d'avocat

§ 1

Dans la partie « Synthèses », nous avons confronté systématiquement les propriétés respectives du modèle de l'Ordre (où les avocats forment une profession auto-régulée à travers un Ordre professionnel) et du modèle du Marché (où les avocats sont des acteurs comme les autres, sans monopole ni privilège particulier, sur un espace indifférencié, le marché des services juridiques) : quels sont, dans les deux cas, les effets de la concurrence entre avocats (ou leurs succédanés) sur la satisfaction de leurs clients, entreprises ou particuliers (y compris la qualité de l'Etat de droit) ?

Pour cette confrontation, notre étude s'est trois fois différenciée des autres études disponibles :

- au niveau des hypothèses : nous avons évité le biais commun qui consiste à évoquer exclusivement les effets-prix d'une intensification de la concurrence, en oubliant (ou en mentionnant symboliquement) les effets-qualité.
- Au niveau des corpus théoriques mobilisés : nous avons d'abord exploité toutes les richesses de la théorie économique « orthodoxe », en ce qui concerne les effets-prix, mais nous avons aussi sollicité les courants récents et hétérodoxes de l'économie institutionnaliste et de la nouvelle sociologie économique, pour explorer toutes les dimensions des effets-qualité, qui avaient jusque là été négligées par les études économiques.
- Au niveau des résultats : une exploitation correcte de la théorie économique orthodoxe montre que les effets-prix sont ambigus, interdisant toute prise de position dogmatique ; en revanche, c'est sans ambiguïté que la supériorité de la régulation par l'ordre est consacrée par l'investigation des effets-qualité.

Cette conclusion, pour être nette, n'en est pas moins d'interprétation délicate. Nous avons opposé *globalement*, et à un haut niveau d'abstraction, deux modèles purs :

(i) le **modèle de l'Ordre**, où la profession d'avocat s'est organisée historiquement dans une entité collective, aux conditions d'affiliation stricte, à l'identité culturelle fortement marquée, avec des privilèges reconnus – notamment la capacité de s'auto-réguler, y compris sur un plan normatif.

(ii) le **modèle du Marché**, où la profession devient un système ouvert, et perd tous ses privilèges, avec l'addition éventuelle d'une Autorité Administrative Indépendante, pour régler les problèmes de discipline professionnelle et traiter les réclamations des consommateurs.

Ce que nous avons établi est que le modèle de l'Ordre dispose potentiellement de *beaucoup plus* de ressources de coordination que le modèle du Marché, face aux problèmes que pose la gestion de la qualité dans le métier d'avocat. Ce que nous n'avons évidemment pas abordé, c'est cette question subsidiaire : l'Ordre professionnel existant ne pourrait-il pas faire un *meilleur usage* des ressources dont il dispose potentiellement ?

Notre grille de lecture œcuménique (puisqu'elle prolonge le meilleur de l'économie « dominante » avec des composantes choisies de l'économie institutionnaliste et de la nouvelle sociologie économique) ne permet pas de *répondre* à cette question, mais peut aider à la *reformuler* analytiquement.

Cette capacité de re-formulation tient au fait qu'en ayant réussi à expliciter les différentes dimensions de la qualité du travail d'un avocat, nous avons désormais la batterie minimale de critères nécessaires pour examiner de façon critique *les règles de fonctionnement* d'un Ordre donné : ces règles sont-elles performantes au regard de ces critères ? D'autres ne seraient-elles pas plus performantes ? Lesquelles ?

En revanche, une réponse rigoureuse à ces questions reste hors de portée, à partir de notre grille de lecture, pour une raison simple. Il y a une différence fondamentale, entre la démarche que nous avons suivie, et celle qu'il nous faudrait suivre. Jusqu'à présent, *nous confrontions les modèles abstraits du Marché et de l'Ordre*, et dans la mesure où nous avons fait apparaître qu'une propriété fondamentale de l'Ordre est de constituer un dispositif de réflexivité, le meilleur (le seul ?) outil d'exploration était d'accéder au discours des avocats sur eux-mêmes – d'où l'importance accordée à des entretiens, (qui a pu surprendre le lecteur avide de données quantitatives). Maintenant *il s'agit de confronter un modèle concret d'Ordre avec son modèle idéal*. Or ce n'est pas (seulement) avec des entretiens que nous pouvons le faire, mais avec de nouvelles analyses spécifiques, théoriques ou appliquées, d'ailleurs derechef suivies d'entretiens, menés dans cette perspective.

Nous devrons donc ici nous contenter de la phase « formulation ». Nous spécifierons désormais l'Ordre professionnel des avocats par **la conjonction de 7 règles institutionnelles** énumérées, dès la Synthèse 1 (s*upra*, p.17), et soumises au feu des critiques des experts de la Commission (cf Analyse 1, *supra*, pp.35-36).

Isolons d'abord, dans cette caractérisation (qui vient concrétiser la définition globale du modèle de l'Ordre, rappelée ci-dessus) le terme « **conjonction** » et soulignons tout de suite que *c'est l'ensemble de ces règles, et donc leur complémentarité, qui donnent cohérence à l'organisation professionnelle*. La Commission dresse un réquisitoire spécifique (et parfois contradictoire) à l'encontre de chaque type de règle évalué séparément. Elle occulte alors toute la dimension collective du système de règles pourtant indispensable à la compréhension de la profession et du marché des services juridiques. Nous avons montré que l'existence d'un ordre est nécessaire (ce qui ne veut pas dire : suffisante) pour donner la possibilité aux clients, à la fois consommateurs et justiciables, d'accéder à des qualités satisfaisantes de service[1]. Les 7 types de règles ne peuvent être envisagés que comme se complétant, pour assurer l'efficacité de l'organisation de la profession. Par exemple, les conditions d'accès (R1) à la profession et de maintien dans celle-ci (R7) n'auraient aucune raison d'être (et d'être remplies par les aspirants avocats) en l'absence de tâche réservée (R2). Cette absence conduirait à une dissolution de la profession, laissant le champ libre à l'intervention de tous types d'acteurs, et favorisant ainsi les regroupements entre intervenants juridiques et non juridiques, tant d'un point de vue organisationnel que capitalistique (R6).

Nous illustrons ainsi l'une des idées essentielles fournies par les développements les plus récents de la théorie économique (Aoki, 2006): celle de **complémentarité institutionnelle**. Celle-ci incite ainsi à la plus grande prudence dans l'évaluation point par point des 7 règles de la profession – et ce qui vaut pour la profession vaut également pour le marché, comme l'indique la **théorie du second best**[2] mobilisée dans l'Analyse 1.

---

[1] A défaut de pouvoir parler, dans une perspective réaliste, de solution optimale.

[2] Rappelons ici l'implication principale de cette théorie : « si, pour des raisons intrinsèques à un marché, la concurrence pure et parfaite n'est pas possible, ce n'est pas en essayant de s'en rapprocher qu'on améliore la situation et qu'on accroît l'efficacité économique sur ce marché ».

§ 2

Cette précaution en tête, quel jugement porter sur les **7 règles institutionnelles** ? Voici comment nous allons travailler[3] : les deux problèmes les plus importants qu'affronte la profession d'avocats ont été appelés par nous : le « problème micro/macro » (cf Synthèse 4) et le « problème intertemporel » (cf Synthèse 5). Nous interrogerons, au moyen d'un code simple (avec des + et des –), chaque type de règle sur son aptitude à contribuer à la résolution de l'un et l'autre problèmes, d'une part, dans son principe général, d'autre part dans sa modalité actuelle en France (telle du moins que nous l'avons perçue, dans nos entretiens et dans nos observations). Cela nous donnera donc deux « notes », et l'écart entre elles deux suscitera l'hypothèse que l'Ordre actuel pourrait faire un meilleur usage des ressources de coordination investies dans cette Règle. Hypothèse qu'il conviendrait de confirmer ou de rejeter, au moyen de travaux complémentaires, sortant du cadre de cette étude.

R1 : conditions d'accès à la profession – L'indice de réglementation utilisé par la Commission était (i) fonction croissante de la durée des études et du stage, (ii) conçu comme une mesure des maux dont souffrirait le marché des services juridiques. A l'inverse, notre grille de lecture, en établissant la supériorité de principe de l'Ordre sur le Marché, au niveau des effets-qualité, renverse le diagnostic. La légitimité d'un contrôle strict de l'accès à la profession est restaurée, encore une fois dans son principe : cette rigueur est la condition de possibilité d'une identité collective forte – et gravitant autour de la notion d'excellence (Karpik, 1995, 2007).

