



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MÉMOIRES

**Master 2 Usages sociaux du droit et communication
juridique
Dirigé par le Pr. Cécile Pérès
2014**

***Les avocats-lobbyistes
Emergence, légitimité et incertitudes***

Par Coraline Schornstein

**Sous la direction de M. Antoine Vauchez, directeur de recherches
au CNRS**

Toute reproduction du présent document, par quelque procédé que ce soit, ne peut être réalisée qu'avec l'autorisation de l'auteur et de l'autorité académique de l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Cet écrit n'engage que la responsabilité de son auteur.

Résumé :

Les avocats-lobbyistes restent une profession méconnue en France. Alors qu'ils sont nombreux dans les pays anglo-saxons et à Bruxelles dans le cadre de l'Union Européenne, rares sont les avocats qui se disent lobbyistes en France. Une toute récente association d'avocats-lobbyistes (AAL), fondée par les plus grands cabinets parisiens, a été créée en mai 2011 et réunit une vingtaine d'avocats français pratiquant ouvertement et officiellement le lobbying.

Au fil des recherches et des enquêtes de terrains, il est apparu deux constats : d'abord, la pratique du lobbying par les avocats est intrinsèquement liée au développement du droit des affaires et de la logique du marché au sein de la profession, laquelle est en plein débat sur son avenir incertain : la figure de l'avocat-lobbyiste reste attachée au droit des affaires, se distinguant ainsi de la figure de l'avocat-engagé, du *cause lawyering* (I). Enfin, c'est dans cette perspective de débats au sein de la profession qu'on analysera la place et la légitimité de cette nouvelle pratique chez les avocats : en s'ouvrant au lobbying, les avocats, cherchant à moderniser la profession, s'éloignent de leurs missions essentielles que sont le conseil et le contentieux, participant à renforcer l'écart croissant entre avocats traditionnels et avocats d'affaires (II).

Mots-clés : avocat - lobbying — droit des affaires – droit public de l'économie – déontologie – secret professionnel – conflits d'intérêts – indépendance – avocats traditionnels – avocats des affaires - association des avocats-lobbyistes – politique – juriste d'entreprise

Sommaire

Introduction.....	p. 6
1 ^{ère} partie : l'émergence de la pratique du lobbying au sein de la profession des avocats.....	p. 8
A. Une mutation du marché propice à l'émergence du lobbying au sein de la profession des avocats.....	p. 8
1. Le phénomène de libéralisation des activités économiques, un facteur d'élargissement du champ d'activités des avocats.....	p. 8
• <u>Les trois facteurs de mutation du marché</u>	p.11
• <u>L'ouverture des avocats à la logique du marché et leur orientation vers les activités juridiques : les prémisses du lobbying</u>	p.13
2. Mutations du rôle et de la pratique de l'Etat.....	p. 15
• <u>De l'Etat-providence à l'Etat d'entremise</u>	p. 15
• <u>Développement des « affaires publiques » : une collaboration nouvelle entre l'Etat et acteurs privés dans le secteur économique</u>	p. 17
B. La défense du lobbying pratiqué par les avocats.....	p. 19
1. Impulsion de l'Union Européenne.....	p. 19
• <u>La promotion du lobbying par l'UE</u>	p. 19
• <u>Impact, relativement faible, pour les avocats français ?</u>	p. 21
2. Impulsion du haut barreau d'affaire parisien.....	p. 22
• <u>Enjeux théoriques</u>	p. 22
• <u>Profil socio-professionnel des avocats-lobbyistes</u>	p. 24
• <u>Soutien des organes représentatifs de la profession</u>	p. 26

C. Le droit des affaires et le lobbying : ses conséquences sur le corps professionnel des avocats.....	p. 27
1. Frontières floues entre activité économique et activité juridique.....	p. 27
2. Redéfinition de la déontologie de l'avocat.....	p. 29
• Le conflit d'intérêts.....	p. 32

Deuxième partie : Définition et place actuelles du lobbying au sein de la profession des avocats.....	p. 37
---	-------

A. La quête de légitimité des avocats-lobbyistes : la définition donnée par l'Association des avocats-lobbyistes (AAL).....	p. 37
---	-------

1. Le lobbying, une nouvelle technique juridique.....	p. 38
• <u>Première position de l'AAL : le lobbying, une méthode juridique à finalité économique</u>	p. 38
• <u>Deuxième position de l'AAL : le lobbying, une nouvelle arme dans l'arsenal de l'avocat</u>	p. 43
2. La déontologie, gage de transparence mis en avant.....	p. 44
• <u>L'indépendance</u>	p. 44
• <u>Le conflit d'intérêts</u>	p. 45
3. Les avocats-lobbyistes « apolitiques » ?.....	p. 47
• <u>Distinction avec l'avocat-député</u>	p. 48
• <u>Quelques marques politiques</u>	p. 49

B. Enjeux juridiques et sociologiques autour de la définition du lobbying.....	p. 50
1. 1 ^{ère} approche : le lobbying, un conseil juridique ?.....	p. 51
• <u>Summa divisio des activités de l'avocat</u>	p. 51
• <u>Caractéristiques communes entre le conseil et le lobbying</u>	p. 52
2. 2 ^{ème} approche : des rapports entre lobbying et contentieux.....	p. 54

3. Conciliation entre les deux approches : le lobbying, un conseil « moderne »...	p. 57
C. Les limites de la définition de l'avocat-lobbyiste.....	p. 58
1. La définition du lobbying : un inventaire à la Prévert ?.....	p. 59
• <u>Entreprises/ONG/Association : même lobbying ?</u>	p. 59
• <u>Les contours flous de la définition donnée par les avocats-lobbyistes</u>	p. 60
2. Hostilité envers la figure de l'avocat-lobbyiste au sein de la profession ?.....	p. 61
• <u>Une grande partie de la profession en faveur de l'avocat-lobbyiste</u>	p. 61
• <u>La critique de l'avocat-lobbyiste caché par celle du juriste d'entreprise</u>	p. 62
3. Prospectives.....	p. 63
• <u>Un pas de plus vers les juristes d'entreprise ?</u>	p. 64
• <u>Les avocats-lobbyistes : un petit groupe ?</u>	p. 65
• <u>Avenir de la pratique du lobbying au sein de la profession des avocats</u>	p. 65
Conclusion.....	p. 67
Annexes.....	p.68
Bibliographie.....	p.83

Introduction

« *L'avocat n'oubliera pas, qu'homme du judiciaire ou du juridique, il incarne un contre-pouvoir dans la société civilisée et libérale à laquelle il appartient. Investi, à l'intérieur de cette société, d'un prophétisme propre qui lui a été confié par la tradition et l'histoire, il lui appartient de dénoncer les mauvais fonctionnements de la justice et de la société* »¹. Les avocats pratiquant le lobbying se targuent d'être des défenseurs de la démocratie, de participer au dialogue social, d'éclairer les décideurs publics, éloignés de la vie pratique de leurs clients, faisant ainsi figure de pont entre monde privé et monde public, entre intérêts privés et intérêt général, mettant en exergue les dysfonctionnements de la société.

Aujourd'hui, les décideurs publics sont quémandeurs de lobbying. Alors que la notion peut être encore connotée négativement en France², associée au trafic d'influence, à la corruption, ou du moins, à la défense des intérêts privés au détriment de celle de l'intérêt général – abstrait, général, rousseauiste -, le Parlement français se dote de règles pour mettre en place des registres de transparence afin que les lobbyistes s'y inscrivent pour que ces derniers suivent un certain code de conduite.

Cette notion de « *transparence* » fait d'ailleurs écho à une nouvelle conception de la démocratie : celle de la « *démocratie d'experts* ». La loi n'a de légitimité que si elle est le fruit d'une expertise – l'expert pouvant être l'universitaire, l'intellectuel mais aussi le praticien, le professionnel. Etudes d'impact, consultations, concertations, « *grenelles* », « *états généraux* », conférences, etc. se sont multipliés, accentuant le recours aux experts ou aux groupes d'intérêts pour légitimer la loi, qui a perdu sa force sacrale³.

Parallèlement, un phénomène de « *juridicisation* » de la sphère politique⁴ s'observe : le droit prend de plus en plus de place dans notre société, et le poids de la norme est de plus en plus important, lourd pour certains acteurs, notamment pour les entreprises (principe de précaution, principe de conformité, etc.).

¹ ADER H., DAMIEN A., *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz Action, Paris, Quatorzième Edition, 2013

² A l'image de cet article récent, faisant référence au dernier rapport de *Transparency international* : <http://www.rfi.fr/europe/20150417-lobbying-union-europeenne-transparency-international-lutte-corruption>

³ MEKKI, M., « La lutte contre les conflits d'intérêts : essor de la transparence ou règne de la méfiance ? », *Pouvoirs*, n°147, Nov. 2013, p. 18

⁴ COMMAILLE J., DUMOULIN L., ROBERT C., *La juridicisation du politique*, Lextenso, Paris, 2010.

Au regard de ces observations, le lobbying trouve donc dans la société et dans la politique françaises, de plus en plus, sa place. Aujourd'hui, on entend même l'idée que tout le monde fait du lobbying : les syndicats par la défense des intérêts des salariés qu'ils représentent – en organisant des manifestations –, les associations qui défendent leur vision – pensons à l'association LGBT lors du vote de la loi ouvrant le mariage pour tous –, et même le citoyen qui décide de faire la grève de la faim. Ainsi, le lobbying recouvre plusieurs domaines : celui du travail, celui des droits fondamentaux, celui des orientations sexuelles, celui du mode de vie, etc.

Pourtant, malgré son caractère protéiforme et pas nécessairement juridique, le lobbying fait partie des nouvelles activités des avocats, reconnu officiellement dans le Règlement Intérieur National des avocats (RIN) en 2011. Du fait du nombre croissant d'avocats, d'une paupérisation d'une partie de la profession⁵ et de la concurrence avec les étudiants sortant de grandes écoles de commerces sur le marché du droit⁶, la profession cherche à se moderniser, « se dépoussiérer », ce qui passe, notamment, par une extension de son domaine de compétences et d'activités. Ainsi, aujourd'hui, l'avocat peut être un avocat-fiduciaire, un avocat-agent sportif, un avocat-transaction immobilière, et, surtout pour notre sujet, un avocat-lobbyiste.

Qu'entend-on par lobbying ? Quel rapport entretient-il avec le droit ? Il est souvent entendu comme l'action d'un groupe d'intérêts, appelé *lobby*, agissant dans la défense d'intérêts particuliers – ce qui peut prendre diverses formes : la manifestation, le communiqué de presses, les contacts avec l'Administration, la défense d'arguments, etc.

Ce n'est pas ce lobbying qu'entendent pratiquer les avocats : ainsi, pour eux, le lobbying consiste à *argumenter*, de manière *transparente* et *rigoureuse*, afin de convaincre les pouvoirs publics du bien-fondé d'une position concernant l'adoption, la modification ou l'abrogation d'une règle de droit⁷.

L'avocat-lobbyiste se présente comme un expert, se distinguant de deux types d'avocats qui peuvent faire du lobbying. D'abord, l'avocat-lobbyiste n'est pas le défenseur de la cause des avocats – ce qui éloigne la définition d'avocat-lobbyiste de celle de groupe

⁵ KOCH F., « Avocat, un statut en balance », *L'Express*, le 6 août 2008.

⁶ BILAND E., « Quand les managers mettent la robe. Les grandes écoles de commerces sur le marché de la formation juridique », *Droit et Société*, 1/2013, p. 49-65

⁷ Rapport « l'avocat et le lobbying » de D. Voillemot (1939-2011), ancien avocat à Gide Loyrette Nouel, avocat à l'Ordre de Paris et à celui de Bruxelles

d'intérêt. Le groupe d'intérêt peut se définir comme l'organisation constituée qui souhaite influencer les pouvoirs politiques dans un sens favorable à *ses* intérêts⁸. Ce rôle, dans la profession des avocats, est celui des syndicats ou ordres professionnels.

Enfin – et c'est la deuxième forme de lobbying dont se distingue l'avocat-lobbyiste – celui-ci n'est pas un avocat-engagé, se différenciant ainsi de la figure du *cause lawyering*⁹, et ce, de deux manières. D'une part, ce terme de *cause lawyering* désigne les avocats défendant une cause au sens fort, i.e. qu'ils défendent non pas un cas, un client mais plutôt une cause, bien souvent celles de « minorités », des exclus (les Roms, les femmes, etc.) ou des causes politiques, reflet d'un véritable engagement politique, relevant presque d'un militantisme. L'avocat-lobbyiste, au contraire, se veut expert et neutre politiquement et ne fait pas a priori un *usage militant du droit* : en se positionnant ainsi, les avocats-lobbyistes veulent rester dans la lignée de la figure traditionnelle de l'avocat, celle de l'avocat *libéral* : celui qui, à la fois, défend pleinement les intérêts de son client, mais, reste à distance, neutre à l'égard des objectifs, identités et activités de ces clients, au nom de son indépendance, point cardinal de sa déontologie.

D'autre part, le *cause lawyering* a pour arme principale le prétoire (relayé par les médias), alors que l'avocat-lobbyiste évite justement le contentieux pour agir, en amont, au moment de l'élaboration des normes.

Il y a donc cette *distance* entre les intérêts que va défendre l'avocat, représentant son client devant les institutions publiques, et ses intérêts propres. L'avocat-lobbyiste est donc un *professionnel* du lobbying.

Dès lors, l'avocat-lobbyiste se place sur un *marché concurrencé* - premièrement - par d'autres *professions* ayant pour métier le lobbying : les lobbyistes, aussi appelés les consultants en affaires ou en relations publiques. Il peut s'emparer de ce marché car une des conditions de l'efficacité d'un lobbying est son analyse juridique¹⁰ : parce qu'il faut analyser le droit actuel, l'interpréter, faire une proposition juridique (est-elle légale ou non ?), le droit est omniprésent dans le lobbying, ce qui suppose une certaine maîtrise juridique.

Les avocats peuvent donc essayer de s'insérer sur ce marché, mais leurs compétences juridiques peuvent être concurrencées – deuxièmement - par celles des juristes d'entreprises,

⁸ GROSSMAN E., SAURUGGER S., *Les groupes d'intérêt : action collective et stratégies de représentation*, Armand Colin, Paris, 2012

⁹ ISRAEL L., « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Droit et Société*, n°49, 2001/3

¹⁰ LAMARQUE G. *Le lobbying*, P.U.F., Que sais-je, Paris 1994, p. 6

pouvant faire du lobbying pour leur entreprise, à titre accessoire, sans que des questions de déontologie ou d'éthique ne se posent.

