

Le métier d'avocat en transition. Réflexions autour des tables rondes

par Philip Milburn

Philip Milburn, Professeur de sociologie, université Rennes 2.

L'article s'emploie à extraire les éléments essentiels des propos et propositions des avocats qui s'expriment dans les tables rondes. Il remet ainsi en perspective les différentes dimensions des enjeux qui ressortent dans le contexte de l'évolution actuelle de la profession. Le développement d'une approche collaborative des réponses apportées aux affaires notamment contentieuses dans différents domaines juridiques interroge directement les pratiques et les références du métier d'avocat en France, et de sa culture qui fonctionne comme un sens commun de l'activité qui peut être appelé à changer pour faire pièce aux menaces qui planent au-dessus de la profession.

This item endeavours to point out the core elements stemming from the exchanges between lawyers gathered here by the review. It thus sets in perspective the various dimensions and issues arising in the current context of the evolution of the profession. The growing interest for alternative dispute resolution (ADR) in litigation for various legal domains questions common practices and references of the common craft and culture of the French legal profession in its basic activity, which could need to change as a way to ward off threats which it is facing.

Les tables rondes qui ont réuni quelques avocats dans le cadre de ce numéro des *Cahiers de la justice* offrent un aperçu d'un certain nombre d'innovations dans les pratiques de ces professionnels et le contexte dans lequel celles-ci surviennent. Elles témoignent sans doute des linéaments d'une transition que la profession est en train d'opérer, au-delà de son statut juridique ou économique, mais quant à la nature profonde des pratiques et des principes qui les sous-

tendent. Ces transformations sont à relier avec les manifestations de crise de la profession française d'avocat, qui se sont notamment traduites par une grève des barreaux début 2020 puis par le déficit d'activités lié aux effets de la pandémie du coronavirus durant cette même année. Cette crise reflète sans doute les effets indirects d'une croissance démographique supérieure à ce que le marché du droit et de la défense permet d'absorber. Dans un article précédent paru dans cette revue, nous avons déjà pointé

les effets potentiels du développement des outils numériques vis-à-vis de l'activité de la profession¹. Les réflexions apportées par les avocats réunis pour ce dossier confortent ces considérations, en donnant notamment un contenu précis à la nécessité de renforcer la dimension humaine et relationnelle de la pratique professionnelle face à ces enjeux de modernisation des instruments de conseil juridique.

Les enjeux d'une mutation de l'activité juridique et judiciaire

Le métier d'avocat est en effet confronté à un double enjeu, celui de l'émergence d'une technologisation numérique de l'accès au droit et celui d'une rationalisation gestionnaire de l'activité judiciaire. Sur le premier point, l'un des avocats qui s'expriment évoque la question de l'« ubérisation » de la profession, sans déclinier les éléments que cela recouvre. Ce n'est probablement pas le statut économique qui est visé ici, la profession d'avocat étant libérale par définition et la rétrocession d'honoraires commune. Cela vise davantage la sous-traitance de certaines tâches, y compris par des instruments numériques, qui comporte différentes dimensions telles que la recherche de jurisprudence adaptée par des algorithmes, la mise à disposition d'actes juridiques en

ligne ou même le règlement de conflits par des dispositifs d'arbitrage automatisés². Si ces dispositifs n'atteignent pas un niveau de généralisation important en France à cette date, ils viennent néanmoins bouleverser le rapport que les avocats peuvent avoir avec certains clients, notamment des personnes morales qui disposent de techniciens du droit parmi leurs collaborateurs (entreprises, syndicats, assurances, etc.). Le marché du conseil juridique n'est sans doute pas encore fortement impacté par ce phénomène, mais cette menace commence à planer et elle interroge l'avenir du métier d'avocat. En effet, celui-ci s'appuie principalement sur l'expertise juridique, c'est-à-dire la connaissance et la mobilisation appropriée du droit et de la jurisprudence, qui constitue à la fois dans l'imaginaire professionnel et dans la conception du public le « cœur de métier » des avocats, autrement dit la compétence élémentaire et essentielle qu'ils ou elles sont amenés à mettre au service de leurs clients. L'avocat se doit d'être un bon juriste avant d'être un bon conseiller ou un bon défenseur. Ce n'est pas le lieu de débattre de cette axiomatique, mais simplement de considérer qu'elle a des conséquences sur les pratiques et qu'elle est contestée par l'ouverture du marché de l'accès au droit, quoi qu'on en pense.