Passant des principes à leur mise en œuvre, nos entretiens et l'analyse que nous en faisons suggèrent de renforcer le contrôle des compétences par les pairs, non seulement dans la formation initiale, mais aussi tout au long de la carrière. Concernant ce second volet, la liste des spécialisations certifiées apparaît encore trop large, ajoutant encore à la complexité du droit et insuffisamment lisible pour le justiciable – ce dernier point relève moins de la publicité faite par chaque avocat que de la communication au niveau des instances représentatives. Surtout, les modalités d'acquisition des certifications semblent souffrir, au même titre que la formation initiale, d'une survalorisation des connaissances théoriques au détriment de l'expertise pratique (en contradiction avec le mouvement amorcé dans d'autres secteurs à partir du dispositif de *validation des acquis de l'expérience*).

Ce problème de l'articulation entre théorie et pratique est pour le moins délicat à résoudre quel que soit le secteur économique et les compétences requises. Mais il s'avère doublement crucial ici, à la fois pour les justiciables et pour les jeunes avocats. Ceux-ci apparaissent en effet dans l'incapacité d'acquérir une représentation suffisamment pertinente du fonctionnement de la profession en amont de leur accès à l'école de formation des barreaux (EFB), accès qui nécessite pourtant un investissement déjà lourd dans ces conditions minimales et de plus en plus renforcé par les exigences normalisées par les cabinets d'affaires et les cabinets spécialisés dans le recrutement (exigences du type double cursus). Dans ces conditions, la formule du stage devrait à nos yeux être revue, dans le sens de la diversification et de l'élargissement, avec une meilleure information en amont de l'accès à l'EFB. Une telle réforme offrirait, de plus, l'avantage de réduire, aux yeux de Bruxelles, le niveau de régulation du marché.

Ces remarques peuvent être condensées symboliquement (et sans autre prétention que pédagogique, pour faciliter le débat – cf Tableau, p.176) dans deux « notes » fortement

[3] Nous nous inspirons partiellement de la méthode utilisée par Williamson (1980), dans un article célèbre. Le Tableau auquel nous aboutirons se trouve p.176

positives pour R1, mais la note théorique plus élevée que la note pratique – conclusion quelque peu triviale, nous l'admettons…

R2 : tâches réservées – Il est impossible d'exagérer l'importance du monopole de la représentation en justice pour la définition de la profession d'avocat.

La contribution de R2 à la résolution de ce que nous avons appelé le problème « micro/macro » (à travers l'obligation de monter en généralité, par rapport aux intérêts étroits du client, au moment de la plaidoirie) est tout simplement fondamentale. R2 institue, au cœur du métier d'avocat, une connexion logique entre la défense du client et l'idéal régulateur qu'est la justice, puisqu'il faut convaincre le juge (un tiers, disposant de la capacité de mobiliser la force publique) que l'intérêt du client manifeste une propriété, extrinsèque, de conformité avec l'interprétation la moins critiquable des textes pertinents, du point de vue de la collectivité.

R2 n'a pas un lien aussi fort avec la solution du problème « intertemporel », mais cela ne diminue pas pour autant la valeur de la pratique du contentieux, comme modalité d'acquisition des compétences et des signaux indispensables à la promotion des avocats juniors en avocats seniors. En outre, l'assurance de tâches réservées permet, si peu que ce soit, de stabiliser les anticipations de carrière des jeunes avocats, et les incite à investir dans la formation et dans le métier.

Ce monopole (au demeurant limité à certains tribunaux) est seul susceptible de fournir un critère de définition précis de la profession. Le maintien de celui-ci est donc une condition nécessaire à l'existence de celle-là. En ce sens, R1 et R2 forment un bel exemple de complémentarité institutionnelle.

Notre grille de lecture apporte un éclairage supplémentaire sur les relations entre la profession d'avocat et les professions voisines. La matière est d'une complexité redoutable mais il nous semble que les seules ouvertures concurrentielles souhaitables du point de vue de la qualité des services juridiques sont celles qui se traduiraient par un élargissement de la profession. Toutefois, en lui-même, un tel élargissement semble insuffisant pour garantir le maintien des qualités. Plus celui-ci sera poussé, plus devra être prise au sérieux l'opportunité de durcir en contrepartie les obligations associées à l'appartenance à la profession et ce faisant à un ordre. Au chapitre du renforcement des obligations, notre analyse incite à défendre en priorité l'instauration d'un devoir de représentation comme contrepartie du droit au titre d'avocat. Autrement dit, afin que les règles professionnelles jouent le plus possible en faveur de la qualité, les cas où activités de conseil et de contentieux sont séparées ne devraient concerner que les avocats plaidants. En faisant fonctionner la typologie des Analyses 3 et 4, on a vu que les « law firms » jouent un rôle ô combien dynamisant mais deux fois déstabilisant : d'une part en séparant généralement contentieux et conseil, d'autre part en opérant sur un espace mondial où manque la figure du Tiers en surplomb (le juge), cruciale sur l'espace national. Raison de plus pour ne pas revenir sur le monopole de la représentation en justice par les avocats, et son importance symbolique. Schumpeter, dans une métaphore bien connue des économistes, à propos des monopoles, rappelait qu'une voiture va plus vite…si elle a des freins.

Avec les mêmes précautions rhétoriques que précédemment, ces remarques peuvent se résumer symboliquement dans des « notes », plus élevées encore pour R2 que pour R1 (cf Tableau, p.176).

R3 : postulation – La grande majorité des avocats interrogés se sont déclarés favorables à la suppression du principe de la postulation, considérant que cette règle avait perdu toute raison d'être. En cas de suppression, plusieurs d'entre eux auraient toutefois encore recours à un « postulant » pour des questions de confort et d'optimisation de la gestion de leur temps,

de même que certains prennent en l'état des correspondants dans des cas où ils ne sont pas obligés de le faire.

Dans notre perspective, le maintien d'une obligation associée au principe de la postulation pourrait être défendu comme un moyen de maintenir le contrôle par les pairs, de stimuler les échanges sociaux au sein de la profession et comme une source d'apprentissage d'autres manières de faire pour les avocats placés en position de postulant. Ce sont là autant de facteurs de qualité qui nous amènent à plaider paradoxalement contre la suppression de ce principe. Mais reconnaissons que cette règle est tout sauf centrale.

En ce qui concerne le problème intertemporel, la postulation permet aussi de stabiliser les anticipations de carrière des jeunes avocats, dans une toute petite mesure, il est vrai.

Les « notes » proposées pour R3 reflètent ces clivages et ces hésitations (cf Tableau, p.176).

R4 : honoraires – La question des tarifs réglementés relatifs à l'aide juridictionnelle dépasse la question du marché des services juridiques et ne peut pour cette raison faire l'objet d'une prise de position ici.

Nous avons en revanche souligné dans ce rapport, au moyen des théories mobilisées dans l'Analyse 1 autant qu'avec nos propres développement centrés sur la qualité, combien étaient graves les risques associés à des honoraires *complètement* liés au résultat. C'est là une 1ère façon de prendre ses distances avec le modèle du Marché.

La 2nde est plus paradoxale, dans la mesure où elle rappelle que dans les contextes d'information très imparfaite, des dispositifs non marchands sont nécessaires pour bénéficier des effets attendus de la concurrence. La question des honoraires est également celle des barèmes indicatifs. Jugés anticoncurrentiels, ceux-ci sont pourtant susceptibles de *faire baisser les prix*, comme on l'a vu dans l'Analyse 1 ! Cet argument est de surcroît renforcé par un élément, bien mis en valeur par la littérature standard sur les asymétries d'information (ce n'est pas un hasard, puisqu'on se limite aux effets-prix). L'opacité actuelle sur le niveau général des prix sur ce marché entretient inutilement la défiance du client à l'encontre de l'avocat à qui il doit pourtant s'en remettre (et ce, nécessairement compte tenu de la nature du service fourni par l'avocat).