Car la profession d'avocat est une profession réglementée là où le lobbying n'en est pas une. Elle est donc définie par des dispositions juridiques spéciales et impose notamment un code de déontologie. C'est aussi une profession indépendante, i.e., que l'avocat exerce une activité qui ne le place pas sous la subordination de celui qui la sollicite. Toutes ces caractéristiques propres au métier d'avocat peuvent-elles entrer en contradiction avec la pratique du lobbying ?

En effet, le métier d'avocats est incompatible avec d'autres professions : ainsi, l'avocat ne peut pas exercer une activité commerciale. Peut-on assimiler le lobbying à une activité commerciale ? De plus, du fait de son caractère protéiforme, le lobbying peut-il être assimilé à une prestation proprement juridique ? Est-il légitime d'appliquer les règles propres à la profession d'avocat – notamment le secret professionnel – à une activité *majoritairement* exercée par des non-juristes ?

Ces différentes questions posent un problème *sous-jacent* que traverse et questionne la profession : en souhaitant se moderniser, étendre son champ d'activités et s'ouvrir à la logique du marché et donc à la concurrence, la profession d'avocat ne perd-t-elle pas sa spécificité ? S'éloigne-t-elle des activités traditionnelles de l'avocat ou s'agit-il véritablement d'un renouvellement, d'une modernisation de ces activités traditionnelles – que sont le conseil et le contentieux ? Le lobbying participe-t-il à ce mouvement de dispersion ou de renouvellement de la profession ?

Dans ce mémoire intitulé, *Avocats-lobbyistes : émergences, légitimité et incertitudes*, nous essayerons d'analyser l'impact de la reconnaissance de la pratique du lobbying au sein de la profession. Cette reconnaissance officielle n'a été faite qu'en 2011 : peu d'écrits évoquent le sujet des avocats-lobbyistes et, même, au sein de la profession d'avocat, le sujet est peu abordé.

L'émergence du lobbying, dans la profession d'avocats, a été possible grâce au développement du droit des affaires : le lobbying est en effet né dans le milieu des entreprises (I). Il va s'agir, ensuite, d'apprécier la définition et la place du lobbying – i.e. son acceptation - dans la profession (II)

I. L'émergence de la pratique du lobbying au sein de la profession des avocats

L'émergence de la pratique du lobbying par les avocats est le reflet d'une transformation des activités de ces derniers. Cette mutation a été prônée notamment par le barreau d'affaires et par l'Union européenne (B), prenant acte d'une mutation du marché économique et juridique (A). En effet, avant de voir comment le barreau d'affaires et l'Union Européenne (UE) se sont emparés de cette mutation, il faut préalablement analyser le contexte économique-politique dans lequel les professions juridiques ont dû évoluer, entraînant une mutation voulue des activités des avocats (C) se situant non plus seulement dans le champ judiciaire mais également dans le champ juridique et économique, champ propice à l'émergence du lobbying.

A. Une mutation du marché propice à l'émergence du lobbying au sein de la profession des avocats

Le lobbying fait partie des activités des avocats qualifiées de nouvelles ou de récentes, résultant des mutations du marché économique. Les mutations du marché sont le résultat de deux facteurs : la globalisation des activités économiques (1) et le retrait progressif de l'Etat dans le domaine économique— l'Etat providence, titulaire de prérogatives de puissances publiques devenant progressivement un Etat « arbitre, d'entremise, négociateur »¹¹ perçu alors comme un acteur « quelconque » parmi les autres acteurs privés du marché (2). De nouvelles matières juridiques se sont alors considérablement développées – le droit des affaires, le droit de la concurrence, le droit public de l'économie, etc. -, de nouvelles règles juridiques étant à définir et à construire. Il s'agit de montrer, dans cette partie, que *l'émergence du lobbying est intrinsèquement lié à au développement du droit des affaires et du droit public de l'économie.*

1. Le phénomène de libéralisation des activités économiques, un facteur d'élargissement du champ d'activités des avocats

La libéralisation des activités économiques a eu un impact sur les activités des avocats. Alors qu'avant les années 1970, les avocats travaillaient pour des particuliers, aujourd'hui, on

¹¹ C.A. MORAND « Le droit néo-moderne des politiques » L.G.D.J., 2000

peut distinguer trois types d'avocats selon la clientèle de ces derniers¹² : d'abord, les avocats « traditionnels » qui représentent des particuliers dans le cadre d'un contentieux, ensuite les avocats d'affaires qui travaillent pour les intérêts d'une entreprise, enfin une catégorie intermédiaire d'avocats représentant tant des particuliers que des entreprises. Cette tripartition opérée par Lucien Karpik en 1995 est précisée aujourd'hui par Christian Bessy¹³ en fonction des différentes matières du droit : les cabinets spécialisés en droit des affaires dont les clients sont essentiellement des entreprises, les avocats traditionnels dont les champs de compétence se restreignent au droit de la famille, au droit pénal et au droit de l'immigration, et les cabinets du barreau dit intermédiaire, spécialisé en droit du travail, droit des successions, droit de l'environnement, mêlant divers types de clients (particuliers comme entreprises).

- **Les trois facteurs de mutation du marché**

Les avocats traditionnels, selon Lucien Karpik¹⁴, perdent de l'importance au sein de son groupe professionnel : en effet, même s'ils sont plus nombreux, leurs revenus sont beaucoup plus faibles que les avocats d'affaires¹⁵. Ce poids croissant des avocats d'affaires résulte, pour Lucien Karpik, de trois facteurs qui ont transformé le marché – internationalisation des échanges, multiplications d'opérations juridico-économiques et construction du marché européen - créant un nouveau besoin exponentiel de services et conseils juridiques dans les entreprises : c'est l'émergence du barreau d'affaires, dit « moderne »¹⁶, que l'on peut situer autour des années 1970.

En effet, à partir des années 1970, *les échanges internationaux* se multiplient. Les entreprises avaient alors besoin de services juridiques pour sécuriser ces échanges, notamment via les contrats ou l'analyse du droit international (conventions entre Etats, etc.). C'est la période de développement du droit des affaires, qui aujourd'hui occupe une place importante dans l'univers du droit.

De concert avec l'internationalisation du marché économique, les entreprises ont multiplié *les opérations de concentration (O.P.A), de fusion, d'acquisition*, etc. : ce sont autant d'opérations qui demandent une expertise juridique pointue.

¹² KARPIK, L., « Les Avocats : entre le renouveau et le déclin », *Hermès*, vol. 35, 2003

¹³ BESSY, C., *L'organisation des activités des avocats : entre monopole et marché*, L.G.D.J., Paris, 2015

¹⁴ KARPIK, L., *Les avocats : entre l'Etat, le public et le marché, XIIIè-XXè siècle*, Editions Gallimard, Paris, 1995, p. 265 et suivantes

¹⁵ KARPIK, L., « Les Avocats : entre le renouveau et le déclin », *Hermès*, vol. 35, 2003 : les avocats d'affaire constituerait 20% à 25% de la profession des avocats mais concentrerait les ¾ du chiffre d'affaire global de la profession.

¹⁶ La figure de l'avocat d'affaire est apparue au XIXè siècle avec l'essor de l'industrie – cf. ADER H., DAMIEN A., *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz Action, Paris, 2013, p. 13 et suivantes.

De plus, *la construction du marché européen* – qui se fonde sur une application rigoureuse du droit de la concurrence - exigeait le recours à une expertise juridique spécialisée. Les entreprises ont alors besoin d'un expert juridique dans les domaines du conseil, de la négociation, et de la rédaction d'actes (contrats, etc.), ces domaines étant liés à l'environnement juridique dans lequel les entreprises évoluent. L'un des avocats-lobbyistes interviewés, faisant partie d'un des plus grands cabinets d'affaires parisiens, même s'il ne parle pas des années 1970, mais des années 1990, évoque ce besoin exponentiel des entreprises en matière de conseils juridiques :

« Au fil du temps, je me suis rendu compte que le besoin de mes clients évoluait. Au début, il fallait des contrats : normaliser une situation. Mais de plus en plus, ma problématique était de type règlementaire : il ne s'agit pas de faire quelque chose contractuellement, mais il s'agit de faire quelque chose dans un environnement normatif d'un pays qui était de plus en plus compliqué »

Il ajoute : *« Quand j'ai commencé dans les années 1990, on était très libres : les règles étaient moins nombreuses, notamment d'origine communautaire, donc l'activité économique de mes clients – souvent des entreprises étrangères – était beaucoup plus facile car il y avait moins de règles à respecter. Les quelques règles qui existaient étaient claires et bien expliquées. L'évolution a fait qu'il y a eu de plus en plus de normes différentes – Bruxelles, Paris, l'exécutif, le législatif, jurisprudence, conflits de jurisprudence, doctrine administrative, codification et codification, le droit de la concurrence, etc. »* On devine le besoin croissant d'un expert juridique pour une entreprise évoluant dans un environnement juridique de plus en plus complexe.

Or, ces domaines du conseil, de la négociation et de la rédaction d'actes relevaient de la compétence des conseillers juridiques, des notaires mais aussi - grande crainte exprimée par l'un des membres de l'Ordre des avocats de Paris, dès 1988¹⁷ - des cabinets anglo-saxons ou

¹⁷ *La Réforme des professions juridiques et judiciaires. Vingt propositions, rapport de Daniel Soulez-Larivière, membre du conseil de l'Ordre à Monsieur Philippe Lafrge, bâtonnier de l'Ordre des avocats à la cours de Paris (juin 1988)*

des cabinets d'audit et d'expertise comptable internationaux, installés en France. Ainsi, les avocats d'affaires y ont vu à la fois une menace et une nouvelle opportunité d'étendre leur champ de compétence: les avocats d'affaires s'ouvrent progressivement à la logique du marché et se sont alors emparés de *ce marché des services de l'entreprise*.

- **L'ouverture des avocats à la logique du marché et leur orientation vers les activités juridiques : les prémisses du lobbying**

Les premières étapes de cette appropriation a été de prôner des réformes de la profession d'avocat : il s'agissait de créer une « *nouvelle grande profession du droit* », le statut d'avocat cherchant à « absorber » de nouvelles compétences.

Ainsi, certains avocats revendiquaient la fusion entre avocat et conseil juridique, d'une part¹⁸ et la fusion des avocats et des avoués d'autre part¹⁹ : l'objectif de la promotion d'une telle réforme était d'accorder l'exclusivité de la consultation et de la rédaction d'actes aux seules professions judiciaires et juridiques réglementées – avocats ou notaires, par exemple. Seraient alors exclus les juristes d'entreprises, les experts-comptables, et les cabinets d'audit internationaux. De plus, en suivant ce mouvement d'expansion, ces deux premières étapes devraient s'accompagner d'une réforme de l'organisation du cabinet des avocats : désormais, les cabinets d'avocats doivent pouvoir constituer une nouvelle forme de société, les sociétés de capital²⁰, n'exerçant plus alors à titre individuel. Cela constituerait l'un des premiers pas de la profession vers la logique du marché.

Progressivement, malgré des luttes internes et externes, plusieurs projets de loi vont venir entériner ces propositions de réforme. Nous allons nous concentrer sur les lois les plus récentes, i.e., les lois ayant été adoptées après 1990²¹. Un premier projet de loi adopté définitivement le 31 décembre 1990²² pose le monopole de l'exercice de la consultation et de la rédaction d'actes sous seing privé en matière juridique aux professions juridiques et judiciaires (avocats, avoués près de la cour, notaire, huissiers de justice, administrateurs judiciaires, etc.) tandis que les autres professions concurrentes – experts-comptables, cabinets

¹⁸ Proposition n°2 des vingt propositions, précité V. note 5.

¹⁹ Proposition n°8, précité

²⁰ Proposition n°3 « création de sociétés commerciales à objet civil pour l'exercice libéral, précité

²¹ Une première loi - celle du 31 décembre 1971- avait déjà opéré quelques changements dans ce sens : fusion avocats et avoués près des tribunaux de grande instance et possibilité pour les avocats de constituer une société civile professionnelle d'avocats (SPC), mettant un terme au principe de l'exercice solitaire de la profession.

²² Loi n°90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

d'audit, ingénieurs conseils, etc. – peuvent toujours en faire²³ mais uniquement à titre accessoire. Cette loi entérine également la fusion des avocats et conseils juridiques et la création des sociétés de capital (dont le capital doit être détenu, pour plus de la moitié, par des avocats faisant partie de la société). Une seconde loi – la récente loi du 25 juin 2011²⁴ - va entériner la fusion entre avocats et avoués à la cour d'appel, laquelle avait déjà commencé dans la loi du 31 décembre 1971 procédant à la fusion entre avocats et avoués près des tribunaux de grande instance.

Cette ouverture des avocats à la logique du marché, et orientant ces derniers, de plus en plus, vers le juridique, les éloignant du contentieux, s'est encore élargie avec la loi Macron²⁵ publiée au J.O le 7 août 2015 : va être mis en place par décret la possibilité de créer des sociétés d'exercices interprofessionnelles entre professions du droit et du chiffre, réunissant avocat, commissaire-priseur judiciaire, huissier de justice, notaire, administrateur judiciaire, mandataire judiciaire et – surtout - conseiller en propriété industrielle et expert-comptable. *Prestation juridique et prestation économique se font officiellement alors au sein d'une même structure, rapprochant le droit de l'économie, le droit de la logique du marché.*

Cependant, c'est dans cette même loi qu'on peut constater une limite de l'ouverture de la profession des avocats à la logique du marché : le projet de loi initial²⁶ prévoyait de créer le statut d'avocat au sein d'une entreprise, afin de s'aligner sur les régimes juridiques de plusieurs pays occidentaux : en Espagne en Allemagne, au Royaume-Uni, aux Etats-Unis, les juristes d'entreprises peuvent être également des avocats bénéficiant alors du code de déontologie des avocats (ce qui implique notamment le secret professionnel). Ce qui n'est pas le cas en France : un juriste d'entreprise, même s'il a passé le barreau, ne peut bénéficier du code de déontologie des avocats au sein d'une entreprise. En d'autres termes, l'avocat ne peut pas exercer en tant que tel dans une entreprise. Cette interdiction est fondée notamment sur l'indépendance, caractéristique essentielle de la profession des avocats. A cause de l'opposition frappante des avocats à la création du statut de l'avocat en entreprise²⁷, le Parlement a abandonné ces dispositions.

²³ Dans la continuité de l'art. 22 de l'ordonnance de 1945 : ordonnance dont la rédaction était floue, ce qui avait créé ces situations de fait.

²⁴ Loi n°2011-94 du 25 janvier 2011

²⁵ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances dite Loi Macron voulait créer ce statut de juriste d'entreprise/avocat. Cf. *infra*

²⁶ Projet de loi pour la croissance n°2447, déposé le 11 décembre 2014

²⁷ Notons que cette opposition s'inscrit dans une volonté de définir le champ de compétence des avocats, avant tout juristes : cette disposition du projet de loi favorisait en effet l'entrée des étudiants d'école de commerce au barreau, via un système d'équivalence.