Un second aspect concerne la rationalisation tendancielle de l'activité judiciaire dans de multiples juridictions³. Particulièrement

1. P. Milburn, L'avocat et l'algorithme, *les Cahiers de la justice*, # 2019/3, p. 499-510.

2. Pour davantage de détails sur cette question, cf. R. Susskind,

The End of Lawyers ? Rethinking the Nature of Legal Services. Oxford. Oxford University Press, 2010.

3. Cf. J. Commalle, *A quoi sert le droit ?*, Paris, Folio, 2015.

visible en matière pénale, où les parquets ont su développer des méthodes de gestion des flux et des stocks de contentieux, en combinant instruments de procédure et organisation du travail, elle tend à se développer dans de multiples domaines du droit, notamment avec l'élaboration de barèmes, comme en matière de droit du travail ou de la famille. À cela s'ajoute la question de la gestion des délais, dont les avocats et leurs clients sont tributaires et sur laquelle ils n'ont aucune maîtrise. Certains intervenants pointent le développement des outils de visioconférence pour l'audiencement des justiciables, notamment en matière pénale, mettant l'avocat en porte-à-faux entre la nécessaire proximité de son client et la non moins indispensable présence auprès du magistrat. Il ressort d'après l'un des professionnels s'exprimant, une distance accrue entre magistrats et avocats qui ne permet pas d'évoquer les dossiers dans une informalité de bon aloi.

Le nouveau tribunal construit à Paris aux Batignolles et récemment inauguré présente d'une certaine manière une structure architecturale emblématique d'une telle rationalisation du fonctionnement judiciaire, notamment dans ces logiques de circulation, que ce soit dans les espaces communs, dans les salles d'audience mais surtout dans l'accès aux espaces de travail des magistrats, strictement régulé et contrôlé par voie électronique, qui offre ainsi un modèle de rationalisation parfait combinant traitement des dossiers, organisation du travail et circulation des personnes. Une telle inscription dans

l'espace de la rationalisation gestionnaire et numérique du fonctionnement de la justice constitue un reflet de l'ensemble des enjeux auxquels les avocats sont confrontés en la matière, réduisant d'autant leur relation avec l'institution judiciaire et appelant à réévaluer et repenser leurs pratiques dans le traitement du contentieux.

Un modèle collaboratif pour dépasser la culture du contentieux ?

Les échanges qui ont alimenté ces tables rondes, quels que soient les domaines du droit concernés, convergent vers la préconisation d'un « modèle collaboratif » dont l'objectif consiste principalement à éviter de porter le contentieux devant la justice et à favoriser un règlement à l'amiable du différend. Cet objectif correspond à plusieurs types de pratiques et de dénominations, tels que « modes alternatifs de règlement des litiges » (MARL), médiation, conciliation, parcours collaboratif... Quoi qu'il en soit, il s'agit donc d'éviter le contentieux et de rapprocher les parties afin qu'elles trouvent une issue favorable qui soit la moins coûteuse en temps, en argent et en énergie. Il existe de longue date une littérature assez abondante sur la question des MARL, de leurs objectifs et de leurs techniques ainsi que des avantages qu'ils constituent pour les différents protagonistes⁴. Dans les pays anglo-américains,

4. P. Chevalier, Y. Desdevises, P. Milburn (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les nouvelles voies d'une*

autre justice, La Documentation Française, 2003.

où les pratiques de négociation sont plus couramment présentes dans la culture des juristes (*lawyers*), les avocats se sont emparés de la fonction de médiation depuis plus de 30 ans, l'offrant comme un service alternatif ou préalable à la défense dans un contentieux judiciaire. Si les avocats français découvrent tardivement cette fonction, qu'ils laissent volontiers aux différents types de médiateurs tout en émettant de fortes réserves sur leur action, c'est que la notion de négociation leur est étrangère, n'étant guère formés en la matière où le droit n'apparaît pas avoir une place centrale.

Quelle que soit la nature des parties en conflit – et par conséquent des clients des avocats – ou les domaines du droit concernés, les logiques et les pratiques induites en vue d'arriver à un accord satisfaisant pour ces parties sont relativement communes. Elle suppose en premier lieu une écoute approfondie des demandes du client, sur laquelle insistent des avocats qui s'expriment ici.