Ce point est assez important pour qu'il soit indispensable de s'accorder sur son interprétation correcte. On peut commencer à le faire, avec la théorie économique des asymétries d'information, en soulignant qu'en l'espèce, on rentre dans le cas de figure où le « marché » doit être organisé, plutôt que libéralisé, afin de fonctionner correctement, c'est-à-dire de se rapprocher du marché concurrentiel en information parfaite (ou symétrique). Mais, dès lors qu'il faudra intégrer les problèmes de qualité, dans toutes leurs dimensions (ce que ne fait pas l'économie de l'information imparfaite), cette recommandation va prendre une tout autre ampleur. Le « marché des services juridiques » n'est pas seulement un marché avec asymétries d'information, c'est un **marché de singularités** (Karpik, 2007), au sens où la prestation typique est idiosyncrasique, autrement dit a-typique ! *En conclusion de ce rapport, la reconnaissance d'un tel « marché » est l'aboutissement logique de l'hypothèse posée dès l'introduction : la concurrence entre les avocats s'effectue autant ou davantage par la qualité que par les prix.*

On sait maintenant que sur ces marchés de singularités, les effets bénéfiques traditionnellement attendus d'une intensification de la concurrence (hausse du ratio qualité /prix) résulteront non d'un abaissement des apparentes restrictions à la concurrence, mais d'une amélioration des « **dispositifs de jugement** » pour le consommateur (Karpik, 2007, notamment pp.108-110).

La question des barèmes indicatifs est une porte d'entrée – plutôt latérale d'ailleurs, puisque n'y figure guère l'essentiel, à savoir l'information sur la qualité – dans la grande question des dispositifs de jugement [4] qu'il importe de (re)constituer pour moderniser *effectivement et efficacement* la profession d'avocats, plutôt qu'idéologiquement, en cédant au fondamentalisme du marché, que dénonce justement le prix Nobel d'économie Stiglitz (2008). Les règles R5 et R7 nous fourniront d'autres illustrations, plus centrales. Nous ne faisons ici qu'effleurer le sujet.

Les « notes » proposées pointent vers des possibilités importantes d'améliorer l'existant, sans abdiquer la supériorité fonctionnelle du modèle de l'Ordre sur le modèle du Marché. En ce qui concerne le problème intertemporel, davantage de transparence au niveau des règles de rémunération des collaborateurs ne pourrait qu'aider à la consolidation d'un « marché professionnel » digne de ce nom (cf Tableau, p.176).

R5 : publicité – La principale information qui gagnerait à être rendue publique, une fois prise en compte l'irréductible asymétrie d'information qui caractérise ce marché, est précisément, et conformément à toutes les perspectives théoriques, celle portant sur les prix. Au-delà de ce point déjà abordé en R4, la préférence des avocats (orientée par les règles de la profession) pour des formes de communication plus subtiles (comme exemple le plus courant, le travail de veille juridique effectué à destination d'« anciens » clients) que le simple affichage sans garantie (fonction persuasive de la publicité présentée dans l'Analyse 1) fait apparaître une déclinaison possible de la catégorie générale des coûts cachés de la qualité mis en avant dans l'Analyse 2. En effet, un investissement publicitaire sera toujours plus facilement comptabilisé dans les coûts des cabinets (et partant de là, pris en compte dans la détermination des honoraires) que les formes de communication autorisées depuis plus longue date et pourtant porteuses d'un supplément de service « offert » au client.

Cela dit, les interdictions en matière de publicité apparaissent désormais quasi inexistantes et les cas litigieux restants semblent engendrer plus de coûts en termes de temps de délibération pour les parties impliquées que d'effets positifs, matériels ou symboliques, sur le marché et la profession. Autrement dit, entre un retour à des interdits plus forts et une levée de tous les interdits, la situation actuelle en matière de publicité apparaît comme un entre-deux inefficace.

En conclusion, une certaine forme de régulation de la publicité fait partie des « dispositifs de jugement », sur lesquels la profession devrait réfléchir positivement, et faire preuve de la plus grande imagination institutionnelle, car c'est évidemment la voie la plus directe pour fixer l'image du métier au plus haut, dans l'opinion publique. Ajoutons qu'une communication rigoureuse et exigeante sur ce que chaque cabinet fait en faveur de la formation et de la promotion des avocats juniors permettrait de fonder un « marché professionnel » exemplaire, que souhaitent tous les responsables mais qui n'existe dans aucun pays. Cela renforcerait aussi la possibilité d'une orientation « amont » dans la profession (cf Analyse 5). D'où les « notes » proposées (cf Tableau, p.176).

R6 : structures d'exercice – Comme nous l'avons vu dans l'Analyse 1, l'analyse économique orthodoxe la plus nuancée, bien que manquant de données empiriques pour asseoir sa démonstration, se prononce en faveur de structures pluridisciplinaires, au moins sous la forme d'une participation minoritaire de non-juristes au sein des cabinets, censée accroître leur avantage concurrentiel (gains de productivité, innovation, minimisation des risques liés aux fluctuations d'activité) et le développement de leur activité à l'étranger (Rapport Attali, 2008). Ces promoteurs de « l'entreprise commerciale » ont bien conscience

[4] Les exemples connus de tels dispositifs, dans d'autres domaines, comme les normes ISO, les certifications de qualité ou les guides de classement, paraissent difficilement transposables en l'état. Un effort d'imagination et de création est donc nécessaire.

des problèmes que pose la multi-disciplinarité et conseillent donc (i) de renforcer les assurances de responsabilité professionnelle et (ii) d'adopter des règles strictes en matière de secret professionnel et d'évitement des conflits d'intérêt. Mais sur ces règles, ils ne disent presque rien, évoquant subrepticement la possibilité de créer des « Chinese Walls » ou « Murailles de Chine » (Van den Bergh, 2008).

Or les travaux empiriques disponibles sur les grands cabinets d'affaires américains (cf Lazega, 1994) montrent la porosité des Murailles de Chine et l'augmentation des risques de conflit d'intérêt, du fait de l'accroissement de la taille des « law firms » et de la concentration des secteurs où ces dernières trouvent leurs entreprises clientes. Ces inconvénients sont aussi largement dénoncés par la majorité de nos interlocuteurs arguant d'un manque de respect des règles déontologiques et d'une perte d'indépendance des avocats par rapport aux entreprises clientes. Certains d'entre eux suggèrent des formes d'organisation moins intégrées, assises sur des partenariats entre différents professionnels du droit. L'invention juridique de nouvelles formes de partenariat devrait donc être développée, en particulier en direction des petites structures, à l'instar des cabinets de province qui, du fait des caractéristiques de leur clientèle, sont favorables à cette multidisciplinarité. La possibilité pour les salariés de prendre part au capital des cabinets est aussi à étudier.

Ce qu'il ne faut pas perdre de vue, comme nous le démontrons dans l'Analyse 2, c'est que les nombreux « réseaux de conseils » développés par les avocats constituent des appuis sociaux importants de l'entrepreneuriat et de l'inventivité, comme du reste dans des secteurs « high-tech » liés à la science (biotechnologies, informatique,…). Or, ces réseaux, ou ces communautés de pratiques, risquent d'être remis en cause par une mise en concurrence systématique des avocats entre eux, et avec les autres professionnels du droit. Ainsi les avantages gagnés, d'un côté, sous forme de gains de productivité, par la constitution de grandes unités, risquent d'être perdus, de l'autre côté, par des formes de standardisation des activités juridiques qui, tout en mettant en concurrence les « law firms » au niveau international, instaurent des formes de concurrence déloyale avec les plus petites structures, en commençant par les pratiques systématiques de débauchage de collaborateurs formés.

Une grande prudence semble donc de mise, appelant d'ailleurs moins au conservatisme qu'à la concertation pour stimuler l'imagination collective, ce qui est typiquement du ressort d'une profession bien organisée, par rapport au marché, dont l'inventivité se situe davantage au niveau des acteurs individuels, mus par leur propre intérêt. Les « notes » indiquées vont refléter ces tensions (cf Tableau, p.176).

Le type de structure d'exercice a, on l'a vu dans l'Analyse 5, une incidence considérable sur le devenir des collaborateurs, et nos entretiens nous ont laissé sur le sentiment que la dynamique actuelle de différenciation des types de cabinets a des effets délétères sur les perspectives de constitution d'un marché professionnel moderne, adapté à ces temps de concurrence apparemment débridée mais souvent inégale. Comme pour R5, ce qui est en cause, c'est la possibilité d'une orientation « amont ».

R7 : existence d'un code de déontologie – La Commission dénonce le risque que l'ordre professionnel utilise ses pouvoirs d'autodiscipline et de contrôle dans l'intérêt de (certains de) ses membres plus que dans celui des consommateurs. Ce risque existe, mais l'arbre ne doit pas cacher la forêt. Notre grille d'analyse révèle que ces pouvoirs, qui sont d'ailleurs en partie définis et contrôlés par l'Etat (contrôle que l'on pourrait envisager de renforcer dans le cadre d'une co-régulation), visent aussi à garantir la qualité de l'Etat de droit, ce qui renvoie à la dimension « politique » de l'activité des avocats. Le risque aujourd'hui est que ce « politique » disparaisse en voulant réguler uniquement l'action « économique » des avocats. Les règles de déontologie peuvent évidemment être codifiées, reposer sur des catégories générales, et être confiées à une Autorité Administrative Indépendante (AAI), comme ce

pourrait aussi être le cas pour les règles en matière de publicité ou de fixation d'honoraires. Ce serait au fond la version sophistiquée du modèle du Marché.