Or, ces différentes réformes posent les premiers pas vers la pratique du lobbying par les avocats : en effet, elles ne situent plus seulement l'avocat dans le domaine du judiciaire mais également dans le domaine du juridique – notamment grâce à l'activité de conseil. Nous n'allons pas déterminer ici la nature/définition du lobbying²⁸ mais nous pouvons dès lors affirmer qu'il existe un lien – au moins *historique* - entre le conseil et le lobbying, C'est parce qu'il y a eu l'émergence d'un marché du conseil juridique dans les années 1970 poussant les avocats à se détourner du contentieux pour s'orienter vers les activités de conseil, dites juridiques, que le lobbying – que l'on situe *a priori* dans les activités juridiques parce que le juge est absent - a pu émerger au sein de la profession d'avocats²⁹.

Les transformations du marché ont donc eu un impact sur les activités des avocats, lesquels se sont ouverts progressivement à la logique du marché, sans l'épouser entièrement. Mais le besoin des avocats s'explique également par le changement des règles du jeu du marché : l'Etat – personne publique titulaire de prérogatives de puissance publique – s'est progressivement retiré du marché, du moins, n'agit-il plus en tant que tel mais reste sur le marché en tant qu'acteur quelconque, usant de moins en moins de ses prérogatives de puissance publique. Les avocats – nouvellement ancrés dans la logique du marché – ont pu alors jouer un rôle de lobbying auprès des institutions pour définir ces nouvelles règles au regard de l'intérêt de leurs clients. Nous rentrons alors dans le domaine du droit public de l'économie.

2. Mutations du rôle et de la pratique de l'Etat

• De l'Etat-providence à l'Etat d'entremise

L'Etat s'est transformé au cours du XIX^e siècle : pour beaucoup d'auteurs, l'Etat moderne est entré dans une nouvelle ère à la fin du XIX^e siècle, et ces derniers préfèrent parler désormais d'Etat *post-moderne*³⁰. Cette théorie se fonde notamment sur le constat des mutations du marché économique devenu international, sans frontière (cf. *supra*) et sur celui d'une modification de la pratique des Etats. En effet, vers la fin des années 1970, de nouvelles politiques très libérales sont mises en place dans plusieurs Etats d'Occident : elles font suite à

²⁸ Nous reviendrons sur la distinction lobbying/conseil et le champ d'application du lobbying en partie III

²⁹ Cf. Annexe interview du 09.07.15 : « *le lobbying est le prolongement du conseil* »

³⁰ CHEVALLIER J., *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., Paris, 2004

une critique vive de l'inefficacité de l'Etat – l'interventionnisme de l'Etat-providence, caractéristique de l'Etat-moderne, dérégulerait le marché économique. Cette critique a trouvé beaucoup d'échos après les deux chocs pétroliers de 1973 et 1979. En Grande-Bretagne, c'est Marguerite Thatcher qui sonne le glas de cette nouvelle ère en 1979, suivie par les Etats-Unis avec l'élection de Ronald Reagan en 1980 : pour ces politiques libéraux, l'Etat doit intervenir le moins possible sur le marché car son intervention est source de désordre. Ce mouvement va gagner progressivement l'ensemble des pays occidentaux. En France, ce changement de cap politique, resté dans la mémoire collective comme le « tournant de la rigueur »³¹, a été décidé par François Mitterrand, alors président de la République, et Jacques Delors, ministre de l'Economie, en 1983³². Parallèlement, avec l'effondrement de l'URSS en 1991, c'est, d'une part, toute l'Europe de l'Est qui s'ouvre à la politique libérale et, d'autre part, les institutions internationales poussent les pays en développement à adopter des « plans d'ajustement structurel » qui imposent des mesures de rigueur et de retrait de l'Etat.

La fin des monopoles étatiques et l'expansion des privatisations³³ étaient ces symboles du retrait de l'Etat sur le marché. Aujourd'hui, l'Etat n'est plus un acteur spécial du marché, ayant des prérogatives que les acteurs économiques privés n'ont pas : d'un côté, l'Etat est perçu comme un régulateur dans les échanges entre les acteurs privés – il n'intervient qu'en cas de défaillance du marché par des lois, décrets, autorités administratives, faisant en sorte que les règles du marché soient respectées (cf. Autorité de la concurrence, etc.) – de l'autre côté, il intervient comme un acteur quelconque, n'usant pas de ses prérogatives de puissances, ce qui passe par des contrats, appelés « partenariats public-privé » conclus par l'Etat avec des personnes privées pour ses propres services (culturels, économiques, et même parfois régaliens). L'Etat et les entreprises se sont entremêlés³⁴.

Ces différents facteurs sont à l'origine de la naissance du droit public de l'économie, régissant les relations de l'Etat avec les acteurs privés de l'économie. Ces transformations ont demandé un changement de législation, de droit (contrats, pratique, etc.) : les professions juridiques - avocats ou les conseillers juridiques - ont probablement, dès cette époque, joué un rôle pour les entreprises, en cherchant à définir les nouvelles règles de droit.

³¹ Cette expression vient du fait que cette politique s'est faite sous un gouvernement de gauche qui, depuis 1981, suivait une politique « socialiste », sinon, d'interventionnisme étatique dans l'économie et dans le social.

³² A noter : il y a eu des tentatives de politiques libérales- d'ampleur moindre - sous la présidence de Valéry Giscard d'Estaing – notamment le *Plan Barre* mis en place par le Ministre de l'économie, R. Barre ;

³³ Les privatisations ont été amorcées depuis 1986 lorsque Jacques Chirac était premier ministre.

³⁴ D'ailleurs, les grands d'affaires internationaux (Gide Loyrette Nouel, Clinford Chance) ont pour client des organes publics, voire des gouvernements.

- **Développement des « affaires publiques » : une collaboration nouvelle entre l'Etat et acteurs privés dans le secteur économique**

Aujourd'hui, les enjeux sont les mêmes : il s'agit de faire entrer de nouveaux acteurs sur un marché, d'organiser un nouveau secteur économique, etc. comme le souligne l'un des avocats interviewés :

« Il faut noter que je ne suis pas parti d'un métier mais de ma clientèle qui avait des besoins auxquels je cherche à répondre. Ma clientèle, c'est des entreprises qui investissent, mais aussi des start-up : d'ailleurs, aujourd'hui, les start-up vont bousculer des monopoles de droit – Uber pour les taxis – ou des monopoles de fait – Airbnb se fait attaquer par le lobbying des hôtels aujourd'hui. Ce sont les acteurs de l'économie dite collaborative qui arrivent sur des segments de l'économie très hiérarchisée, très organisée. Ces start-up – même si elles ont peu de moyens au début – ont donc des besoins (pacte d'actionnaires, contrat d'émissions de produits, etc.) »

On peut alors constater un nouvel élément sur le lobbying. Parce qu'elle met en relation l'avocat avec les institutions publiques, l'activité de lobbying se trouve au carrefour de plusieurs matières : le lobbying touche non seulement aux matières de droit privé avec pour clé de voute le droit des affaires, mais aussi, à celle du droit public avec pour point névralgique le droit public de l'économie. Parce qu'il s'agit de modifier la législation, de définir un nouveau marché, l'avocat-lobbyiste est appelé à manier tant le droit privé que le droit public de l'économie. Du fait de l'économie libérale, de ces mutations du marché et de l'Etat, il existe une imbrication entre le droit public de l'économie et le droit des affaires, entre l'Etat et les acteurs économiques. L'autre nom du droit public de l'économie est le droit public des affaires.

En fait, ce rapprochement que l'on retrouve entre les matières³⁵ se manifeste dans la pratique du droit: on trouve beaucoup de « cabinets de conseil en affaires publiques ». D'ailleurs, Antoine Vauchez³⁶ constate un parallélisme entre les cabinets d'affaires et l'Etat :

³⁵ D'ailleurs, beaucoup d'auteurs critiquent l'intérêt théorique et pratique entre droit privé/droit public

³⁶ VAUCHEZ, A. « Elites politico-administratives et barreau d'affaire. Sociologie d'un espace-frontière », *Pouvoirs*, n°140, 2012, p. 78 et suivantes.

les deux ont adopté *la logique du management* - société de capital, « entreprises de droit » décrites par Yves Dezalay³⁷ d'un côté, et logique de performance et de résultat à l'image de la LOLF de 2001³⁸ de l'autre côté. Cette commune logique managériale entre l'Etat et les cabinets d'affaires s'est traduite par une consultation accrue par l'Etat des cabinets spécialisés en « affaires publiques ». En effet, du fait de cette nouvelle conception du *new public management*, l'Etat fait de plus en plus appel aux acteurs privés, et notamment aux avocats ou consultants spécialisés en « affaires publiques », autre nom pour désigner le lobbying : par exemple, lors de la passation d'un partenariat public/privé ou encore lors de l'élaboration des lois, phase pendant laquelle le gouvernement et le Parlement font de plus en plus de rapports³⁹ ou demandent des rapports issus du monde professionnel pour légitimer le projet ou la proposition de loi. Les avocats-lobbyistes peuvent se situer dans ce segment du droit, dit « affaires publiques » : ils constituent un pont idéal entre l'univers public et l'univers privé car ils sont en contact avec les institutions - souvent dans le cadre de leurs activités de conseil juridique – et ont pour clients des acteurs privés.

Leur position est favorisée par la politique libérale des Etats : les conflits devant se régler le plus possible entre les individus, sans passer par l'Etat, et donc par sa justice étatique, il est bienvenue pour les gouvernements d'écouter les parties prenantes à un sujet en amont pour éviter les contentieux ultérieurs plausibles. On peut particulièrement observer ce phénomène en droit du travail : l'Etat laisse, de plus en plus, la place aux accords de négociation, chartres, etc. qui sont autant de champs d'actions possibles pour l'avocat-lobbyiste qui défend les intérêts de ses clients, lesquels peuvent être des entreprises : ces processus de contractualisation donnent une place primordiale aux cabinets d'affaires, et donc, aux avocats-lobbyistes⁴⁰.

Cette collaboration de l'Etat avec ces acteurs privés du milieu dit « affaires publiques » permet de *créer des liens entre l'univers public et l'univers privé* –au moins celui des affaires publiques -, ce qui est essentiel pour la pratique du lobbying. En effet, le lobbying, c'est notamment *l'échange d'informations* entre le secteur privé et les décideurs publics. Ainsi, si l'Etat est amené à travailler et à consulter les acteurs privés, les échanges peuvent être plus faciles, ce qui est *propice au développement du lobbying*.

³⁷ DEZALAY Y., *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique internationale par les multinationales du droit*, Fayard, Paris, 1992

³⁸ Loi organique n°2001-692 du 1^{er} août 2001 posant notamment des indicateurs de performances et un contrôle budgétaire des juridictions en France

³⁹ Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, obligation d'accompagner certains projets de loi d'études d'impact

⁴⁰ BESSY, C., *L'organisation des activités des avocats : entre monopole et marché*, L.G.D.J., Paris, 2015, p. 74

Mais ces différentes mutations – que ce soit celles du marché ou celles de l’Etat – n’ont pas entraîné *de facto* la pratique du lobbying, du moins sa reconnaissance, chez les avocats. Deux acteurs y ont contribué : l’Union européenne, très ouverte et favorable au lobbying, et le haut barreau d’affaires parisien, qui a résisté aux avocats qui ne voulaient pas ouvrir la profession à la logique du marché.

B. La défense du lobbying pratiqué par les avocats

Les activités des avocats se sont donc ouvertes au marché, ce qui a été défendu par des acteurs : nous nous concentrerons sur la promotion de l’activité de lobbying exercée par les avocats. En France, les acteurs concernés sont l’Union Européenne (1) et les avocats d’affaires (2).

1. Impulsion de l’Union Européenne

• La promotion du lobbying par l’UE

La réglementation croissante de la construction du marché européen – l’un de ses axes cardinaux étant le respect du droit de la concurrence – est l’un des facteurs ayant entraîné la mutation des activités des avocats. L’UE va impulser *indirectement* dans le sens d’une mutation des activités des avocats.

Cette impulsion de l’UE commence avec la signature de l’Acte Unique en 1985, instituant un marché unique européen et mis en place dans les années 1990. Ainsi, en 1993, l’UE institue la libre installation des avocats, ce qui va entraîner une concurrence entre les avocats européens, mais aussi internationaux et a fortiori, entre les différentes législations encadrant cette profession. Or, le principal concurrent est le modèle anglo-saxon. Les cabinets américains, dès les années 1970, pouvaient regrouper une centaine, voire des milliers d’avocats : c’est ce qu’on appelle les *law-firms*. Cette nouvelle organisation va entraîner des changements dans la pratique des avocats : spécialisation accrue, bureaucratisation renforcée et nouvelles pratiques commerciales. Ils proposent plusieurs services outre le droit - management, comptabilité, activités bancaires, etc. - et regroupent donc plusieurs professionnels : comptables, banquiers, conseils en management, architectes, etc. Le droit étant alors un service comme un autre. C’est un modèle multidisciplinaire d’aides, de services, de conseils rendus aux entreprises. La Grande-Bretagne de Thatcher va suivre ce modèle dans les années 1990.

Or, le développement du marché en conseils des entreprises s'est accompagné du développement accru du lobbying des entreprises auprès des institutions. Dès 1980, on peut constater une professionnalisation du lobbying en Europe. Le carcan traditionnel du lobbying se réduisant aux seules représentations professionnelles saute⁴¹ : les consultants en lobbying apparaissent. Puis, à partir des années 1995, un mouvement de concentration du lobbying prend forme : c'est l'apparition de grands cabinets de lobbying, appelés également cabinets en affaires publiques et relations publiques (Fleishman Hillard, Burson Marsteller, Hill & Knowlton ou Weber Shandwick, etc.).

Or, l'UE ne s'est pas montrée hostile au lobbying, du fait de son manque de légitimité démocratique : le lobbying est perçu par l'UE comme une aide des acteurs issus de la société civile à l'élaboration des normes communautaires et s'inscrit alors dans un processus démocratique⁴². C'est la commission européenne qui a d'abord fait les premiers pas vers la reconnaissance du lobbying : dès 1992, voulant affirmer le pragmatisme du processus décisionnel de l'UE, la commission reconnaît la légitimité de « ceux qui ont pour métier d'être ses interlocuteurs »⁴³. En 2002, la commission légitime le lobbying par la liberté d'association⁴⁴ là où les Etats-Unis le fondent sur la liberté d'expression du premier amendement⁴⁵.