« Cela suppose que l'avocat efface provisoirement le recours à son savoir expert (le droit) pour faire en sorte de mettre en relief le savoir concret et technique qu'a le client sur sa propre affaire, souvent enfoui sous une couche d'émotions (déception, agacement, colère, désir de revanche, peur, etc.). »

L'idée d'approfondissement renvoie à la prise en compte non seulement des termes précis et techniques du litige qui anime le client, mais surtout de la dimension personnelle, voire émotionnelle, qu'il ou elle place dans l'affaire qui l'occupe. En effet, cette dimension est parfois prépondérante dans

la constitution du litige et constitue la clé de son issue. Une fois tous ces aspects mis à plat, il devient possible de proposer un échange avec la partie adverse et de tenter de trouver une solution amiable, c'est-à-dire moins coûteuse à tous points de vue. Dès lors que le client en accepte l'augure, l'avocat ne lui propose pas des solutions issues des cadres juridiques, mais lui laisse l'initiative de trouver les moyens pertinents pour lui susceptibles de satisfaire également la partie adverse.

« *Écouter, c'est donc dénouer pour dévoiler les vrais enjeux. Construire ensuite les éléments de la négociation. La construire en prenant pour socle les besoins et les valeurs du client. Ce n'est pas l'avocat qui définit : il accompagne son client qui doit y travailler et découvrir* ». Cette formulation d'un avocat du travail résume l'ensemble du processus : celui d'une *maïeutique* où l'intervention professionnelle consiste à faire émerger chez le client les conditions de possibilité pour trouver une issue favorable à son problème au lieu de lui apporter des solutions clés en main. Cela suppose que l'avocat efface provisoirement le recours à son savoir expert (le droit) pour faire en sorte de mettre en relief le savoir concret et technique qu'a le client sur sa propre affaire, souvent enfoui sous une couche d'émotions (déception, agacement, colère, désir de revanche, peur, etc.). La relation avec le client s'en voit considérablement bouleversée, dans la mesure où celui-ci attend a priori la délivrance d'un service – le plus souvent obtenir gain de cause devant le tribunal

en faisant valoir *son* droit, sinon *le* droit –, or ici l'avocat lui renvoie l'initiative et l'élaboration des termes d'un accord qui pourra satisfaire sa demande et où le droit constitue un contexte de possibilité et non plus un outil de résolution.

Une autre dimension considérablement remise en cause par rapport aux références habituelles du métier d'avocat : celle de la relation entre confrères ou consœurs. En effet, l'adoption d'une méthode de résolution amiable du litige suppose que les deux parties en admettent le principe. Dès lors, les avocats de chacune d'entre elles se doivent d'avoir une action parallèle vis-à-vis de leur client, et par conséquent s'entendre en amont sur l'objectif à atteindre est la démarche à suivre. La relation entre professionnels prend dès lors une dimension « collaborative » et non plus celle d'adversaires en puissance, avec la dose de méfiance mutuelle que cela implique dans l'intérêt de son client en situation contentieuse. C'est dans cette perspective que, dans les propos des avocats qui s'expriment ici, les notions de transparence et de confidentialité supposent une grille de lecture sensiblement différente de celle qui s'applique dès lors que le litige prend une dimension judiciaire. En effet, la nature même de la relation connaît une transformation majeure, passant de la confrontation à la négociation. Dans ce dernier cas, il ne s'agit pas tant d'aiguillonner l'intérêt de son client face à la partie adverse que de fixer le contexte dans lequel celui-ci peut se construire dans l'échange avec elle et d'en préserver les contours.

La matière pénale présente bien entendu une particularité, la partie adverse étant représentée par le ministère public : la logique de la contractualité n'y fait guère de sens. Ce n'est pas pour autant que la logique de négociation en est tout à fait absente.

« La matière pénale présente bien entendu une particularité, la partie adverse étant représentée par le ministère public : la logique de la contractualité n'y fait guère de sens. Ce n'est pas pour autant que la logique de négociation en est tout à fait absente. »

La composition pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) constituent un laboratoire intéressant à cet égard. Largement inspirées des procédures prévalant en matière de *Common Law*, le fameux *Plea Bargaining*, elles n'en ont guère retenu la dimension de négociation qui est pourtant bien présente dans l'intitulé anglais (*to bargain* = négocier). Il est vrai que la partie adverse est représentée en France par les procureurs qui sont des magistrats garants de l'ordre public et non des avocats défenseurs des intérêts du « peuple » (*the people*) ou de la « Couronne ». Aussi les procureurs français, drapés dans leur posture régaliennne, se sont-ils refusés à s'inscrire dans une pratique d'une quelconque négociation de la peine avec le prévenu ou son défenseur, se référant plutôt à un barème fixé de manière plus ou moins explicite avec les juges chargés de la validation de la procédure.