Le modèle de l'Ordre – auquel le schéma précédent rend hypocritement hommage avec le rajout d'une entité collective, qui est tout de même un bel accroc dans le fondamentalisme du marché – repose sur une conception moins bureaucratique du modus operandi des règles normatives. Celles-ci sont plus implicites qu'on ne croit et, pour être efficaces, elles peuvent/doivent faire l'objet d'un contrôle collectif beaucoup plus diffus, plus collégial et distribué entre les membres de la profession. Comme l'a bien illustré Karpik (1995), elles semblent alors plus difficiles à identifier *de l'extérieur* mais, sans elles, pas de profession ; or c'est bien l'appartenance à la profession qui est la meilleure garante du comportement adéquat en son sein, surtout quand cette adéquation relève d'une appréciation complexe, moins par excès de complication que par le poids du contexte.

Nos entretiens ont fait apparaître, souvent au détour d'une phrase, l'existence d'une connexion logique, assez inattendue pour l'économiste traditionnel, entre efficacité collective et normes morales. Il en va ainsi du « devoir d'engagement » qui peut amener l'avocat à supporter des risques bien au-delà de tout « calcul économique ». De même, le respect du secret professionnel entre confrères se révèle un puissant vecteur non seulement de coordination mais de coopération[5] (la confiance est un lubrifiant fondamental de l'activité économique, nous rappelle le Prix Nobel d'économie Arrow, dès 1974), ce qui n'est surprenant que pour des esprits déformés par l'hypothèse d'information parfaite (sous-jacente à celle de concurrence parfaite !).

En même temps, plusieurs de nos interlocuteurs ont manifesté un certain esprit critique, au sujet du traitement de tel ou tel cas, par les institutions de l'Ordre, et surtout de l'absence d'information qui semble entourer traditionnellement ces procédures.

Peut-être y a-t-il là un aspect du fonctionnement de la profession qui mériterait d'être mieux connu, la méconnaissance ne pouvant ici que susciter la méfiance. On sait que l'affirmation de valeurs, dont on ignore comment elles sont respectées (sans même parler de celles dont on voit qu'elles ne le sont pas), peut créer des dynamiques collectives plus critiquables que lorsqu' aucune valeur n'est affichée.

Toutes ces considérations exercent aussi, pour le meilleur ou le pire, un impact sur l'intégration des nouvelles générations.

Les « notes » suggérées essaient de traduire ces contradictions et ces paradoxes (cf Tableau, p.176).

*

***

Au terme de ce rapide examen critique des 7 règles généralement considérées comme les plus caractéristiques d'une gestion de la profession d'avocat selon le modèle de l'Ordre

[5] Merci à Me Jean-Philippe Robé d'avoir attiré notre attention sur l'importance de ce point, que l'on pourra prolonger par le travail sociologique classique de Simmel (1908). Voir aussi Favereau (2000) pour des références économiques.

professionnel, le message qui s'esquisse, *pour l'économiste*, et qui transparaît immédiatement au vu de notre tableau récapitulatif (p.176), est double :

1. Ces 7 règles ont toutes, potentiellement, un effet positif, *parfois fondamental*, sur la résolution des deux problèmes majeurs de coordination, intrinsèques à la profession d'avocat. Nous consolidons ainsi donc la conclusion de la partie « Synthèses », favorable au modèle de l'Ordre, par rapport au modèle du Marché.
2. Sur ces 7 règles, la même grille d'analyse suggère qu'il existe un espace de réforme, *parfois considérable*, pour tirer un meilleur parti des ressources de coordination dont dispose potentiellement le modèle de l'Ordre.

*

***

Règles Institutionnelles	**Efficacité par rapport au problème « micro/macro »**	**Efficacité par rapport au problème « intertemporel »**

R1 : Accès limité à la profession	+++ (+)	++ (+)
R2 : Tâches réservées (plaidoirie, ..)	++++ (++)	+++ (++)
R3 : Postulation	+ (–)	+ (–)
R4 : Honoraires encadrés	++ (+ –)	+ (– –)
R5 : Publicité contrôlée	+ (– –)	++++ (– –)
R6 : Structures d'exercice restreintes	++ (+ –)	+++ (+ –)
R7 : Code de déontologie	++++ (+ –)	+++ (+ –)

Rappel : (i) +++ *donne l'impact potentiel de la règle en question sur la solution du problème, dans le modèle théorique de l'Ordre Professionnel*

(ii) (++) *donne l'impact actuel de la règle en question sur la solution du problème, dans la spécification particulière qui en est offerte au sein de l'Ordre existant*

Symbolique : « + » : impact positif ; « ++ » : impact positif fort ; « +++» : impact positif très fort ; « ++++ » : impact positif fondamental ; idem pour « – » et les impacts négatifs ; « + – » : impact ambigu (comportant à la fois des aspects positifs et des aspects négatifs)

Annexe méthodologique

1. Le guide d'entretien

Nous donnons ci-dessous simplement le « squelette » de l'entretien, sans énumérer exhaustivement les questions précises figurant sous chaque rubrique

Étape 0 : Présentation

(i) Parcours individuel : Formation / Année de la prestation de serment / Statut au sein du cabinet/Activités en dehors du cabinet (appartenance à des associations d'avocats, syndicats, Ordre, CNB ; participation régulières à des manifestations)/ etc…
(ii) Présentation du cabinet : Effectif et Historique de l'association/Statut juridique/ « Spécialités » / etc…

Etape 1 : Le travail et son organisation

(i) Répartition et qualification des dossiers : principaux types de dossiers/Répartition du travail au sein du cabinet / Partage conseil/ contentieux / etc…
(ii) Ressources internes : « knowledge management » / Techniques de mise en commun / Protection des connaissances propres au cabinet / etc…
(iii) Evaluation et Recrutement
(iv) Ressources externes : correspondants / Postulation / entr'aide entre confrères / Pluridisciplinarité / etc…

Étape 2 : Les clients

(i) Publicité et autres dispositifs de visibilité
(ii) Entrée en relation : origine des nouveaux clients / Importance de la spécialité certifiée /etc…
(iii) Types de clients et attentes
(iv) Refus ou Ruptures de relation : motifs / fréquence des conflits d'intérêt / cas de contestation d'honoraires ?
(v) Fixation des honoraires

Étape 3 : La concurrence

(i) Perception de la concurrence
(ii) Incidence sur les honoraires : positionnement par rapport aux confrères / Mise à jour de l'information / etc…
(iii) Incidence sur les rétrocessions
(iv) Incertitude économique : Amont (trouver des collaborateurs) ou Aval (trouver des clients)

Étape 4 : Questions générales sur la profession

(i) Conséquences d'une suppression du monopole de la représentation ?
(ii) Ordre : fonctions les plus importantes / évolution récente / scénario d'un organisme indépendant sur les questions disciplinaires / etc…
(iii) Perception des magistrats
(iv) Qualité de la Justice
(v) Défense des libertés : spécificité des avocats

2. Liste des 24 entretiens intégralement retranscrits

	Durée de l'entretien	Ville	Domaine (selon listes transmises)
1	0h45	Versailles	Social
2	1h20	Paris	Fusions-Acquisitions
3	1h30	Paris	Fusions-Acquisitions
4	1h50	Paris	Social
5	1h50	Paris	Distribution
6	1h50	Nice	Famille
7	1h50	Paris	Distribution
8	2h00	Paris	Social
9	2h00	Paris	Famille
10	2h00	Lyon	Social
11	2h00	Paris	Droit social
12	2h10	Paris	Famille
13	2h10	Paris	Social
14	2h20	Paris	Social
15	2h20	Paris	Famille
16	2h20	Paris	Distribution
17	2h30	Paris	Distribution
18	2h30	Argenteuil	Social
19	2h30	Rouen	Social
20	2h35	Aix-en-Provence	Social
21	2h55	Poitiers	Famille
22	3h00	Annecy	Famille
23	3h50	Tours	Famille
24	5h20	Neuilly	Famille

NB : Les entretiens sont classés ici par durée croissante. Leur numéro (première colonne) ne correspond pas à la numérotation retenu pour citer les extraits d'entretien dans le reste du rapport (pour préserver l'anonymat des enquêtés).