Cependant, même si le lobbying est accepté et reconnu, il n'existe pas de législation *contraignante* encadrant cette activité : Parlement et Commission ont deux conceptions différentes. Les deux institutions européennes sont favorables au lobbying, mais le Parlement a constamment souhaité encadrer légalement le lobbying là où la Commission européenne prônait une autorégulation.

En effet, depuis 1996⁴⁶, le Parlement Européen est doté d'un registre pour les lobbyistes qui souhaitent s'inscrire, proposant aussi un code de bonne conduite. C'est seulement en février 2006, à la suite de l'initiative politique du commissaire chargé des

⁴¹ AUTRET, F. « L'Affaire Kallas : peut-on réguler les lobbyistes ? » apparu dans laviedesidees.fr, le 4 juillet 2008

⁴² Sur le lien lobbying/démocratie au sein de l'UE, lire CLAEYS P.-H., GOBIN, C., SMETS, I., WINAND, P., *Lobbyisme, pluralisme et intégration européenne*

⁴³ Communication de la Commission, le 2 déc. 1992, JO n°C 63/2

⁴⁴ Cf. Communication, 11 déc. 2002, *Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées* dans laquelle la Commission fonde le lobbying sur la liberté d'expression garantie par l'art. 12 de la *Charte européenne des droits fondamentaux*.

⁴⁵ Sur comparaison entre les lobbyings : voir LEONTE Marie, *L'institutionnalisation du lobbying aux USA et auprès de l'UE : étude comparative*, Thèse pour le Doctorat en Droit public, 14 déc. 2010, Université Panthéon-Assas

⁴⁶ Faisant suite au rapport Ford, 11 juin 1996

affaires administratives Siim Kallas⁴⁷, que la Commission se dote à son tour d'un registre, le 23 juin 2008, dont l'inscription est aussi facultative.

Alors que le Parlement prône depuis 1996 l'institution d'un registre commun aux trois institutions de l'UE (Parlement, Commission et Conseil), une nouvelle étape a enfin été franchie en juin 2011: les deux registres – celui du Parlement et celui de la Commission - ont fusionné⁴⁸. Cette inscription au registre commun a plusieurs avantages : elle facilite ou privilégie les rencontres entre députés/membres de la commission et lobbyistes ; les lobbyistes enregistrés doivent respecter un code de conduite qui, en cas de manquement, peut entraîner des sanctions. La nouveauté de ce registre a été d'élargir la définition du lobbying : sont inclus les groupes d'intérêts traditionnels, mais aussi les cabinets d'avocats, les ONG, les *think-tank*, i.e., toute organisation ou personne exerçant une activité indépendante qui cherche à influencer sur l'élaboration des politiques de l'UE.

- **Impact, relativement faible, pour les avocats français ?**

Bruxelles est aujourd'hui la ville qui concentre le plus de lobbyistes en Europe (on en dénombrait 15 000⁴⁹). Lorsqu'on regarde ce registre, on constate que le nombre de cabinets est faible : après les « représentants internes » - groupements professionnels et associations syndicales - et après les organisations non-gouvernementales⁵⁰, les cabinets d'avocats et les cabinets de consultants spécialisés représentent le troisième groupe le plus important en nombre d'inscrits, soit à peu près 11% des inscrits (958 sur 8140). Au sein de ce groupe, les cabinets d'avocats ne sont qu'au nombre de 91 – et sont donc le troisième sous-groupe de ce groupe, après les cabinets de consultants spécialisés (593) et les consultants agissant en qualité d'indépendant (276). On ne recense seulement que 10 cabinets d'avocats français⁵¹. Il faut noter que, dans la catégorie des « consultants agissant en qualité d'indépendant » sont inscrits *« les consultants ou avocats agissant en qualité d'indépendants exerçant, pour le compte de clients, des activités de plaidoyer, de lobbying, de promotion, d'affaires publiques et de relations avec les pouvoirs publics. Cette sous-catégorie est réservée à l'enregistrement*

⁴⁷ Commission européenne, *Livre vert sur une initiative en matière de transparence*, COM (2006) 194 final, 3 mai 2006

⁴⁸ Notons encore une fois le décalage entre le Parlement et la Commission : le Parlement a rendu cette inscription obligatoire auprès de son institution.

⁴⁹ Chiffre avancé par l'ancien commissaire européen chargé des affaires administratives, Siim Kallas

⁵⁰ Lesquels représentent respectivement 50% et 25% des inscrits. <http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/consultation/statistics.do?locale=fr&action=prepareView>

⁵¹ Cf. Annexe

des entités ne comprenant qu'une seule personne »⁵². Mais aucun avocat français n'y est inscrit.

Ainsi, malgré la promotion du lobbying par l'UE, le lobbying français pratiqué par les avocats ne semble pas être implanté au sein de l'UE. Le nombre de cabinets d'avocats européens est aussi relativement faible. Mais cette hypothèse est à relativiser pour deux raisons : de manière générale, beaucoup d'analyses estiment que ce registre ne recense pas tous les lobbyistes, l'inscription étant facultative ne pousserait pas tous les lobbyistes à s'inscrire⁵³ ; plus spécifiquement, concernant les avocats, cette inscription peut poser des problèmes au regard de la déontologie des avocats que le Conseil des barreaux européens (CCBE) souligne dans plusieurs rapports, ce qui peut les rendre réticents à s'inscrire.⁵⁴

L'UE a promu et promeut encore les professionnels à faire du lobbying pour participer à l'élaboration des normes, et décide d'adopter une législation souple. Il semble que les avocats-lobbyistes français n'est pas encore saisi *officiellement* cette place qu'offre l'UE. En France, ce sont les avocats d'affaires qui cherchent à promouvoir le lobbying tant au sein de leur profession qu'auprès des institutions.

2. Impulsion du haut barreau d'affaire parisien

• Enjeux théoriques

Yves Dezalay⁵⁵ – dans la lignée de Lucien Karpik⁵⁶ – parle d'un conflit entre deux catégories d'avocats : d'un côté, les « juristes purs », hostiles à l'introduction de la logique du marché dans le droit et de l'autre côté, les « marchands de droit », appelés également « les entrepreneurs de services juridiques », au contraire favorables à cette introduction. Nous n'allons pas revenir sur ce conflit entre ces deux corps au sein de la profession d'avocat. On peut noter néanmoins que la logique du marché – grâce aux différentes réformes – a été introduite progressivement mais non entièrement dans la profession d'avocats (cf. *supra*).

⁵² J.O.U.E., *Accord entre le Parlement européen et la commission européenne sur le registre de transparence pour les organisations et les personnes en qualité d'indépendants qui participent à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques de l'Union Européenne*, 19 sept. 2014, n° L277, p. 11

⁵³ Cf. rapport de Transparency International en 2014

⁵⁴ CCBE, *Réponse générale du CCBE à la consultation de la Commission européenne sur le registre de transparence*, le 7 septembre 2012 : cela peut poser des problèmes à l'encontre du secret professionnel et opposition au système de sanctions par un organe administratif de la Commission, autre les barreaux nationaux.

⁵⁵ DEZALAY, Y., « Juristes purs et marchands de droit. Division du travail de domination symbolique et aggrégation dans le champ du droit », *Politix*, 1990, vol. 3, n°10-11,

⁵⁶ KARPIK, L., *Les avocats : entre l'Etat, le public et le marché, XIIIè-XXè siècle*, Editions Gallimard, Paris, 1995, p. 422 et suivantes et DEZALAY, Y., « Juristes purs et marchands de droit. Division du travail de domination symbolique et aggrégation dans le champ du droit », *Politix*, 1990, vol. 3, n°10-11, p. 70-91

Nous allons nous concentrer ici sur les avocats d'affaires, ces « marchands de droit » qui défendent la logique du marché dans le champ juridique.

Comme cela a été dit et démontré plus haut, un marché du conseil de l'entreprise est né : retrait de l'Etat et multiplication des échanges internationaux ont multiplié les demandes en conseil des entreprises. Ces entreprises, à partir des années 1970, ne cherchent plus à agir dans l'ombre. Comme le remarque Yves Delazay, le monde des affaires étaient avant un monde fermé, secret : « *la simple menace d'un procès pouvait s'avérer être un argument tout à fait dissuasif* »⁵⁷. Une rupture se fait dans les années 1970 à cause des mutations du marché : il s'agit de construire des nouvelles règles du jeu sur le marché économique. C'est dans ces années qu'on peut situer la pratique accrue, sinon assumée, du lobbying par les entreprises : Yves Delazay note que « *l'efficacité des techniques de lobbying offre aux entreprises en position dominante de nombreuses possibilités pour peser sur la redéfinition des règles et protéger, grâce à d'habiles formulations, leur marché contre des nouveaux entrants* ». Or, sur le marché du conseil et du lobbying, les avocats doivent faire face aux juristes d'entreprises, conseillers en lobbying, experts-comptables, etc. Dans cette partie, il s'agit non plus de s'intéresser aux actions de ces avocats d'affaires (cf. *supra* : les différentes réformes défendues) mais de déterminer le profil socio-professionnel de ces avocats.

Préalablement, il faut noter que cet accaparement des services du marché des entreprises par les avocats a été possible grâce à deux atouts qu'avaient ces derniers, selon Lucien Karpik⁵⁸ : la multiplication du nombre d'avocats – qui a doublé entre 1968 et 1988 alors que celui des juristes d'entreprise n'aurait augmenté que de 50%, créant ainsi de l'offre sur le marché - et le regroupement des avocats dans des firmes lesquelles sont passées de 174 en 1974 à 656 en 1993 à Paris. Ces deux atouts ont permis aux avocats – parce qu'ils peuvent se situer sur le marché de l'offre quand ils font du conseil juridique à leurs clients - de répondre aux demandes croissantes des entreprises.

C'est d'ailleurs ce dernier atout qui va peser fortement dans l'appropriation du marché du conseil par les avocats. En effet, prôner cette nouvelle activité de lobbying chez les avocats est une chose. Mais avoir le rapport de force pour le faire – au sein de la profession et face aux concurrents - en est une autre. En reprenant la théorie des champs de savoir de

⁵⁷ DEZALAY, *Ibid.*, p. 75

⁵⁸ L. KARPIK précité, p. 267 et suivantes

Bourdieu⁵⁹, Yves Dezalay explique que le conflit entre juristes purs et marchands de droit a permis de construire une nouvelle définition du champ professionnel des avocats, tout en se préservant des immixtions externes et en garantissant une autonomie et une certaine légitimité de l'ensemble du corps professionnel. C'est précisément parce qu'un certain *establishment* du monde professionnel des avocats – celui des cabinets d'affaires – prônait cette ouverture à la logique du marché, dans le cadre d'un débat, que cette dernière a pu se faire. De même que dans les pays anglo-saxons, ce sont les *law-firms* qui ont procédé à ce tournant⁶⁰, de même en France, ce sont les grands cabinets d'affaires qui ont poussé à ce changement.

- **Profil socio-professionnel des avocats-lobbyistes**

Appliquons cette théorie au lobbying. L'Association des Avocats Lobbyistes (AAL) a été fondée le 9 mai 2011 par cinq grands cabinets d'affaires parisiens – August & Debouzy, Granrut société d'avocats, Jeantet Associé, Lexidia Société d'avocats et Vogel & Vogel : la pratique du lobbying a donc été prônée par les grands cabinets d'affaires parisiens.

Il est aussi intéressant de regarder le profil socio-professionnel des avocats prônant l'activité de lobbying. Aux Etats-Unis, l'avocat-lobbyiste est une figure connue depuis les années 1970-80 : on peut s'inspirer des écrits de cette époque pour trouver une réponse en France. Ainsi, peut-on lire⁶¹ que le lobbying attire les jeunes et ambitieux avocats "*who are willing to involve themselves less with courtrooms and the Constitution than with political fund raising and walking the halls of Congress*". Le portrait de l'avocat-lobbyiste typique de cette époque est un avocat ayant eu une carrière politique : le journaliste prend l'exemple de Thomas Hale Boggs Jr., avocat, fils d'un député, bien connu des parlementaires, mais qui se dit neutre politiquement⁶². En comparant les articles actuels en France, l'avocat-lobbyiste français ressemblerait à son homologue américain : l'exemple souvent répandu est celui de l'avocat, ancien énarque, ayant occupé une ancienne fonction dans l'Administration, faisant désormais partie de l'un des grands cabinets d'affaires parisiens⁶³, « *la carrière politique ayant pris le dessus sur la carrière juridique* » peut-on lire. Il y a, en effet, une partie des

⁵⁹ BOURDIEU P., « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, p. 3-19

⁶⁰ Clifford-Chance en Grande-Bretagne et Arnold & Porter aux Etats-Unis

⁶¹ NEIL A. LEWIS "LAW: The Lawyer As Lobbyist; Lobbying Lures Fresh Faces As Lucrative Legal Specialty", *The New York Times*, December 29th, 1989

⁶² *Ibid.* « "Ideology is a luxury you can't afford. If you say you're on one side, you lose out on a lot of business."

⁶³ « Les Avocats et le lobbying : un gisement d'opportunité », *Le monde du droit*, le 1^{er} février 2008 : l'exemple pris est celui d'« Antoine Gosset-Grainville, IEP, Enarque, Inspecteur des finances, [qui] a fait partie du cabinet de Pascal Lamy lorsque celui-ci était commissaire européen chargé du Commerce. Il vient de passer quelques années chez Gide Loyrette Nouel avant d'être appelé aux fonctions de directeur de cabinet adjoint de François Fillon. Voilà qui ressemble au CV du parfait avocat lobbyiste dans lequel la carrière politique a largement pris le pas sur la juridique »

avocats-lobbyistes actuels qui ont fait une carrière politique (D. Villepin, F. Copé, etc.) : certains par reconversion professionnelle à la fin d'une carrière politique, d'autres pour s'éloigner de la scène politique provisoirement, etc.⁶⁴.

Cependant, les trois avocats-lobbyistes interviewés – dont un ne fait pas partie de l'AAL mais a été recommandé par l'un de ses membres – n'ont pas fait de carrière politique : ils sont tous les trois juristes, spécialisés en droit des affaires, droit privé ou droit communautaire, et ayant eu une expérience professionnelle à Bruxelles pour deux d'entre eux et une expérience universitaire à Miami pour le troisième. Nous allons ici nous concentrer sur les membres de l'AAL car ils sont la partie visible de l'iceberg⁶⁵. Outre le fait que douze membres de l'AAL⁶⁶ sont également fondateurs ou associés des cabinets dans lesquels ils exercent – de taille moyenne, il s'agirait du barreau intermédiaire de Karpik - on peut repérer les critères suivants, souvent cumulés :

- titulaire d'un diplôme en droit des affaires (4 membres). Vient ensuite les diplômés en droit public ;
- grandes écoles de commerce ou universités américaines (2) ;
- expérience dans l'un des grands cabinets d'affaires parisiens (2) ;
- expériences dans les institutions (4 au total : 2 dont 2 au sein des institutions françaises, 2 dans les institutions européennes) ;
- expériences à Bruxelles, différentes des institutions publiques (3 dont 2 au sein du CCBE – conseil des barreaux européens)

Ainsi, deux points sont à relever : d'une part, les matières qu'ils ont étudiées conduisent facilement au lobbying, d'autre part, l'expérience professionnelle ou universitaire dans un pays habitué au lobbying – les Etats-Unis ou Bruxelles, capital de l'Union Européenne – semblent favoriser la pratique du lobbying.