Si cette approche a largement prévalu jusqu'à présent, sans doute est-ce parce que les avocats n'ont pas élaboré de stratégie

collective pour imposer une logique de négociation à des procureurs pour qui c'est une pratique parfaitement étrangère, à l'opposé de leurs homologues anglo-américains. Cependant, la CRPC connaissant actuellement une expansion sensible, à la fois par le spectre de délits éligibles, par la fréquence de recours à cette procédure et par l'attribution de peines fermes, elle prend sans doute une dimension nouvelle où la négociation est susceptible d'acquiescer une certaine place, et où l'avocat peut jouer un véritable rôle de conseil envers son client et d'interlocuteur du ministère public. « *La CRPC, extrêmement débattue dans la profession, pourrait représenter autre chose* » considère ainsi une avocate pénaliste interrogée, au point d'estimer une CRPC criminelle comme une option envisageable à condition qu'accusation et défense disposent des mêmes ressources.

Une culture professionnelle à revisiter ?

Loin d'être totalement nouvelle ni généralisée, la pratique de la négociation comme réduction du contentieux constitue pourtant un indicateur très significatif d'évolutions en gestation dans la profession d'avocat, révélant ainsi ce qui constitue le fondement relativement impensé de ce que nous appellerons le *métier* d'avocat, c'est-à-dire le socle de valeurs et de pratiques qui vont de soi pour la plupart des praticiens, sans que cela soit nécessairement inhérent à leur statut, à leur mission et à leurs prérogatives tels

qu'ils sont fixés par la norme. Autrement dit, il s'agit ici d'adopter une perspective ethnologique qui permet d'observer ce qui relève d'une *culture* propre au métier, en deçà des caractéristiques du collectif « professionnel » (titre d'avocat, expertise juridique, déontologie, monopole du conseil et de la défense, etc.) dont les avocats se prévalent régulièrement pour justifier leur activité et leurs interventions. C'est cette dimension sous-jacente et culturelle, et non les statuts de la profession, qui semble revisitée par les orientations pratiques rapportées par les avocats qui s'expriment au cours de ces tables rondes.

Le rapport au client s'appuie, dans l'approche classique, sur une volonté de défendre les intérêts du client sur la base de la seule expertise juridique ou de l'intervention judiciaire. Ce modèle apparaît comme une garantie de la valeur de la compétence de l'avocat et du renforcement de la relation de confiance avec son client. Dans l'approche alternative telle qu'évoquée par les avocats interrogés, la confiance se construit sur un autre mode qui va au-delà de l'offre de services et s'appuie sur la coopération dans l'élaboration des réponses aux problèmes. Un des avocats d'affaires exprime l'ensemble des dimensions de ce processus : « *L'avocat gagne énormément en respect à l'égard de son client car il est vu comme un facilitateur, un accompagnateur, un conseiller à l'italienne de stratégie. C'est satisfaisant et ça nous permet de sortir d'une certaine logique que l'on rencontre dans une partie de notre pratique qui est celle de la marchandisation du droit. On sort de la*

logique d'achat, de volume et de prix. Je pense que lorsqu'on a cette expérience de la résolution du litige dans un cadre alternatif, ça permet au client de comprendre que derrière le prix, il y a autre chose dans l'accompagnement de l'avocat : c'est une question de confiance, de compétence et ça ressort dans le cadre de l'amiable, on l'aide à retrouver autre chose et c'est très riche ». Dans cette perspective, les logiques de respect, de confiance et de compétences viennent ainsi se combiner pour consolider le lien avec le client, y compris lorsque celui-ci représente une personne morale. Si l'on en croit ce propos, cela contribuerait à sortir le métier d'avocat d'une logique marchande dans laquelle il tend à s'installer, et lui restituer un surcroît de valeur symbolique.

À cet égard, la prise en compte de la dimension émotionnelle de l'implication du client dans son affaire est essentielle. Le plus souvent neutralisée dans la relation, tantôt niée au profit des aspects strictement juridiques, tantôt renvoyée vers un tiers (psychologue, médiateur, conseiller conjugal, etc.) ou à des périodes d'apaisement personnel du client. Prendre en considération ses émotions pour les dépasser et élaborer une stratégie avec le client sur la base des éléments constitutifs du dossier représente une conception sensiblement différente de la compétence de l'avocat, passant d'une dimension de conseil juridique vers un rôle de « partenariat » du client (selon les mots d'une d'entre eux) dans la définition de son problème, avant même d'en envisager les aspects juridiques.