Bibliographie

AKERLOF, G., 1970, « The markets for lemons: Quality, uncertainty and the market mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, 84(3), pp.488-500.

AOKI, M., 2006, *Fondements d'une analyse institutionnelle comparée*, Paris, Albin Michel.

ARNOULD, R.J., 1972, « Pricing professional services: a case study of the legal service industry », *Southern Economic Journal*, 38(4), pp.495-507.

ARNOULD, R.J. et FRIEDLAND, T.S., 1977, « The Effect of Fee Schedules on the Legal Services Industry », *Journal of Human Resources*, 12(2), pp.258-265.

ARROW, K.J., 1974, *The limits of organization*, New-York, Norton

ATTALI, J. (sous la présidence de), 2008, *Rapport de la commission pour la libération de la croissance française*, http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000041/0000.pdf.

BATIFOULIER, P., et GADREAU, 2006, « Comportement du médecin et politique économique. Quelle rationalité pour quelle éthique ? », *Journal d'Économie Médicale*, 24(5), pp.229-240.

BECKER, G.S., 1983, « A theory of competition among pressure groups for political influence », *Quarterly Journal of Economics*, 98, pp.371-400.

BENTHAM, L., et BENTHAM, A., 1975, « Regulating through the professions: a perspective on information control », *Journal of Law and Economics,* 18, pp.421-447.

BESSIS, F., 2006, *Dynamiques des institutions entre conventions et régulations*, Thèse de doctorat de sciences économiques, Université Paris X.

BESSIS, F., 2008, « La théorie de la réflexivité limitée. Une contribution au débat sur l'action entre l'Économie des Conventions et la Théorie de la Régulation », *Cahiers d'économie politique*, n° 54, pp.27-56.

BESSIS, F., CHASERANT, C., FAVEREAU, O. et THEVENON, O., 2006, « L'identité sociale de l'homo conventionalis », in : Eymard-Duvernay, F. (ed.), *L'économie des conventions. Méthodes et résultats, tome 1, Débats*, Paris, éditions La découverte, pp.181-195.

BESSIS, F., LARQUIER, G., et LATSIS, J., 2008, « Are conventions solutions ? Contrasting visions of the relationship between convention and uncertainty », miméo.

BESSY, C., 2007, *La contractualisation de la relation de travail*, Paris, LGDJ**.**

BESSY, C. et CHATEAURAYNAUD, F., 1995, *Experts et Faussaires*, Paris, Métailié.

BESSY, C. et EYMARD-DUVERNAY, F. (eds.), 1997, *Les intermédiaires du marché du travail*, Cahiers du Centre d'Etudes de l'Emploi, n°36, Paris, PUF.

BESSY, C. et FAVEREAU, O., 2003, « Institutions et économie des conventions », *Cahiers d'économie politique*, n° 44, Printemps, pp. 119-164

BLAU, P. M., 1964, *Exchange and Power in Social Life*, New York, John Wiley

BLOY G., BIENCOURT, O., BATIFOULIER, P., BILON, B. et LIEVAUT, J., « L'inscription tarifaire des médecins et la marchandisation par les prix. Une approche empirique à partir d'une enquête spécifique » *in* Batifoulier P., Gadreau M. et Vacarie I. (eds), *La gouvernance de l'assurance maladie : l'orientation marchande et ses paradoxes*, Rapport final pour la Mire-DREES (Ministère de la Santé), ch.4, pp.135-166.

BOLTANSKI, L., 1990, *L'amour et la justice comme compétence. Trois essais de sociologie de l'action*, Paris, Métailié.

BOLTANSKI, L. et THEVENOT, L. (eds), 1989, *Justesse et Justice dans le travail*, Cahiers du Centre d'Études de l'Emploi n°33, Paris, PUF.

BOLTANSKI, L. et THEVENOT, L., 1991, *De la Justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard.

BOLTANSKI, L. et CHIAPELLO, E., 1999, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard.

BOLTON, P. et DEWATRIPONT, M, 2005, *Contract theory*, Boston, MIT press

BOSK, C., 1979, *Forgive and remember*, Chicago, Chicago University Press

CHASERANT, C., 2000, *Rationalité et gestion de l'incomplétude dans les relations contractuelles,* Thèse de doctorat, Université Paris X

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, 2005, *Rapport sur le statut de collaborateur libéral*.

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, 2007, *Faut-il renforcer l'attractivité de la profession d'avocat?*, Commission Prospective.

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX (Observatoire), 2007, *Regards sur une nouvelle génération d'avocats*, septembre.

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX (UETTWILLER, J.-J.), 2008, *Rapport sur la patrimonialité des cabinets d'avocat.*

COASE, R.H., 1960, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, 3, pp.1-44.

COMBE, E., 2005, *Economie et politique de la concurrence*, Paris, Dalloz, Coll. Précis, Sciences économiques.

COMMISSION EUROPEENNE, 2004, *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, COM(2004) 83.

COMMISSION EUROPÉENNE, 2005, *Progress by Member States in reniewing and eliminating restrictions to Competition in the area of Professional Services*, COM(2005) 405.

CONSEIL DES BARREAUX DE L'UNION EUROPEENNE, 2004, « Remarques sur l'analyse juridique de la Commission dans son rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales », http://www.ccbe.org/fileadmin/user_upload/NTCdocument/competition_legal_cr2_1183705984.pdf

CONSEIL DES BARREAUX DE L'UNION EUROPEENNE, 2005, « Commentaires du CCBE sur le suivi du rapport de la Commission sur la concurrence dans le secteur des professions libérales », http://www.ccbe.org/doc/Fr/CCBE_response_follow_up_report_fr.pdf.

CONSEIL DES BARREAUX DE L'UNION EUROPEENNE, 2006, « Soumission économique du CCBE sur le suivi du rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales », http://www.ccbe.org/fileadmin/user_upload/NTCdocument/ccbe_economic_submis2_1182239202.pdf

COPENHAGEN ECONOMICS, 2006, *The legal profession. Competition and liberalisation*, Rapport pour la *Law Society*, Danemark.

CORCUFF, P., 1994, « Le régime d'action machiavélien ou tactique-stratégique ; premier essai de modélisation », CERIEP-IEP, Lyon II.

CORCUFF, P., 1996, « Théorie de la pratique et sociologie de l'action. Anciens problèmes et nouveaux horizons à partir de Bourdieu », *Actuel Marx*, n°20, pp. 27-38.

CORCUFF, P. et SANIER, M., 2000, « Comment se prend une décision publique aujourd'hui », *Annales. Histoires, Sciences sociales*, n°4/55, pp. 845-869.

DARBY, M.R., KARNI, E., 1973, « Free competition, and the optimal amount of fraud », *Journal of Law and Economics*, 16, pp.111-26.

DAVIS, O. A., et WHINSTON, A. B., 1967, « Piecemeal policy in the theory of second best », *Review of Economic Studies,* 34, pp.323-331.

DEWATRIPONT, M., et TIROLE, J., 1999, « Advocates », *The Journal of Political Economy*, 107(1), February, pp. 1-39

DINGWALL, P.et FENN, P., 1987, « A respectable profession? Sociological and economic perpsectives on the regulation of professional services », *International Review of Law and Economics*, 7, pp.51-64.

DUBAR, C. et TRIPIER, P., *Sociologie des professions*, Collection U, 2ème édition, Paris, Armand Colin.

DWORKIN, R., 1985, *A matter of Principle*, Part II: Law as Interpretation, Cambridge, Harvard university press, pp.119-180

DWORKIN, R.,1986, *Law's Empire*, Chap.7 : Integrity in law, London, Fontana, pp.225-275

EDELMAN, L., 2003, « Law at Work : An Institutional Approach to Civil Rights », WP, Center for Advanced Studies in the Behavioral Sciences, Stanford.

ENCAOUA, D. et GUESNERIE, R., 2006, *Politiques de la concurrence*, Rapport pour le Conseil d'Analyse Economique n°60, Paris, La Documentation Française.

EYMARD-DUVERNAY, F., 1987, *Entreprises et Produits*, Cahiers du Centre d'Études de l'Emploi n°30, Paris, PUF.

EYMARD-DUVERNAY, F., 1989, « Conventions de qualité et formes de coordination », *Revue économique*, 40(2), pp.329-360.

EYMARD-DUVERNAY, F., FAVEREAU, O., ORLEAN, A., SALAIS, R. et THEVENOT, L., 2006, « Valeur, coordination et rationalité : trois thèmes mis en relation par l'économie des conventions », in : Eymard-Duvernay, F. (éd.), *L'économie des convention - méthodes et résultats,* Tome I : Débats, Paris, La découverte, collection Recherches, pp.23-44.