Ainsi, aux regards des différents membres de l'AAL – membres fondateurs et membres individuels - on peut conclure qu'*a priori* la pratique du lobbying a, d'abord, été affirmée par les grands cabinets d'affaires parisiens (lesquels ont fondés l'AAL), et est aujourd'hui de plus en plus, affirmée par les avocats d'affaires, associés d'un cabinet de taille moyenne, ayant eu des expériences européennes ou internationales, institutionnelles ou non (constituant la majeure partie des membres de l'association).

⁶⁴ VAUCHEZ, A. « Elites politico-administratives et barreau d'affaire. Sociologie d'un espace-frontière », *Pouvoirs*, n°140, 2012, p. 71 à 81

⁶⁵ En effet, en regardant les différents sites des cabinets d'affaires, peu d'entre eux affirment faire du lobbying.

⁶⁶ Dans la catégorie « membres avocats individuels »

- **Soutien des organes représentatifs de la profession**

Notons aussi que cette revendication du haut barreau d'affaires a trouvé des échos ou des appuis au sein des institutions du barreau. Ainsi, c'est le bâtonnier Jean Castelain (2010-2011) et vice-président du CNB (2010-2011), avocat à Granrut, qui est à l'initiative de la modification de l'article 2 du RIN et de la création de l'AAL. L'un des avocats-lobbyistes interviewés, pionnier dans les revendications de la pratique du lobbyiste par ses confrères, membre de l'AAL, nous le rappelle d'ailleurs :

« En 2011, le bâtonnier Castelain fait passer un message aux avocats : le monde change, votre monde change, les affaires de vos clients évoluent, il faut qu'on sorte de nos rôles traditionnels – la consultation, la négociation et la plaidoirie – et il faut s'ouvrir aux nouveaux métiers de l'avocat – que sont les transactions immobilières, l'avocat fiduciaire, etc. Ça, ce sont vraiment des conquêtes. Et puis, il y a la reconnaissance de ce que certains avocats avaient déjà commencé : le lobbying, qui n'était pas interdite aux avocats mais tout le monde n'était pas certain qu'on en avait besoin. Castelain nous conseille alors de monter une association qui réunissait quelques avocats qui pratiquent déjà le lobbying »

Le haut barreau d'affaires a fini par « prendre le pouvoir » au sein des institutions du barreau et a pu alors faire prôner son point de vue en 2011.

On peut conclure que *la naissance du lobbying est intrinsèquement liée au développement du droit des affaires*, comme cela a été montré dans la partie A. Observation qui est corroborée par l'un des avocats-lobbyistes interviewé :

« Oui, je n'ai fait du lobbying qu'en affaires. J'en ai fait un peu dans des dossiers humanitaires, mais ça sort du cadre du lobbying pur : j'ai un peu épaulé les ONG, j'ai fait une conférence au Parlement européen pour les ONG marocaines, mais ce n'est pas tellement ce qu'on appelle du lobbying. Le cœur du lobbying d'un avocat, ce sont les affaires. C'est le client qui vient vous voir pour un problème relatif à un texte soit en cours de préparation, soit annoncé dans un livre vert, etc. : souvent cela concerne l'emploi, ou la

perte de rentabilité d'un investissement. Ce sont les deux grandes catégories auxquelles est confronté l'avocat-lobbyiste. »

Mais quelles sont les conséquences de cette ouverture du droit à la logique du marché ? Et celles de la reconnaissance de la pratique du lobbying par les avocats ?

C. Le droit des affaires et le lobbying : ses conséquences sur le corps professionnel des avocats

1. Frontières floues entre activité économique et activité juridique

Du fait de la pensée libérale et de la difficulté de construire un ordre juridique international contraignant, le droit international des affaires est avant tout le produit de la pratique des acteurs. Christian Bessy explique alors que les avocats ont un véritable rôle d'intermédiaire : les grands cabinets d'affaires participent à la construction du droit international privé d'abord par les affaires contentieuses, qui sont ensuite progressivement intégrées dans la pratique – via les contrats, les fusions/acquisitions, etc. : en effet, « *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.* »⁶⁷. L'exercice du droit se situe sur *le marché de conseil des entreprises*, résultant de la croissance rapide d'un marché international des services de l'entreprise dans les années 1970-1980. Cette observation peut se faire aussi au niveau national (cf. *supra*).

Dès lors, contentieux et conseil ne sont plus des domaines si différents, le contentieux servant à légitimer (ou non) ce que le conseil a prôné. Ce qui était pratique, coutume, *soft law* devient jurisprudence, voire loi, *hard law*. D'ailleurs, Christian Bessy note que l'activité de conseil des cabinets d'affaires progresse : elle atteint les 40,4%.

Or, qu'est-ce que le conseil ? Dans le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, la première définition est celle d'un « *avis sur ce qu'il convient de faire* »⁶⁸ et renvoie notamment à la définition de consultation, cette dernière étant définie comme « *une opération consistant, pour celui qui est consulté (avocat, professeur, etc.), à fournir, sur la question soumise à son examen, un avis personnel, parfois un conseil, qui apporte à celui qui*

⁶⁷ BESSY, C., *L'organisation des activités des avocats : entre monopole et marché*, L.G.D.J., Paris, 2015, p. 57 et suivantes

⁶⁸ (Dir.) CORNU G., *Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique*, Quadrige/P.U.F., Paris 2009

le consulte des éléments de décision, le cas échéant, des éléments en faveur de sa cause »⁶⁹. Or, si l'on croise conseil et droit des affaires, on peut vite se demander quelle est la différence entre une prestation juridique et une prestation économique. C'est ce que souligne Christian Bessy, à propos du conseil en cabinet d'affaires : « on ne voit plus très bien la frontière entre la recherche de garanties juridiques et les décisions économiques. Le droit est alors instrumentalisée au profit de l'économie »⁷⁰. Cette observation relative au conseil se retrouve dans la pratique du lobbying. Ainsi, l'un des avocats-lobbyistes interrogés nous dit :

« J'ai défendu des produits chimiques. C'était du business pur et dur : le client voulait vendre suffisamment de quantités d'un produit et le gouvernement français voulait imposer des réglementations trop exagérées sur ce produit, avec comme fondement la protection santé/environnement »

Plus généralement, ces différentes évolutions du droit – l'émergence du droit des affaires, la transformation des cabinets, l'exigence européenne du respect du droit de la concurrence - montrent qu'il existe un lien entre transformation économique et transformation juridique⁷¹, ce qui se reflète d'ailleurs dans les différentes interviews faites.

« Aujourd'hui, s'il y a un doute législatif, réglementaire ou jurisprudentiel, cela rend les affaires plus difficiles et c'est l'une des causes en France du ralentissement des entreprises, du départ des entreprises à l'étranger, pas seulement pour des causes fiscales, mais tout simplement sociales : car l'environnement juridique n'est pas 'friendly' aux affaires, contrairement à d'autres pays ».

Le lien entre droit et économique semble inextricable : les praticiens du droit travaillent pour leurs clients qui ont des besoins économiques. Ils cherchent à utiliser des instruments du droit ou, dans le cadre du lobbying, à créer des nouveaux instruments afin de

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, p. 46-47

⁷¹ Reflet du mouvement de l'analyse économique du droit, venant de l'Université de Chicago (Pr. Coase) : le droit a pour finalité l'efficacité économique

répondre aux nouveaux besoins de leurs clients⁷². L'économie est alors une part intégrante du travail de l'avocat-lobbyiste, comme nous l'affirme l'un des avocats interviewé :

« L'avocat a une proximité économique, en fait une proximité avec la pensée du client. On est censé écouter le client, tant pour des questions contentieuses que pour des questions qui le taquent. Il y a une habitude de réflexion avec la tête du client, donc avec une tête économique et juridique : il y a donc une compréhension »

Plusieurs lois, accords illustrent ce mélange des matières⁷³. Se posent donc ainsi pour le lobbying des questions de déontologie. En effet, *peut-on considérer le lobbying comme une activité commerciale ?* Car si tel est le cas, alors il est incompatible avec la profession d'avocat⁷⁴. Selon le CNB⁷⁵, le lobbying n'est pas une activité commerciale et, à cause du manque de législation et d'encadrement autour du lobbying, ne peut être considéré comme un autre métier, et donc comme étant une activité commerciale. Parce que la prestation de lobbying est une prestation intellectuelle, alors il ne peut s'agir d'une prestation commerciale par définition. De plus, l'avocat agit pour le compte de quelqu'un d'autre, et non pour son intérêt personnel.

Plus largement, cette question de comptabilité renvoie directement aux questions de déontologie: dignité, indépendance, secret professionnel et conflit d'intérêts⁷⁶ sont les clés de voutes pour comprendre si l'activité de lobbying a affecté, transformé le métier d'avocat.

⁷² McBAMET D., "Law and capital the role of legal form and legal actors" *International journal of the sociolociology of law*, no. 12, 1984

⁷³ Cf. – entre autres - Les accords du GATT du 30 oct. 1947 (lien entre libre-échange et diminution des prix) ou encore le rapport *Doing Business* (lien entre libéralisme et développement des affaires).

⁷⁴ L'article 111 du décret du 27 novembre 1991 énonce que : « *La profession d'avocat est incompatible :a) Avec tout es les activités de caractère commercial, qu'elles soient exercées directement ou par personne interposée* »

⁷⁵ B. VAN DE MOORTEL et D. VAILLY, *Rapport Avocat français et lobbying, Commission des règles et usages*, Conseil National des Barreaux, Assemblée générale des 12 et 13 septembre 2008

⁷⁶ BLON C., Rapport d'étape sur « L'incompatibilité de la profession d'avocat avec les actes de commerce et les professions ou fonctions commerciales : sens et portées contemporaines d'une telle prohibition ? », CNB, Ass. Gén. Des 9 et 10 juillet 2010

2. Redéfinition de la déontologie de l'avocat

En France, la déontologie de l'avocat est définie par la loi du 31 décembre 1971, précisée par plusieurs décrets, notamment par les décrets des 27 novembre 1991 et 12 juillet 2005. L'activité de conseil juridique n'est pas une activité récente de l'avocat : au XIX^{ème} siècle, la consultation était considérée comme la partie noble des activités de l'avocat⁷⁷. L'avocat d'affaires apparaît d'ailleurs à cette époque⁷⁸, perçu alors comme un avocat/conseil ou copilote de l'entreprise. Seulement, aujourd'hui, l'avocat n'a plus le monopole de la consultation – étant concurrencé par les experts-comptables, notamment – et son rôle dans le monde des affaires s'est élargi – à l'image de l'avocat/membre de conseils administratifs : on retrouve souvent d'ailleurs l'expression de l'« avocat/agent d'affaires ». Ainsi distingue-t-on une *summa divisio* au sein des activités de l'avocat : les activités judiciaires – concernant principalement la défense devant les tribunaux – et les activités juridiques – recouvrant le conseil et la rédaction d'actes.

Alors que la Cour de Cassation⁷⁹ avait distingué deux types de déontologies en fonction de ces deux types d'activités – estimant que le principe du secret professionnel ne s'appliquait pas entièrement pour les activités juridiques de l'avocat, les droits de la défense n'étant pas en jeu – le législateur⁸⁰ est revenu sur cette position pour affirmer une application uniforme de la déontologie de l'avocat, quelle que soit l'activité concernée : ainsi, le secret professionnel s'applique « *en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense* ».

Comme dans cette partie, nous ne nous intéressons qu'à la déontologie de l'avocat, laquelle est uniforme parmi toutes les activités de l'avocat, nous chercherons ultérieurement à situer l'activité de lobbying au sein des différentes activités de l'avocat. Il faut noter que le Conseil national des Barreaux (CNB) a inscrit la pratique du lobbying dans le Règlement intérieur national des avocats (RIN) en 2011.

La question dans cette partie est la suivante : la pratique du lobbying par les avocats est-elle compatible avec la déontologie des avocats ? Selon le CNB, la déontologie de l'avocat est parfaitement compatible avec l'exercice du lobbying. En effet, le CNB, après s'être réuni

⁷⁷ MARTIN, R., *Déontologie de l'avocat*, LexisNexis, 11^{ème} édition, Paris, 2013, p. 33 et suivantes

⁷⁸ ADER H., DAMIEN A., *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz Action, Paris, 2012, p. 36, citant Camus « *Mais quelle idée ce négociant concevra-t-il de l'avocat auquel il viendra s'adresser si celui-ci ne sait pas ce qu'est une lettre de change, un ordre, un escompte, s'il ne met pas de différence entre le commerce à l'intérieur du royaume et le commerce avec l'étranger...* ».

⁷⁹ Arrêt de 1991, chercher référence

⁸⁰ Loi du 7 avril 1997 modifiant l'article 66-5 de la loi du 31 déc. 1971

en assemblée, a publié un compte-rendu en 2008⁸¹, comparant les différents éléments de la déontologie des avocats avec la pratique du lobbying par ces derniers : il ne relève aucune incompatibilité. Les deux nerfs centraux de la discussion portaient sur deux principes majeurs de la déontologie des avocats : le secret professionnel et le conflit d'intérêt.

- **Le secret professionnel**

Le secret professionnel ne posait un problème qu'au regard du principe de transparence qui est le nouveau principe-phare pour encadrer la pratique du lobbying. En effet, le lobbying a encore des connotations négatives, notamment en France⁸² : il est associé au trafic d'influences, à la promotion des intérêts privés au détriment de l'intérêt général, et donc au détriment de la démocratie, etc. D'où la floraison de règles – contraignantes ou non – affirmant des principes de transparence en matière de lobbying : loi du 27 mai 2007 pour le Parlement européen, modification du règlement intérieur pour le Sénat, etc. toutes cherchant à mettre en place des « registres de transparence » dans lesquels les lobbyistes doivent déclarer pour qui ils travaillent ainsi que leur rémunération.