Néanmoins, dans une telle approche, le droit n'est pas absent. Il constitue non plus un cadre d'action imposé mais une ressource que l'on mobilise en fonction du besoin, pour délimiter le champ de pertinence d'un accord et pour lui conférer leur force institutionnelle. Ainsi, si la connaissance et l'analyse juridiques sont des éléments indispensables à l'exercice du métier, elles ne constituent pas la substance de l'intervention professionnelle ou le cœur de l'expertise. Deux conceptions majeures et complémentaires de la fonction du droit, bien mises en exergue par J. Commaille se confrontent ainsi dans l'activité des avocats⁵. La première, celle d'un droit positif et régalien, seule source de légitimité, qui prime sur toute autre considération, est fortement ancrée dans la tradition et la culture des avocats comme de la plupart des acteurs juridiques et judiciaires en France (y compris les fonctionnaires administratifs et les élus politiques). La seconde est plus couramment présente chez leurs homologues des pays anglophones, où le pragmatisme juridique tend à prévaloir. L'approche jurisprudentielle de la norme, qui s'élabore sur la base des faits sociaux, constitue le terrain favorable à cette culture du droit comme outil et comme ressource là où la codification descendante par un législateur souverain et politiquement légitime inspire principalement la culture juridique et judiciaire française, y compris dans la préparation de contrats ou de statuts. Ainsi, c'est une approche du droit comme ressource et non

5. J. Commaille, *A quoi sert le droit ?*, Paris, Folio, 2015.

comme contrainte qui permet de s'appuyer sur les initiatives des clients et de faire preuve d'une certaine innovation dans la production d'actes et dans la résolution de contentieux. Le cadre juridique vient alors en définir les possibilités et les limites à l'élaboration.

« Ainsi, c'est une approche du droit comme ressource et non comme contrainte qui permet de s'appuyer sur les initiatives des clients et de faire preuve d'une certaine innovation dans la production d'actes et dans la résolution de contentieux. »

Autre aspect d'évolution des principes culturels sous-jacents : la tension entre transparence et confidentialité qui est au cœur des relations qu'ont les avocats avec leur environnement dans leurs pratiques. Le principe déontologique du « secret professionnel » est vécu comme véritable totem de la profession, qui assurerait une garantie de confiance de la part de leurs clients. Or, de leur propre déclaration au cours des tables rondes, l'approche alternative en termes de processus collaboratif déplace cet enjeu. Si la confidentialité n'est pas remise en cause, elle cesse d'être sacralisée sans pour autant laisser la place à une pure transparence. La négociation appelle une pratique de gestion de l'information pertinente, qui permet, avec l'accord du client, d'échanger des éléments dans une dynamique de la confiance mutuelle et de loyauté.

* * *

Car en définitive, l'ensemble de ces valeurs et de ces pratiques, si l'on en croit les déclarations des praticiens qui s'expriment pour les *Cahiers*, seraient subsumées par un élément essentiel : une culture de la conflictualité. Plusieurs passages évoquent ainsi une conception de « *l'avocat mercenaire* » prêt à défendre l'intérêt de son client devant la justice dans une conception plutôt contentieuse de sa mission, où le conseil juridique est orienté dans cette perspective, même si le conflit reste potentiel. À cette conception d'une intervention sur fond de *procès* de justice se greffe une autre : celle qui repose sur une logique d'un « *processus* » (collaboratif) animé par un idéal d'une solution la plus juste (et pas nécessairement judiciaire) : il s'agirait « de *bâtir des accords mutuellement acceptés car librement négociés, accords répondant aux besoins des deux parties, sans les négliger ou les contredire, accords de ce fait pérennes et donc inscrits dans un ordre social apaisé* » mais également « *conformes à toutes les ressources du droit, soumis au principe de la justice commutative, exempts de vices du consentement, et conclus de bonne foi, en toute transparence* ».

Une telle conception peut paraître irénique et limitée dans sa portée aux quelques situations où les clients sont prêts à un tel processus collaboratif. Elle peut pourtant constituer un véritable

changement de paradigme si on ne se limite pas à la mise en œuvre des MARL mais si les principes culturels et les compétences techniques alternatifs du métier qui viennent d'être examinés s'appliquent en toute circonstance (y compris dans la préparation d'un procès d'assises par exemple). Une telle évolution, qui décentre la compétence de l'avocat de la seule maîtrise du droit, vers celle de la gestion relationnelle, serait sans

doute le meilleur antidote à « l'ubérisation » des professions du droit et aux effets d'une

« À cette conception d'une intervention sur fond de procès de justice se greffe une autre : celle qui repose sur une logique d'un « processus » (collaboratif) animé par un idéal d'une solution la plus juste (et pas nécessairement judiciaire). »

offre numérique des services juridiques et judiciaires.