FAMA, E.F. et JENSEN, M.C., 1983, « Separation of ownership and control», *Journal of Law and Economics*, 26, pp.301-25.

FAVEREAU, O., 1997, « L'incomplétude n'est pas le problème, c'est la solution », in : Reynaud, B., éd., *Les limites de la rationalité : II*, Paris, La Découverte, collection Recherches, pp.219-234

FAVEREAU, O., 1997, « Des secrets et des rencontres : contributions des années 1950 à redécouvrir dans les années 2000 », *Revue économique*, 51(5), septembre, pp.1079-1094

FAVEREAU, O., 2008, « Qu'est-ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie », in : Jamin, C. éd., *Droit et économie des conntrats*, Paris, LGDJ, pp. 21-42

FAVEREAU, O., BIENCOURT, O. et EYMARD-DUVERNAY, F., 2002, « Where do markets come from ? From quality conventions! », in : Favereau, O. et Lazega, E. (eds), *Conventions and Structures in Economic Organization: Markets, Networks, and Hierarchies*, Cheltenham, Edward Elgar, pp.213-252

FAVEREAU, O. et LE GALL, J.-M., 2006, « Règles, Normes et Routines », in : Allouche, J. (dir.), *Encyclopédie des Ressources Humaines*, Paris, Vuibert, 2ème édition, pp.840-851

FREIDSON, E., 1986, *Professional powers. A study of the institutionalization of formal knowledge*, Chicago, The University of Chicago Press.

GADREY, J., 1994, « La modernisation des services professionnels. Rationalisation industrielle ou rationalisation professionnelle ? », *Revue française de sociologie*, 35, pp.163-195.

GALBRAITH, J.K., 1967, *The New Industrial State*, Boston, Houghton Mifflin Company.

GARAPON, A. et PAPADOPOULOS, I., 2003, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob

GARICANO, L., et HUBBARD, T.N., 2008, « Specialization, Firms, and Markets : The Division of Labor Within and Between Law Firms », *Journal of Law Economics and Organization*, à paraître

GAROUPA, N., 2006, « Regulation of professions in the US and Europe : A comparative analysis », Communication, American Law et Economics Association Annual Meetings, http://works.bepress.com/nunogaroupa/3.

GRAVELLE, H. et WATERSON, M., 1993, « No win, no fee: some economics of contingent legal fees », *The Economic Journal*, 103, pp.1205-1220.

GRAJZL, P., MURREL, P., 2005, « Lawyers and politicians: The impact of organized legal professions on institutional reforms », http://ssrn.com/abstract=489743

HÄGG, P.G., 1997, « Theories on the economics of regulation : a survey of the literature from a European perspective », *European Journal of Law and Economics*, 4, pp.337-70.

HALLIDAY, T., KARPIK, L. et FEELEY, M., 2007, *Fighting for political freedom,* Onati International Series in Law and Society, Portland, Hart publishing.

HARNAY, S . ET MARCIANO, S., 2003, *Posner : l'analyse économique du droit*, Paris, éditions Michalon,

HEINICH N., 1998, *Ce que l'art fait à la sociologie*, Paris, Les éditions de minuit.

HIRSCHMAN A.O., 1970, *Défection et prise de parole*, traduction française 1995, Paris, Fayard.

JAMIN, C., 2008, « La réglementation des professions juridiques et judiciaires : une légitimité fondée sur la primauté de l'économie », *Recueil Dalloz*, n° 18, pp.6-7

JEFFREY, R. C., 1974, « Preference Among Preferences », *The Journal of Philosophy*, vol. 71, n°13, pp. 377-391.

KARPIK, L., 1989, « L'économie de la qualité », *Revue française de sociologie*, 30, pp.187-210.

KARPIK, L., 1995, *Les avocats entre l'État, le public et le marché*, Paris, Gallimard.

KARPIK, L., 2007, *L'économie des singularités*, Paris, Gallimard.

KARPIK, L., 2008, « Les professions libérales sont-elles solubles dans le marché ? » in Le Bianic, T., et Vion, A. (eds), *Action publique et légitimités professionnelles*, Paris, LGDJ, pp.279-288.

KERBER, W., 2000, « Interjurisdictional competition within the European Union », *Fordham International Law Journal*, 23, pp.217-249.

KLEINER, M., GAY, R. et GREENE, K., 1982, « Barriers to Labor Migration: The Case of Occupational Licensing », *Industrial Relations,* 21(3), pp. 383-392.

KREPS, D., 1990, « Corporate Culture and Economic Theory », in : Alt, J. et Shepsle, K. (eds), *Perspectives on Positive Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, pp.90-143.

LAFFONT, J. J. et TIROLE, J., 1987, « Comparative Statics of the Optimal Dynamic Incentive Contract », *European Economic Review*, 31(4), pp.901-926.

LAFFONT, J. J. et TIROLE, J., 1993, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, The MIT Press.

LAHIRE, B., 1998, *L'homme pluriel*, Paris, Nathan.

LATOUR, B., 2002, *La fabrique du droit*, Paris, La Découverte

LAZEGA, E., 1992, *Micropolitics of knowledge*, New York, Aldine-de Gruyter

LAZEGA, E., 1994, « Les conflits d'intérêt dans les cabinets américains d'avocats d'affaires : concurrence et auto-régulation », *Sociologie du travail*, 35(3), n°35, pp.315-336.

LAZEGA, E., 1995, « Concurrence, coopération et flux de conseil dans un cabinet américain d'avocats d'affaires : Les échanges d'idées entre collègues », *Revue Suisse de Sociologie*, 1, pp.61-84.

LAZEGA, E., 1998, *Réseaux sociaux et structures relationnelles*, Paris, PUF

LAZEGA, E., 2001, *The collegial phenomenon*: the social mechanisms of cooperation among peers in a corporate law partnership, Oxford, Oxford university press.

LAZEGA, E., 2002, « Networks, distributed knowledge and economic performance: Evidence from corporate legal services », in Gadrey, J. and Gallouj, F. (eds.), *Productivity, innovation and knowledge in services*, Cheltenham, Edward Elgar.

LAZEGA, E., 2004, « Collégialité, relations d'autorité et production de biens d'apprentissage », in Delamotte, E. (ed), *Du partage au marché : regards croisés sur la circulation des savoirs*, Lille, Le Septentrion, pp.39-55

LAZEGA, E, 2005, « The theory of collegiality and its relevance for understanding professions and knowledge intensive organizations », in Klatetzki, T. und Tacke, V. (Hrsg.), *Organisation und Profession*, Wiesbaden : VS Verlag für Sozialwissenschaften, ISBN 3-531-14257-7, pp.221-251.

LELAND, H.E., 1979, « Quaks, lemons and licensing: A theory of minimum quality standards », *Journal of Political Economy*, 87, pp.1328-46.

LEVEQUE F., 2004, *Economie de la réglementation*. 2ème édition, Paris, Repères la Découverte,.

LIPSEY, R.G., 2007, « Reflections on the general theory of second best at its golden jubilee », *International Tax and Public Finance,* 14, pp.349-364.

LIPSEY, R.G., et LANCASTER, K., 1956, « The general theory of second best », *Review of Economic Studies*, 24(1), pp.11-32.

LORDON, F., 2002, *La politique du capital*, Paris, Odile Jacob.

MAKS, J.A.H. et PHILIPSEN, N.J., 2002, « An economic analysis of the regulation of professions », Communication au workshop « The Regulation of Architects », Hasselt, 26 Février.

MARSDEN, D., 1986, *The end of economic man : custom et competition in labour markets*, Brighton, Wheatsheaf

MARSDEN, D., 1999, *A theory of Employment systems*, Oxford, Oxford University Press.

MATTHEWS, R.C.O., 1991, « The economics of professional ethics: Should the professions be more like businesses? », *The Economic Journal*, 101, pp.737-750.

MEDAN, P. et WARIN, T., 2000, *Economie Industrielle- Perspectives européennes*, Paris, Dunod.

MICELI, T.J., 1994, « Do Contingent Fees Promote Excessive Litigation? », *Journal of Legal Studies*, 23, pp.211-224.

MICELI, T.J. et SEGERSON, K., 1991, « Contingent Fees for Lawyers: The Impact on Litigation and Accident Prevention », *Journal of Legal Studies,* 20, pp.381-399.