Dans cette optique, depuis juin/juillet 2015⁸³ une modification a été apportée dans le RIN : il a été ajouté une sous-section à l'article 6 – relatif à la définition du champ d'activité professionnelle des avocats – lequel vient apporter des précisions sur l'avocat-lobbyiste : *« l'avocat qui exerce l'activité de représentation d'intérêts auprès d'administrations publiques, européennes ou internationales, doit, le cas échéant, après en avoir informé ses clients, faire mention dans les registres de ces institutions ou administrations de leur identité et du montant des honoraires relatifs à sa mission. Les honoraires prévus au titre de cette mission font l'objet d'une convention et d'une facturation distinctes de toute autre mission ou prestation effectuée pour le compte du même client »* : les avocats sont la première profession à être contraints/obligés à s'inscrire sur les registres de transparence.

On peut noter un *élément significatif* : avant cette modification du RIN intervenue en aout 2015, c'est l'article 2 du RIN qui avait été modifié, en 2011, dans l'optique de reconnaître officiellement le lobbying et de le rendre compatible avec la profession

⁸¹ Commission des Règles et Usages du Conseil National des Barreaux, *Rapport Avocat français et lobbying*, présenté à l'Assemblée générale des 12 et 13 septembre 2008

⁸² A l'image de cet article récent, faisant référence au dernier rapport de *Transparency international* : <http://www.rfi.fr/europe/20150417-lobbying-union-europeenne-transparency-international-lutte-corruption>

⁸³ Disposition créée par le DCN n°2015-001, AG du CNB du 12-06-2015, Publiée au JO par décision du 10 juillet 2015 – JO du 4 aout 2015, intitulée « *l'activité de représentation d'intérêts – lobbyiste* ». Il est intéressant de voir que le mot de « lobbyiste » est clairement reconnu dans le RIN.

d'avocat⁸⁴. Cette modification a été supprimée depuis la nouvelle et dernière modification de l'art. 6 du RIN. Or, cet article 2 du RIN concerne le secret professionnel : on pouvait y lire que « *par dérogation aux dispositions de l'article 2.2 du RIN⁸⁵, l'avocat peut, dans le cadre de ses activités de représentation d'intérêts (lobbying) auprès des Parlements nationaux ou européen ou auprès d'administrations publiques nationales, européennes ou internationales, faire mention, dans les registres de ces institutions ou administrations, après avoir recueilli l'accord exprès de ses clients, de l'identité de ceux-ci et du montant des honoraires perçus au titre de sa mission* ». Il y a donc eu deux éléments nouveaux entre 2011 et 2015. Premièrement, on est passé d'une inscription facultative à une inscription obligatoire dans les registres des institutions publiques – « *l'accord recueilli du client* » est devenu « *après en avoir informé le client* », le client s'adressant à un avocat-lobbyiste doit afficher officiellement sa stratégie de lobbying : c'est une garantie de transparence prônée par le corps des avocats. Deuxièmement, alors qu'il était rattaché au secret professionnel en 2011, le lobbying est désormais rattaché au domaine de compétences des avocats. On peut interpréter cela comme une volonté d'harmoniser, d'homogénéiser et de légitimer la pratique du lobbying au sein de la profession : le lobbying n'est pas une activité qui est soumise à un code de déontologie différent des autres activités de l'avocat – conseil ou contentieux. Il s'agit de dire que le lobbying est une nouvelle activité – comme celle de l'avocat-fiduciaire – soumise aux mêmes règles de déontologie que les activités traditionnelles de l'avocat. Il n'y a pas deux secrets professionnels, mais un seul et unique secret professionnel, commun à tous les avocats, à tous les types d'avocats. De plus, c'est une manière d'éviter les problèmes futurs relatifs au secret professionnel que pourraient rencontrer les avocats-lobbyistes⁸⁶.

- **Le conflit d'intérêt**

Il est difficile de déterminer le contenu de la notion de conflits d'intérêts, celle-ci étant contingente, variant en fonction du temps et de l'espace⁸⁷. Si l'on devait donner une première

⁸⁴ Article sur le site *villagedelajustice.com* datant du 5 février 2015 : <http://www.village-justice.com/articles/avocat-lobbyiste,16417.html>

⁸⁵ Portant sur l'étendue du secret professionnel des avocats : consultations, correspondances, nom du client et agenda, etc.

⁸⁶ En effet, aux Etats-Unis, on trouve de nombreuses jurisprudences sur la compatibilité avocat-lobbyiste/secret professionnel : lire Bethany Leigh Rabe, "Limits on the Attorney-Client Privilege for lobbyist Communications", *Litigation News*, March 31, 2014 à propos de la décision U.S. District Court for the District of Connecticut : is not protected by the legal privilege everything about "general lobbying updates, progress reports, and summaries of legislation meeting" as well as "conversations with public officials".

⁸⁷ MEKKI M., « Introduction à la notion de conflits d'intérêts », in dir. MAZEAUD D., MOORE B., MALLET-BRICOURT B., Actes du colloque « Les conflits d'intérêts », Dalloz, Paris, 20 nov. 2012

définition générale concernant la profession d'avocat, on pourrait caractériser le conflit d'intérêts lorsque des intérêts – ceux de l'avocat ou ceux de ses clients – entreraient en contradiction : typiquement, l'avocat qui défend une partie dans un procès ne peut défendre l'autre partie du même procès. Voire même ultérieurement dans un autre procès. En effet, comme le souligne Mustapha Mekki⁸⁸, il faut prendre en compte deux dimensions dans l'appréciation des problèmes relatifs aux conflits d'intérêts : la dimension matérielle – les intérêts peuvent être de nature personnelle, économique, familiale, etc. – et la dimension temporelle – les intérêts peuvent être présents, passés, et futurs. Il n'est donc pas aisé de saisir les conflits d'intérêts, d'autant plus qu'il faut se concentrer uniquement sur les « mauvais » conflits d'intérêts, i.e., ceux qui portent effectivement atteintes aux différents principes de déontologie de l'avocat – l'indépendance, le secret professionnel, i.e., l'ensemble des principes garantissant la loyauté de l'avocat⁸⁹. En cas de conflits d'intérêts, l'avocat doit renoncer à la représentation de l'un de ses clients, au risque d'être sanctionné, dans le cas contraire, par le juge.

Le Règlement intérieur national des avocats (RIN) donne des définitions abstraites du conflit d'intérêts. Ainsi : « *L'avocat ne peut être ni le conseil ni le représentant ou le défenseur de plus d'un client dans une même affaire s'il y a un conflit entre les intérêts de ses clients ou, sauf accord des parties, s'il existe un risque sérieux d'un tel conflit* »⁹⁰. S'agissant du conseil, le RIN précise qu'il y a conflit quand « *l'avocat qui a l'obligation de donner une information complète, loyale et sans réserve à ses clients ne peut mener sa mission sans compromettre, soit par l'analyse de la situation présentée, soit par l'utilisation des moyens juridiques préconisées, soit par la concrétisation du résultat recherché, les intérêts d'une ou plusieurs parties* ». Et s'agissant de « *la fonction de représentation et de défense, lorsque, l'assistance de plusieurs parties conduirait l'avocat à présenter une défense différente, notamment dans son développement, son argumentation et sa finalité, de celle qu'il aurait choisie si lui avaient été confiés les intérêts d'une seule partie* ». On constate aussi que l'art. 4 du RIN portant sur le conflit d'intérêts ne donne pas de précision sur le lobbying. Ou est-il inclus dans la notion « *fonction de représentation et de défense* ». Pour mieux apprécier le contenu des conflits en matière de lobbying, il faut se référer à la jurisprudence ou à des analyses sociologiques.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Ainsi, l'avocat peut être aussi enseignant, conseiller prud'homme, etc.

⁹⁰ Art. 4 « Conflits d'intérêts », premier alinéa

Or, la principale difficulté que rencontrent aujourd'hui les avocats avec le conflit d'intérêts réside dans le développement du droit des affaires et l'organisation des avocats exerçant en regroupement (les Sociétés d'exercice libéral, les SEL). La difficulté est double. D'abord, parce que le risque du conflit d'intérêt est plus étendu pour l'avocat exerçant dans une SEL: ne sont pas en jeu seulement les risques entre les intérêts des clients de l'avocat mais également les risques entre les intérêts de l'ensemble des clients du cabinet, représentés, conseillés ou non par l'avocat en question⁹¹. Or, l'avocat-lobbyiste est bien souvent un avocat d'affaires, lequel peut travailler dans des groupements d'exercice (les SEL)⁹². Ensuite, parce que le RIN s'intéresse également aux *potentiels* conflits d'intérêts⁹³. D'ailleurs, l'un des exemples donnés par l'un des avocats-lobbyistes interviewés portait sur ce type de conflits potentiels : l'avocat des syndicats des chimistes français par exemple ne peut pas aussi être celui d'un des chimistes français. Même s'il n'y a pas de conflit d'intérêt sur le moment présent, il peut y en avoir dans l'avenir, dans la durée des relations.

De ces deux considérations découlent alors trois pratiques⁹⁴ : l'obligation d'employer des moyens raisonnables pour préserver la loyauté et la confidentialité due à chacun des clients dont les intérêts sont divergents ; ensuite, au stade des échanges préliminaires, éviter les clients potentiellement en conflit avec les clients actifs du cabinet ; enfin, apprécier les conflits d'intérêts de manière dynamique – des intérêts initialement non antagonistes peuvent le devenir avec le temps. Pour les grands cabinets, la gestion des conflits d'intérêt est donc une tâche difficile : c'est ce que souligne la littérature américaine à ce propos. Aujourd'hui, l'organisation des grands cabinets américains poussent aux conflits d'intérêts : nombres importants d'avocats (des centaines, des milliers), un cabinet divisé en plusieurs agences, dans des villes différentes, différents pays, concentration des marchés, surspécialisation, etc. C'est pourquoi les avocats des grands cabinets américains veulent assouplir la règle d'auto-disqualification en cas de conflit d'intérêts⁹⁵ : contrairement à la position des universitaires et des petits cabinets qui ont une vision stricte du conflit d'intérêts, les gros cabinets d'affaires

⁹¹ Art. 4, al. 4 du RIN

⁹² BARSZSZ C. « Typologie des avocats d'affaires », *Pouvoirs*, 2012/1 - n°140 pages 21 à 32 : «*Les grands cabinets internationaux sont devenus des entreprises, gérées comme telles, utilisant des outils managériaux dans un objectif d'organisation et de pérennité* »,

⁹³ Art. 4, dernier alinéa : «*Il existe un risque sérieux de conflits d'intérêts, lorsqu'une modification ou une évolution prévisible de la situation qui lui a été initialement soumise fait craindre à l'avocat des difficultés visées ci-dessus* »

⁹⁴ JUTRAS D., « La structure et le régime des conflits d'intérêts au sein des professions juridiques : réflexions convergentes », in dir. MAZEAUD D., MOORE B., MALLET-BRICOURT B., Actes du colloque « Les conflits d'intérêts », Dalloz, Paris, 20 nov. 2012

⁹⁵ LAZEGA E., « Conflits d'intérêts dans les cabinets américains d'affaire : concurrence et autorégulation », *Sociologie du travail*, n°3/94, p. 318 et suivantes.

voudraient que la simple apparence du conflit d'intérêts n'entraîne pas systématiquement l'auto-disqualification : un contrôle substantiel est nécessaire pour déterminer s'il y a matériellement conflit d'intérêt ou non.

La conception du conflit d'intérêts est donc plus souple pour les grands cabinets d'affaires. Ainsi, on retrouve ici le conflit entre les « marchands de droit » et les « traditionnels ». De plus, il faut souligner que la responsabilité du cabinet – de ces « entreprises du droit » - en cas de conflits d'intérêts au détriment de celle de l'avocat individuel peut heurter la conception libérale, individualiste de l'exercice de l'avocat : en effet, un cabinet peut pousser l'un de ses avocats à lâcher son client au profit d'un autre client (un client plus important, bien souvent) du cabinet : cela va donc à l'encontre de la conception du métier⁹⁶ (exercice libéral, indépendance, etc.): un avocat individuel doit montrer de la résistance sinon cela reflète un contrôle du cabinet sur lui.

Le conflit d'intérêts est donc un point litigieux de la déontologie des avocats, pouvant remettre en cause l'unité de la profession. *Le risque rencontré par les cabinets d'affaires s'accroît dès lors qu'ils étendent leurs activités – dont fait partie le lobbying. Conflit possible entre le conseil, le contentieux, le lobbying.*

Cette unité de la déontologie – malgré la volonté de certains prônant une déontologie des activités juridiques distinctes de celle des activités judiciaires⁹⁷ - permet un maintien d'unité de la profession d'avocats. En effet, quel rapport entre l'avocat judiciaire passant son temps au Palais à faire des plaidoiries et l'avocat juridique qui déserte le Palais pour négocier dans les bureaux des entreprises et des personnes publiques ou politiques ? La déontologie appliquée à toutes les activités permet de maintenir une cohésion dans la diversité du corps professionnel.

Mais il peut exister un risque à venir d'une déontologie à deux degrés à force d'étendre le champ de compétences des avocats à des matières qui ne sont pas proprement juridiques : aux Etats-Unis, le secret professionnel ne s'applique pas à toutes les activités de l'avocat – les Américains ayant néanmoins une conception *in rem* du secret professionnel, et

⁹⁶ *Ibid.*, p. 400 et suivantes

⁹⁷ Cass. Crim, 30 juin 1999 qui persiste *contra legem* à distinguer deux types de secret professionnel – l'association des avocats conseils d'entreprise vont dans le sens d'une déontologie spécifique au juridique

non *in personam* comme en France⁹⁸. Le barreau flamand en Belgique⁹⁹ suggère une bonne piste : l'avocat peut exercer des nouvelles activités, qui ne sont pas spécifiquement juridiques, mais le secret professionnel ne doit s'appliquer qu'aux activités traditionnelles de l'avocat – le conseil et le contentieux. Mais une telle proposition peut être très difficile à mettre en œuvre en pratique, notamment pour le lobbying, sa définition n'étant pas très certaine.