MONIAL, P.-Y., 2008, « La profession d'avocats en France et le droit communautaire des services », *Gazette du Palais*, 16-17 janvier, pp.4-10

MUIR-WATT, H., 2007, « Economie de la justice et droit international privé : une étude de politique judiciaire », in : Chassanard-Pinet, S. et Hiez, D. (eds), *Approche renouvelée de la contractualisation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, pp.75-94.

NAUD, A., 1973, *Les défendre tous*, Collection « vécu », Paris, Laffont

OCDE, 2000, « Competition in professional services », Series Roundtables in Competition Policy.

OCDE, 2007, « Competitive restrictions in legal professions », Series Roundtables in Competition Policy.

OGUS, A., 1995, « Rethinking self-regulation », *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, pp.97-108.

OGUS, A., 2000, « Self-regulation », in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (Eds), *Encyclopaedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation,* Cheltenham, Edward Elgar, pp.587-602.

ORLEAN, A., 1988, « L'auto-référence dans la théorie keynésienne de la spéculation », *Cahiers d'économie politique*, n°14-15, pp.241-272.

PASHIGIAN, B.P., 1979, « The market for lawyers: The determinants of the demand for and supply of lawyers », *The Journal of Law and Economics*, 20, pp.53-85.

PATERSON, I., FINK, M., OGUS, A. et al., 2003, « Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States. Regulation of professional services », Rapport pour la Commission européenne, DG Concurrence, Vienne, IHS.

PELZMAN, S., 1976, « Towards a more general theory of regulation », *Journal of Law and Economics*, 19, pp.211-40.

PIORE, M.J., 1974 , « Comment and discussion [of WACHTER, M.L., « Primary and secondary labor markets: a critique of the dual approach »] », *Brookings papers on economic activity*, 3, pp. 684-688

PIORE, M.J., 1983, « Labor market segmentation : to what paradigm does it belong ? », *American economic review*, 73(2), May, pp. 249-253

POSNER, R.A., 1974, « Theories of economic regulation », *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5, pp.335-58.

POSNER, R.A.., 2003, *Economic Analysis of Law*, New-York, Aspen (6ème edition).

POSTEL, N., SOBEL, R., 2006, « Quelle théorie hétérodoxe de l'acteur économique ? », *in* Eymard-Duvernay.F. (ed.), *L'économie des conventions - méthodes et résultats*, Tome I : Débats, Paris, La Découverte, Collection Recherches, pp.131-150.

QUINN, J., 1982, « Multidisciplinary services and preventive regulation », in Evans, R.M. et Trebilock, M.J (eds), *Lawyers and the Consumer Interest*, Toronto, Butterworths.

RBB ECONOMICS (2003), *Economic Impact of Regulation in the Liberal Professions. A Critique to the IHS Report*, Londres, 9 septembre.

RIBSTEIN, L.E., 2004, « Lawyers as lawmarkers: A theory of lawyer licensing », Missouri Law Review, 69, pp.299-366.

RICHEBE, N., 2002, « Les réactions des salariés à la 'logique compétence' : vers un renouveau de l'échange salarial », *Revue Française de sociologie*, janvier-mars, pp.99-126

RIZZO, J.A., ZECKHAUSER, R.J., 1992, « Advertising and the price, quantity, and quality of primary care physician services », *The Journal of Human Resources*, 27(3), pp.381-421.

RUBINFELD, D.F. et SCOTCHMER, S., 1993, « Contingent Fees for Attorneys: An Economic Analysis », *Rand Journal of Economics,* 24(3), pp.343-356.

SALANIE, B., 1994, *Théorie des contrats*, Paris, Economica, coll. Economie et statistiques avancées.

SAMUELSON, P. A., 1947, *Foundations of economic analysis,* Cambridge, Harvard University Press.

SAVAGE, L.J., 1954, *The Foundations of Statistics*, New York, Dover Publication.

SHINNICK, E., 1995, « The Market for Legal Services in Ireland », Irish Economic Association Conference.

SIMMEL, G., 1908, « Le secret et la société secrète », Chap.9 in : *Sociologie*, traduction Française, 1999, Paris, PUF, pp.347-405

SIMON, H.A., 1947, *Administrative Behavior. A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, Macmillan, New York [1976].

SOLOW, R., 1967, « The new industrial state or son of affluence », *Public Interest*, 9, 100-108.

STEFF, A, 1999, « Les contestations en matière d'honoraires d'avocats », www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/etudes_documents_93/antoine_steff_5799.html

STEPHEN, F.H., 1993, « Effects of Deregulation in Professional Service Markets: Scottish Conveyancing Markets 1984-1989 », *Strathclyde Papers in Economics*, 9.

STEPHEN, F.H., 1994, « Advertising, Consumer Search Costs and Prices in a Professional Service Market », *Applied Economics*, 26, pp.1177-88.

STEPHEN, F.H, BURNS, C., 2007, « Liberalization of Legal Services », Institute for Law, Economy and Global Governance, School of Law, University of Manchester (40 p)

STEPHEN, F.H., LOVE, J.H., 1999, « Regulation of the legal profession », in Bouckaert, B. et De Geest, G. (eds.), *Encyclopaedia of Law and Economics, Vol. III : The Regulation of Contracts,* Cheltenham, Edward Elgar, pp.987-1017.

STEPHEN, F.H., LOVE, J.H., PATERSON, A.A., 1994, « Deregulation of conveyancing markets in England and Wales », *Fiscal Studies*, 15, pp.102-18.

STIGLER, G.J., 1950, « Monopoly and oligopoly by merger », *American Economic Review*, 40, pp.23-24.

STIGLER, G.J., 1971, « The theory of economic regulation », *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, pp.3-21.

STIGLITZ, J.E., 2008, « La fin du néo-libéralisme », *Les Echos*, 21 juillet

TAJFEL, H. et TURNER J.C., 1986, « The social identity theory of intergroup behaviour », in : Worchel S. et Austin W. G. (eds), *Psychology of Intergroup Relations*, Chicago, Nelson-Hall.

TELSER, L.G., 1964, « Advertising and competition », *Journal of Political Economy*, 72(6), pp.537-562.

THEVENOT, L., 1985, « Les investissements de forme », in *Conventions économiques*, Cahiers du CEE, Paris, PUF, pp.21-71.

THEVENOT, L., 2006, *L'action au pluriel, Sociologie des régimes d'engagement*, Paris, La Découverte, collection Textes à l'appui, série « politiques et sociétés ».

TIROLE, J., 1992, *The theory of industrial organization*, 5e ed., Cambridge (Mass.), MIT Press.

TONNEAU, J.-P., 2008, « L'accès au droit et à la justice durant la décennie 1970, ou lorsque les avocats deviennent des passeurs », in Michel, H. et Willemez, L. (eds), *La justice au risque des profanes*, Paris, PUF, pp.125-144.

VAN DEN BERGH, R., 2000, « Towards an institutional legal framework for regulatory competition in Europe », *Kyklos*, 53, pp.435-466.

VAN DEN BERGH, R. et MONTAGNIE, Y., 2006, « Competition in professional services markets: are Latin notaries different? », *Journal of Competition Law and Economics*, 2(2), pp.189-214.

VAUCHEZ,A. et WILLEMEZ,L., 2002, *Contribution à la connaissance statistique de la profession d'avocat*, Rapport final de l'enquête pour le CNB.

WATERS, M., 1989, « Collegiality. bureaucratization, and professionalization. A Weberian analysis », *American Journal of Sociology, 94,* pp.945-972.

WEBER, M., 1919, *Le savant et le politique*, traduction française, 1959, Paris, Plon

WEBER, M., 1978, *Economy and society* [Version publiée par Guenther Roth et Claus Wittich], Berkeley, University of California Press [lère éd. 1920].

WHITE, H.C., 2002, *Markets from networks: socioeconomic models of production*, Princeton, Princeton University Press

WILLIAMSON, O.E.., 1985, « The organisation of work », Chap. 9 in *The economic institutions of capitalism*, New-York, The Free Press, pp.206-239

Résumé

Les règles historiques d'organisation de la profession d'avocats, dans leur logique d'ensemble (celle d'un Ordre professionnel) comme dans le détail de leur spécificité institutionnelle, ont été analysées par divers rapports d'experts pour la Commission Européenne comme autant de freins à la concurrence. Ces rapports envisageaient la suppression de tout ou partie de ces règles, avec l'objectif louable de faire baisser les prix sur le « marché des services juridiques ».

Cette étude réexamine l'argumentation scientifique à l'appui de cette recommandation.

Même en acceptant l'hypothèse implicite de ces rapports que la qualité du service rendu par les avocats ne sera pas affectée par la modification de ces règles, nous rappelons que la théorie économique la plus orthodoxe débouche en réalité sur des conclusions fort nuancées quant aux effets-prix de la suppression de ces règles – et préconise en tout état de cause une re-réglementation, plutôt qu'une dé-réglementation.

Mais il est d'autant moins défendable de raisonner à qualité constante et exogène, que le choix d'un avocat par un client, particulier ou entreprise, obéit autant ou davantage à des considérations de qualité que de prix.

Dès lors l'efficacité proprement économique de l'Ordre professionnel des avocats, saisi dans sa logique d'ensemble en tant que dispositif de de coordination, échappe pour l'essentiel à tout cadre d'analyse qui ne parviendrait pas à saisir toutes les dimensions de la qualité du service rendu par un avocat (au-delà des asymétries d'information). D'où notre appui sur les secteurs de la recherche contemporaine en sciences sociales, aptes à explorer ces questions : l'économie institutionnaliste, en particulier l'économie des conventions, et la nouvelle sociologie économique, en particulier celle qui s'appuie sur l'analyse des réseaux sociaux et sur l'économie des singularités.

D'abord, la prestation d'un avocat – sauf pour ses aspects les plus standardisés- fait partie de ces services dont la qualité n'est véritablement appréciable que par les pairs. L'organisation collégiale et le tissu de réseaux sociaux que rend possible l'Ordre professionnel ont pour effet de produire la coopération multiforme entre avocats, coopération indispensable à la construction et la consolidation de la qualité professionnelle de chacun. Une concurrence débridée ferait disparaître cette externalité positive.

Ensuite, il faut enfin faire place à cette particularité de la profession d'avocats – dont le service offert implique le droit. Il y a donc, au minimum, deux niveaux d'appréciation de la qualité du travail d'un avocat : l'un est « micro » (la défense des intérêts immédiats du client), l'autre « macro » (la contribution à la qualité de l'Etat de droit). Cette dualité de niveaux se manifeste le plus visiblement au moment de la plaidoirie, puisque deux intérêts particuliers s'affrontent, et qu'il s'agit de convaincre un Tiers, représentant l'instance sociale titulaire du « monopole de la violence légitime ». Cela n'oppose pas de façon absolue la fonction-contentieux et la fonction-conseil, puisqu'il n'y a pas de bon conseil qui ne doive anticiper l'éventualité du contentieux. Mais cela explique tout de même – et justifie - l'autorité symbolique qui s'attache aux avocats plaidants, dans l'imaginaire de la profession. Au surplus, c'est bien ici que s'introduit la « justice », comme valeur, et que l'on mesure toute la difficulté de traiter de la profession d'avocat avec des outils d'analyse économique trop réducteurs.

Dans une logique marchande pure, les deux niveaux, micro et macro, n'ont aucune raison de coïncider, parce que l'autorégulation procède d'une mécanique d'interactions aveugles. En revanche, l'existence d'un dispositif collectif de réflexivité, sous la forme, historiquement, de l'Ordre professionnel, où l'autorégulation procède d'un mécanisme délibératif et collégial, fournit la condition de possibilité de la résolution de ce problème micro/macro, et même davantage, si l'on prend en compte la diversité des types (de cabinet) d'avocats. En effet, que cette diversité puisse fonctionner au sein d'une même identité collective, sans la détruire, est le signe que le problème est géré.

[*Intermède épistémologique* : comment tester empiriquement la validité de ces explorations théoriques ? Notre insistance sur l'interprétation par les avocats de leurs relations professionnelles, et surtout sur la réflexivité collective que permet l'Ordre, nous éloigne, dans un premier temps, de tout matériau statistique, évidemment inapproprié pour saisir de tels objets. En revanche, le test naturel préliminaire de notre grille d'analyse composite consiste logiquement à vérifier si notre lecture du métier d'avocat se retrouve si peu que ce soit dans les propos que tiennent les avocats, quand on les met en situation de s'interroger sur leur métier. C'est pourquoi nous avons procédé à près d'une trentaine d'entretiens semi-directifs approfondis, et aussi divers que possible. Cette démarche est à vrai dire classique, sous le label « compréhension », qui diffère de l'« explication causale », privilégiée pour les phénomènes naturels et/ou les variables quantitatives.]

Précisément, nous avons construit, sur la base de ces diverses dimensions de la qualité et de leur évocation dans les entretiens, une typologie des (cabinets d') avocats, d'où ressortent au moins quatre conventions de qualité : marchande, civique, inspirée, domestique. Cette diversité, qu'une logique marchande pure risquerait de déstabiliser de façon irréversible, est une chance pour la profession, et un symbole fort pour une démocratie, soumise aux tensions constitutives des économies de marché actuelles.

Le problème « micro/macro » doit être complété par le problème « intertemporel » que constitue la promotion régulière, en longue période, d'un nombre suffisant de « collaborateurs » en « associés » (ou propriétaires de leur cabinet). La formulation abstraite de ce problème stipule qu'il relève de la catégorie « marchés professionnels », dont l'économie du travail institutionnaliste a montré l'extrême fragilité face à une logique concurrentielle débridée. En plongeant cette analyse dans le cadre de notre typologie à quatre conventions de qualité, nous montrons qu'une concurrence non encadrée risque de faire la part belle à la convention « marchande » et d'instaurer (ou de consacrer) un dualisme entre quelques grandes firmes, et un grand nombre de très petites structures. Là encore, seule une organisation collective, fondée sur une forte identité professionnelle d'avocat, au-delà du clivage collaborateurs/associés (ou indépendants), serait de nature à affronter le problème.

Notre étude conclut donc que le modèle de l'Ordre est nettement supérieur au modèle du Marché, en ce qui concerne la gestion de la qualité, puisque le premier dispose de ressources de coordination - face au problème « micro/macro » et au problème « intertemporel » - qui sont inaccessibles au second. Et nous avons vu qu'en ce qui concerne les prix, la comparaison entre les deux modèles ne propose aucune conclusion tranchée : tout dépend du contexte empirique.

En revanche, notre étude ne dit évidemment pas que les ressources supérieures de coordination dont dispose le modèle de l'Ordre sont nécessairement utilisées au maximum de leurs potentialités. Un rapide examen des sept types de règles, caractéristiques de la profession d'avocat, et critiquées par les rapports pour la Commission Européenne, montre que d'une part, ces règles contribuent effectivement à la solution des deux problèmes de coordination (micro/macro et intertemporel), et en ce sens confirment la supériorité du modèle de l'Ordre, contrairement à un certain discours fondamentaliste sur le Marché ; et que d'autre part, dans leur spécification actuelle et concrète, elles pourraient sans doute être améliorées du point de vue de leur capacité de mobilisation des ressources de coordination propres à un Ordre professionnel. Quelques pistes sont suggérées, notamment le perfectionnement des dispositifs de jugement, pour les clients.

Si l'on se souvient que l'Ordre actuel des avocats est le résultat d'une très longue histoire, il nous semble qu'un peu de réflexion sur cette donnée de base (qu'un certain usage de l'économie tend fâcheusement à négliger) permet d'apposer le sceau final du bon sens sur ce que dit notre grille de lecture hautement théorique – et sur ce qu'elle ne dit pas.

OBJET DE L'ÉTUDE

Les conséquences économiques d'une libéralisation du marché des services juridiques seraient-elles bénéfiques pour le « consommateur » ? On appellera « libéralisation » la suppression ou l'affaiblissement des règles traditionnelles qui organisent la profession d'avocat (existence d'un Ordre, avec un pouvoir reconnu d'auto-régulation, le monopole de la représentation en justice et de la plaidoirie, un code déontologique, etc…), toutes règles suspectées de limiter artificiellement la concurrence entre avocats.

RÉSULTATS DE L'ÉTUDE

1. Si l'on suit rigoureusement les enseignements de la théorie économique standard, il n'est aucunement certain que la suppression de ces règles fasse baisser les **prix**, en postulant que cette suppression n'affecte pas la **qualité** des prestations d'avocat.
2. En endogénéisant la **qualité**, grâce aux apports non standard de l'économie institutionnaliste et de la nouvelle sociologie économique, on montre que cette suppression comporte un risque élevé de chute de la **qualité**.
3. Le modèle du Marché est-il plus efficient que le modèle de l'Ordre, quand sont pris en compte les problèmes complexes de **qualité** posés par l'exercice du métier d'avocat ? Cette question nous semble donc tranchée, en faveur de l'Ordre.
4. L'Ordre, avec ses règles actuelles, exploite-t-il au mieux cette supériorité de principe ? Cette question-là est ouverte.