⁹⁸ BAUDESSON Th., ROSHER P., « le secret professionnel face au legal privilege » : le legal privilege s'applique à tout avis juridique (conception *in rem*) alors que le secret professionnel est propre aux avocats (conception *in personam*)

⁹⁹ Ordre van Vlaamse Balies, « Lobbying, avocats et secret professionnel », le 10 oct. 2010

II. Définition et place actuelles du lobbying au sein de la profession des avocats

Dans cette partie, il s'agit d'apprécier la place occupée par le lobbying au sein de la profession d'avocat. Cette appréciation sera qualitative et non quantitative – le lobbying n'étant pas toujours avoué par ses acteurs. En effet, le lobbying a eu et a encore une connotation négative en France : il peut être associé au trafic d'influence, à la corruption, ou du moins, à la promotion des intérêts privés contre celle de l'intérêt général - ce qui entre en contradiction avec notre conception de l'intérêt général abstrait, rousseauiste qui a forgé notre mémoire collective et notre droit. Or, on constate que les avocats pratiquant le lobbying ouvertement comme les membres de l'Association des Avocats Lobbyistes (AAL) – parce qu'ils se situent à la fois dans une matière connotée négativement et dans un marché déjà prisé par les consultants, agences de communication et d'affaires publiques – justifient leur pratique par des arguments techniques, par leur déontologie et par un engagement en faveur d'une démocratisation de la société (A). Pourtant, il est légitime de se demander ce que recouvre le lobbying pour les avocats : quelles différences fait-on entre le lobbying et le conseil juridique ? Est-ce que le lobbying avoué d'aujourd'hui n'est pas le conseil juridique d'hier ? (B). Enfin, on s'interrogera sur les limites du lobbying pratiqué par les avocats : tous les avocats sont-ils favorables à la pratique du lobbying ? Le lobbying dilue-t-il la spécificité de la prestation juridique ? (C).

A. La quête de légitimité des avocats-lobbyistes : la définition donnée par l'Association des avocats-lobbyistes (AAL)

Parce que le lobbying est encore connoté négativement – ce qu'a souligné chacun des avocats interviewés – le rôle de l'AAL est notamment de promouvoir la pratique du lobbying au sein de la profession des avocats : légitimer la pratique, enseigner et former les avocats sont les différentes missions qu'elle s'est données. Dès lors, le discours des membres de l'AAL (deux des trois avocats interviewés) se fonde essentiellement sur deux arguments : le lobbying est une technique (1), de qualité, du fait de la déontologie des avocats (2), lesquels veulent se distinguer des avocats-députés, des avocats-politiques (3).

1. Le lobbying, une nouvelle technique juridique

- **Première position de l'AAL : le lobbying, une méthode juridique à finalité économique**

Gille Lamarque décrit le lobbying comme une technique juridique à finalité économique : parce qu'il s'agit de modifier une règle législative ou réglementaire, le lobbying a comme support le droit. Par conséquent, il conclut, dès 1993, que « *les avocats sont ainsi devenus des auxiliaires naturels du lobbying* »¹⁰⁰. C'est ce que souligne l'un des avocats interviewés, associé à Jeantet, en parlant des lobbyistes non-juristes :

« Les lobbyistes – quelqu'un qui sort de l'Administration ou d'une boîte de communication [...] - parce que les procédures, les processus de normes se complexifient et parce qu'il faut bien connaître le terrain - ne sont pas nécessairement motivés pour analyser l'impact réel d'un projet de loi, de faire du droit comparé pour voir comment ça marche ailleurs, ou d'argumenter un point technique ou juridique. Les lobbyistes – au-delà de leur réseau- se sont rendus compte qu'ils avaient besoin de gens qui les aident sur la substance des choses »

Ainsi, les avocats pour justifier leur pratique du lobbying fondent d'abord leur argument sur la *technicité* qu'ils peuvent apporter dans le lobbying. A ce titre, l'un des avocats-lobbyistes interrogés¹⁰¹ a introduit une *différence intéressante*, permettant de mieux saisir la *définition* qu'entendent donner les avocats-lobbyistes du lobbying :

« Pour moi, dans le lobbying, il y a deux grandes facettes. On dit en France que le lobbying est celui des syndicats, ce n'est rien d'autre que défendre ses intérêts. Pour moi, ce n'est pas du lobbying, c'est juste pousser les intérêts par tous les moyens possibles, de la manifestation à la pression, etc. On appelle cela en France le lobbying car on est complexé par la notion, on dit que c'est défendre son pré-carré. La notion de lobbying à Bruxelles, Londres,

¹⁰⁰ LAMARQUE G., *Le Lobbying*, P.U.F., Que sais-je, Paris, 1994, p. 25 : à son époque, G. Lamarque ne voit pas les avocats endossés entièrement la pratique du lobbying, mais simplement comme des experts consultés par les lobbyistes pour les points techniques.

¹⁰¹ Non-membre de l'AAL, mais recommandé par l'un de ses membres

Washington est plus sophistiquée : c'est un vrai apport technique à la politique. »

Le lobbying des avocats n'est donc pas celui des syndicalistes, ni même celui des Ordres professionnels (comme le CNB pourrait en faire) : il ne s'agirait pas de faire des manifestations, d'exercer des pressions pour défendre les intérêts d'un groupe spécifique, mais d'apporter une technique juridique dans un dossier, le plus souvent économique, auprès d'institutions politiques. De plus, l'expression « *ne pas défendre son pré-carré* » peut couvrir deux significations. Premièrement, l'avocat-lobbyiste ne défend pas spécifiquement la cause des avocats en général. Deuxièmement, c'est une manière pour l'avocat de s'extérioriser par rapport aux intérêts du client, et de *conserver ainsi son indépendance, en se positionnant sur un terrain de neutralité*, se distinguant alors du *cause lawyering*. Cette définition « professionnalise » le lobbying également, ce qui va de paire avec le mouvement de dépolitisation que connaissent plusieurs univers professionnels¹⁰². L'un des avocats interviewés¹⁰³, associé dans un cabinet spécialisé dans l'agroalimentaire, le dit lui-même : « *je suis un avocat-lobbyiste et non pas un militant* ». Cette définition du lobbying comme un savoir technique devient *alors compatible avec la déontologie* de l'avocat.

« On dit qu'il s'agit d'aider nos clients à expliquer leur métier, leurs attentes, leurs contraintes, leurs problèmes auprès des gens qui sculptent, année après année, leur cadre organisationnel. Comme pour la rédaction d'un contrat, il ne s'agit pas d'utiliser uniquement des mots savants, mais de savoir écrire, de savoir mettre en forme ce que les clients attendent. »

Mais qu'entendre alors par technique juridique, savoir-technique ? En croisant les différentes interviews et recherches, la technique juridique qu'apportent les avocats peut se résumer en trois points :

1. Il s'agit d'abord de connaître le processus décisionnel - savoir à quel moment il faut agir (lors des phases ministérielle ou parlementaire par exemple), auprès de quelle institution, de quelles personnes politiques, etc. ;

¹⁰² VAUCHEZ A., « Le pouvoir judiciaire », 2009 <hal-00384034>, p. 7 et suivantes: plusieurs univers professionnels se dépolitisent depuis les années 1980-90 : le journaliste engagé est devenu le journaliste d'investigation, la figure de l'intellectuel engagé – comme Sartre – à celle de l'expert, le spécialiste

¹⁰³ Interview non-retranscrite

2. Le mot technique suppose le mot savoir : dans le cadre du lobbying, elle repose aussi sur des bonnes connaissances de l'état du droit actuel – ce qui peut inclure l'analyse de la « *comparaison, [des] zone[s] grise[s] du droit* »¹⁰⁴, i.e., les flous juridiques.
3. Les avocats-lobbyistes savent de plus rédiger juridiquement (un amendement, une disposition, etc.) pour pouvoir intégrer une proposition dans un texte juridique (loi, décret, arrêté, etc.)

Les deux derniers points – connaissance du droit et rédaction juridique – entrent dans les compétences naturelles de l'avocat (et du juriste en général). De plus, les avocats sont de plus en plus spécialisés : ils peuvent apporter les concours techniques nécessaires dans l'élaboration des dossiers. Mais le premier point – connaître le processus décisionnel – est discutable : alors que certains estiment que tout juriste connaît ce processus décisionnel, d'autres pointent les lacunes des juristes en la matière.

Première position : « Pourquoi cela se justifie qu'un avocat fasse du lobbying ? C'est parce qu'il est censé bien connaître le processus politique, surtout à Bruxelles, où c'est avantageux de connaître les petits rouages - les traités, les commissions, les propositions de loi, où peut-on intervenir, etc. Donc il y a un côté très juridique dans ce travail » A noter que cet avocat-lobbyiste, allemand, a fait un master 2 en droit communautaire.

Deuxième position : « Là où l'on est moins bon, c'est sur l'aspect connaissances des institutions, connaissances des individus, comment fonctionne le processus décisionnel à la Commission, au Parlement, au cabinet du ministre, etc. : c'est une formation complémentaire, ce n'est pas la formation naturelle de l'avocat. D'ailleurs, je conseille à un jeune avocat qui veut se lancer dans le lobbying de faire un stage au Parlement, d'être assistant parlementaire pendant un temps, de faire de mission gouvernementale, pour voir comment ça fonctionne » Cet avocat-lobbyiste, associé à Jeantet, souligne d'ailleurs qu'il a travaillé dans l'Administration.

¹⁰⁴ Interview n°2 (annexe)

Cette deuxième position semble plus réaliste : il est vrai que les enseignements en droit parlementaire, en légistique, sont rares dans les facultés de Droit et dans le cursus de l'Ecole professionnelle de formation des Barreaux (EFB). Or, en regardant de plus près le parcours professionnel des avocats-lobbyistes de l'AAL, on constate qu'ils ont, pour la plupart, eu une expérience dans les institutions – qu'elles soient françaises ou européennes. Un juste milieu entre ces deux positions peut être trouvé avec la remarque du troisième avocat-lobbyiste non-cité ci-dessus : parce que les juristes ont suivi un enseignement de droit public, ils peuvent plus facilement se plonger dans cet univers, dans les connaissances du processus décisionnel ; ils savent ce que recouvrent les notions de parlement, constitution, loi, décret, arrêté, préfet, cabinet ministériel, Commission, etc.

Notons que les trois points définis ci-dessus ne sont pas distincts, mais complémentaires dans la pratique du lobbying de ces avocats. En effet, l'avocat-lobbyiste, spécialisé dans l'agroalimentaire, distingue plusieurs types de lobbying qu'il n'exerce pas : ceux qui font de la communication, du carnet d'adresses ou encore des échanges parallèles à des dossiers et, même, ceux qui font « *la rédaction juridique d'éléments techniques* » : il se dit alors consultant en lobbying, i.e., qu'il va « *analyser, auprès des élus, l'impact d'une réglementation et proposer des solutions techniques, motivées économiquement et techniquement, pour qu'elles soient les plus efficaces possibles, dans l'intérêt général, mais surtout [pour lui] – en tant qu'avocat – dans l'intérêt de [ses] clients* ». Il faut noter préalablement qu'avant d'être avocat, il avait travaillé dans une boîte de lobbying à Bruxelles : sur le conseil d'amis, avant de s'installer en tant que lobbyiste, il a décidé de passer le barreau pour être avocat.

Ainsi, la définition qu'il entend donner est technique, voulant se distinguer du lobbyiste de connivence – celui des relations – pour se rapprocher du lobbying de convergence – aspect plus technique du lobbying – et même bien plus puisqu'il ne s'agit pas seulement de rédaction juridique, mais d'analyse d'impacts de solutions juridiques, *voulant démarquer l'avocat-lobbyiste du lobbyiste-communicant, du lobbyiste-réseaux, ou encore de l'avocat-consultant externe des lobbyistes.*

L'argument de la technique juridique peut être cependant nuancé. Comme le souligne Gille Lamarque, quand il écrit en 1993, même si les avocats sont « *les auxiliaires naturels du lobbying* », « *peu d'avocats font en revanche profession de lobbying. Outre que la spécialité n'est pas reconnue par le Conseil de l'ordre, la pluridisciplinarité sur laquelle repose le*

lobbying, mélange de droit, de communication et de connaissance des circuits de décision, ne fait pas a priori des avocats des lobbyistes nés »¹⁰⁵. En effet, le lobbying est pluridisciplinaire¹⁰⁶ : il s'appuie sur le droit comme moyen mais a généralement une finalité économique. D'ailleurs, les avocats-lobbyistes le remarquent très bien :

« J'ai fait du lobbying en France sur le biodiesel...matière totalement nouvelle au début pour moi. J'ai découvert cette matière en étudiant le dossier. »

Ainsi, l'avocat-lobbyiste est amené à comprendre de nouvelles matières sans aucun rapport avec le droit : le droit n'est qu'une technique pour développer les arguments du client - arguments économiques ou propres à la matière du client. Outre le rapport étroit mais accepté entre droit et économie déjà vu¹⁰⁷, cela peut alors poser des problèmes quant à *la notion de prestation juridique*, et plus précisément de la prestation de conseil/consultation juridique¹⁰⁸, le lobbying – tel que défini ci-dessus - ne se situant pas dans le domaine judiciaire. Pour mieux illustrer ce propos, on peut faire une analogie entre le droit utilisé dans le cadre du lobbying et les soins dans le milieu médical : le cœur du travail du médecin est de faire un diagnostic et de soigner alors que les soins prodigués par les infirmiers ne sont que des moyens pour soigner. Dans le cadre du lobbying, le droit apparait aussi comme un moyen.

Sommes-nous toujours dans le champ de la prestation juridique ? Il n'y pas de définition fixe, qu'elle soit législative ou jurisprudentielle, de la prestation juridique¹⁰⁹ mais le CNB – synthétisant plusieurs solutions jurisprudentielles¹¹⁰ - a proposé de définir celle-ci comme *« la consultation juridique [qui] consiste en une prestation intellectuelle personnalisée tendant, sur une question posée, à la fourniture d'un avis ou d'un conseil fondé sur l'application d'une règle de droit en vue, notamment d'une éventuelle prise de décision »*¹¹¹. Le CNB précise que la prestation de conseil juridique se distingue de l'information à caractère documentaire. Cette définition large peut inclure le lobbying. Mais

¹⁰⁵ LAMARQUE G., *Le Lobbying*, P.U.F., Que sais-je, Paris, 1994, p. 26 et suivantes

¹⁰⁶ Nous reviendrons sur ce point dans la partie C

¹⁰⁷ Voir première partie, partie C, 1. « Frontières floues entre activité juridique et économique »

¹⁰⁸ Voir les détails de cette réponse en partie B « enjeux juridiques autour de la définition du lobbying »

¹⁰⁹ D'où les débats actuels sur l'appréciation de la qualité d'une prestation, du prix d'une prestation, la concurrence avec les sociétés d'audit, etc.

¹¹⁰ Voir - CASANOVA J.-M., *Commission de l'Exercice du droit du Conseil national des barreaux*, « Vade-mecum de l'Exercice du droit », Les cahiers du conseil des barreaux, 2009, p. 31 et suivantes

¹¹¹ Commission du CNB, Ass. Gén. Du 18 septembre 2011 : proposition d'une définition de la prestation juridique à insérer à l'art. 66-1 de la loi du 31 déc. 1971

subsistent certaines difficultés : d'abord, parce que le lobbying n'est pas à l'origine un monopole¹¹², du moins, une activité pratiquée majoritairement par des professions juridiques, et notamment par des avocats, enfin parce qu'il est surtout pluridisciplinaire, par essence.

En soulevant ces deux difficultés remettant en cause la qualification de lobbying en prestation juridique, on comprend mieux le déplacement de la définition du lobbying passant de l'article 2 relatif au secret professionnel à l'article 6 délimitant le champ d'activité professionnelle des avocats dans le RIN. C'est une manière de *marquer le lobbying du sceau de la juridicité, du caractère de prestation juridique.*

- **Deuxième position de l'AAL : le lobbying, une nouvelle arme dans l'arsenal de l'avocat**

Cependant, il est possible de voir le *lobbying comme une prestation juridique* si l'on considère le lobbying non plus comme une technique, mais comme une nouvelle arme dans l'arsenal des avocats. Le lobbying pratiqué par les avocats n'apparaît alors non plus comme un moyen qui répond à une finalité économique, mais comme faisant partie des moyens d'action de l'avocat pour défendre les intérêts de son client. Face aux besoins de son client, l'avocat a désormais trois armes : le conseil, le contentieux ou le lobbying :

« L'idée, c'est de dire qu'on a beaucoup d'affaires avec deux manières de les aborder : la manière traditionnelle – le contentieux – on va devant le tribunal, on gagne ou on perd. L'autre manière est de voir s'il n'y a pas, à côté de la stratégie contentieuse, des stratégies alternatives ou complémentaires, ou des stratégies de contournement. Cela fait un arbre décisionnel : c'est une grille d'analyse pour l'avocat »

L'avocat peut user de plusieurs stratégies : opter pour le contentieux, lequel peut être long, coûteux, relatif ; pour le conseil qui peut apparaître comme un frein, une inaction ; et pour le lobbying, moins coûteux, plus discret, et pouvant avoir valeur législative et non plus seulement jurisprudentielle.

¹¹² Mais cette remarque peut se faire pour le conseil juridique. Notons cependant que le conseil est *majoritairement* pratiqué par des professions juridiques – le juriste d'entreprise, le notaire, l'ancien conseil juridique.

Le lobbying est donc présenté par les avocats-lobbyistes à la fois comme une technique juridique nécessaire au lobbying - un moyen technique de renforcer l'efficacité du lobbying – et comme une nouvelle arme dans l'arsenal de l'avocat qui, au lieu de défendre les intérêts de son client devant un tribunal, va chercher à agir en amont, n'attendant pas un litige. Mais le droit – qui n'est pas propre aux avocats et est donc un domaine concurrencé par les juristes d'entreprises - n'est pas le seul argument mobilisé. L'argument-phare des avocats-lobbyistes est celui de la déontologie des avocats, argument propre à leur corps professionnel.

2. La déontologie, gage de transparence mis en avant

L'argument de la déontologie est mobilisé par les avocats-lobbyistes pour se distinguer des simples lobbyistes – pouvant sortir d'une Ecole de Commerce, de l'ENA et, même dans ce cas-là, des Universités de droit. Après l'argument de la compétence technique, celui de la déontologique suit :

« Ensuite, il y a un autre élément : la déontologie très stricte de l'avocat, imposée par l'Ordre. C'est un élément de crédibilité : on est reçu différemment quand on dit qu'on est avocat et qu'on vient avec son client pour un dossier. Là tout de suite, on est perçu comme étant encadré par une déontologie professionnelle, vous n'êtes donc pas un consultant : cela ouvre des portes plus facilement. »

Les avocats font partie des corps de métiers réglementés et ne suivent donc pas les lois générales du marché. Ils doivent respecter des règles spécifiques (diplôme, formation, etc.), notamment un code de déontologie. La déontologie pour les avocats-lobbyistes permet de garantir certains éléments de transparence exigés dans la pratique du lobbying : l'indépendance et l'interdiction des conflits d'intérêts ne desserviraient pas le lobbying chez les avocats, mais bien au contraire. Pour apprécier cette argumentation, nous allons comparer essentiellement les avocats aux juristes d'entreprises¹¹³.

- **L'indépendance**

¹¹³ Concurrents des avocats sur le marché du conseil juridique.

A ce titre, l'indépendance peut être en effet un facteur de garantie de la prestation fournie par l'avocat. C'est un avantage envié par les juristes d'entreprise qui ne bénéficient pas de ce statut. L'avocat apparaît indépendant, inféodé à l'entreprise : il peut librement conseiller le pour et le contre d'un projet, alors qu'a priori, cela peut sembler plus difficile pour le juriste d'entreprise, salarié de cette entreprise. D'ailleurs, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) reproche aux juristes d'entreprise de ne pas être suffisamment indépendants du fait de leur rapport d'emploi, de subordination avec leur entreprise¹¹⁴. L'Association française des juristes d'entreprise (AFJE) a établi un code de déontologie auquel peuvent souscrire ses membres, mais celui-ci ne s'impose pas – n'ayant pas de valeur normative légale - même si pour certains juristes d'entreprise cette précaution n'est pas nécessaire. On peut citer à cet égard Hervé Delannoy, juriste d'entreprise, vice-président du Conseil national du droit : « *Nous sommes en effet toujours aussi surpris d'entendre encore l'argument le plus contredit à la fois par la pratique étrangère et le raisonnement, selon lequel le juriste n'est pas indépendant alors que nous ne pouvons pas inventer une analyse juridique fausse pour le plaisir de notre client interne !* »¹¹⁵. L'AFJE milite donc en faveur de la reconnaissance du *legal privilege*¹¹⁶ pour les juristes d'entreprises en France et en Europe¹¹⁷, afin que ces derniers bénéficient légalement d'une indépendance, pour pouvoir conseiller en toute liberté les dirigeants de leur entreprise, sans craindre leurs mécontentements.

- **Le conflit d'intérêt**

Au-delà de l'indépendance, c'est surtout la garantie contre les conflits d'intérêts qui joue en faveur des avocats-lobbyistes, par rapport aux autres lobbyistes.

« Si on en vient aux valeurs de la profession, l'approche déontologique, c'est plus compliqué. Je pense que l'élément différenciant des avocats est l'interdiction des conflits d'intérêt - plus que le secret professionnel »

¹¹⁴ Cf. Arrêt *Akzo Nobel* du 14 septembre 2010 ou encore l'arrêt *Puke* du 6 septembre 2012

¹¹⁵ Interview H. DELLANOY, « Une profession qui veut la confidentialité doit avoir des règles déontologiques adaptées », *Droit et Patrimoine*, n°238, 2014

¹¹⁶ BAUDESSON Th., ROSHER P., « le secret professionnel face au legal privilege » : le legal privilege s'applique à tout avis juridique (conception *in rem*) alors que le secret professionnel est propre aux avocats (conception *in personam*)

¹¹⁷ A participé à l'élaboration du Livre Blanc intitulé « *Compagny Lawyers : independent by Design* », European compagny lawyers association (ECLA), LexisNexis, 2014

Certes, le secret professionnel est une garantie¹¹⁸ : à juste titre, Hervé Delannoy souligne que celui-ci est un élément important¹¹⁹ « *car il n'est pas possible, dans un monde complexe de droit, de demander d'être conseillé si les conseils qui vous sont donnés peuvent se retourner contre vous* »¹²⁰. Ainsi, le client souhaitant bénéficier d'une protection des informations, qu'il doit fournir, pourra préférer s'adresser à son avocat qu'à son lobbyiste. Cet atout de la confidentialité s'entrecroise avec celui des conflits d'intérêts. Ainsi, l'un des avocats-lobbyistes interrogés fait remarquer l'élément suivant :

« Si on prend le règlement intérieur de l'association française des consultants en lobbying (AFCL), il est écrit qu'en cas de conflit d'intérêts entre les clients, ils réunissent leurs clients. Je ne sais pas ce que cela veut dire derrière : le client a peut-être le choix de retirer son dossier. Alors que nous, en tant qu'avocats, cela ne relève pas de la décision du client : on n'accepte pas le dossier d'un client qui nous place dans une situation de conflit d'intérêts, au nom des règles de déontologie. Cela est très important : j'ai vu des cas où quelqu'un défendait la mise en œuvre d'une loi pour les intérêts de son client, et ensuite utilisait les arguments qui avaient permis d'annuler le processus législatif devant le conseil constitutionnel pour aller aider le gouvernement à modifier son texte de manière à pouvoir passer le cap du conseil constitutionnel. Vous imaginez la situation du client : il a payé un lobbyiste qui, après, va essayer de faire passer une loi qui lui est défavorable. »

Avec cette citation, on remarque que l'argument de déontologie est utilisé pour se démarquer des simples lobbyistes. L'argument peut être cependant nuancé de deux manières. Premièrement, du côté des lobbyistes non-avocats, en pratique, certains – à l'image de ce qu'exprime Hervé Delannoy – peuvent s'imposer cette déontologie, du moins une éthique de ne pas desservir les intérêts d'un client qu'ils ont défendu et représenté. Cette chartre que se donnent les membres de l'AFCL est un exemple de *soft law*, qui prolifère dans le monde de

¹¹⁸« *L'exercice de la profession repose sur des obligations de confidentialité et de respect du secret professionnel qui offrent au lobby toutes les garanties nécessaires* » in LAMARQUE G., *Le Lobbying*, P.U.F., Que sais-je, Paris, 1994, p. 27

¹¹⁹ Relevant, cependant, selon lui, surtout « *de la pratique du droit* »

¹²⁰ Cf. Interview H. DELLANOY, « *Une profession qui veut la confidentialité doit avoir des règles déontologiques adaptées* », *Droit et Patrimoine*, n°238, 2014

l'entreprise et dans celui du droit des affaires¹²¹, lequel peut avoir une force contraignante pour ses acteurs. Secondement, du côté des avocats : en France, le choix n'appartient pas toujours à l'avocat. En effet, les sociétés d'avocats se développent de plus en plus : ce sont plusieurs centaines, voire milliers d'avocats qui travaillent ensemble, la règle de l'interdiction du conflit d'intérêts s'applique à l'ensemble de la structure. Les risques de conflits d'intérêts sont donc plus grands, et ce sont bien souvent les supérieurs à l'avocat qui vont imposer à celui-ci de laisser un client alors qu'il n'a pas de conflit d'intérêts personnellement, mais qu'il en existe un dans la société¹²².

Ainsi, les avocats-lobbyistes cherchent à se démarquer des autres lobbyistes, et plus particulièrement, des juristes d'entreprise en invoquant la déontologie. Mais ils veulent également se distinguer au sein même de leur profession : les avocats-lobbyistes interviewés marquent une frontière entre eux et les avocats-députés.

3. Les avocats-lobbyistes « apolitiques » ?

Y. Delazay écrit à propos des marchands de droit que, « *sauf à courir le risque être marginalisés ou pire disqualifiés, les novateurs sont contraints sans cesse de pratiquer la modération et l'autocensure. S'ils ne veulent pas s'exclure eux-mêmes du jeu, les contestataires doivent surinvestir dans le 'professionnalisme'* »¹²³. La même constatation peut se faire pour les avocats-lobbyistes. Miser sur la technicité qu'ils apportent et sur la déontologie leur permettent d'être légitimes sur ce nouveau marché, cette nouvelle revendication des avocats. Les récalcitrants potentiels à la pratique du lobbying ne pourraient pas leur reprocher de ne pas tendre vers la transparence via le code de déontologie, ni de ne pas fournir une prestation juridique ou d'agir dans l'intérêt du client.

C'est aussi dans cette optique que les avocats-lobbyistes cherchent à se distinguer de certaines formes de lobbying comme celui des syndicats, celui des ONG – parce que ces derniers sont, dans la plupart des cas, politisés. Parce qu'ils ne veulent pas être associés au lobbying politique, les avocats cherchent à se détacher de toute immixtion politique. En effet,

¹²¹ On peut penser ici à la notion de « fait normatif » développé par G. GURVITCH : le droit, avant d'être réceptionné par l'Etat, naît à l'intérieur de groupes sociaux, lesquels peuvent être la famille, l'entreprise. On parle de *pluralisme juridique*.

¹²² Cf. Première partie, partie C, « Redéfinition de la déontologie de l'avocat », « conflits d'intérêts »

¹²³ DEZALAY, Y., « Juristes purs et marchands de droit. Division du travail de domination symbolique et aggrégation dans le champ du droit », *Politix*, 1990, vol. 3, n°10-11, p. 82

l'association du terme politique avec le lobbying peut rendre ce dernier péjoratif, relatif à la corruption, au trafic d'influence¹²⁴.

- **Distinction avec l'avocat-député**

Ainsi, deux des avocats interviewés ont dénoncé les avocats-députés qui pouvaient faire du lobbying.

« Avec l'association, on s'est imposé d'autres règles sur les conflits d'intérêts sociologiques – et non plus déontologiques – en s'interdisant, par exemple, d'avoir dans des cabinets des représentants d'institutions auprès desquelles on fait du lobbying. Par exemple, je ne peux pas faire du lobbying avec un avocat-député. Un député qui accepte de faire du lobbying, c'est du trafic d'influence pour moi. Les autres associations de lobbyistes n'ont pas nécessairement ce but. Ainsi, les avocats-lobbyistes de notre association sont sur un terrain imbattable. »

Pour les membres de l'AAL, l'avocat-député n'est pas crédible car il ne colle pas à l'image de l'avocat-technicien : selon eux, si un avocat-député doit défendre les intérêts d'un client, il ne pourrait pas convaincre un membre du camp opposé à sa couleur politique. Cette vision n'est pas faussée au regard de la politique bipartisane que connaît la France¹²⁵.

L'un des avocats interviewés¹²⁶, spécialisé dans l'agroalimentaire, a travaillé dans le cabinet Bredin Prat, fondé notamment par Robert Badinter : *« le cabinet Prat est le cabinet du CAC 40. Il pouvait téléphoner à n'importe qui. C'est du lobbying »* mais pas tel qu'il le pratique. Il évoque à ce moment-là tous les avocats-parlementaires, en citant F. Mitterrand, D. Villepin, C. Lepage, etc. Il dit, à ce propos, qu'il y a *« toujours eu des avocats-lobbyistes »* mais il ne s'agit pas du lobbying technique qu'il exerce : c'est du lobbying engagé. *« Ils sont avocats, lobbyistes et engagés là où je ne suis qu'avocat et lobbyiste »*. Ces propos soulignent la volonté de se dépolitiser, de marquer le lobbying du sceau de la technicité, de la juridicité et de se donner une éthique, une déontologie.

¹²⁴ LAMARQUE G., *Le Lobbying*, P.U.F., Que sais-je, Paris, 1994, p. 10 et suivantes : *« Un des clichés les plus vivaces réduit le lobbying à l'exercice d'activités lucratives dans le sillage des fonctions politiques. D'où l'image accolée au lobbying quant à ses pratiques illégitimes et à sa vocation corruptrice »*.

¹²⁵ Les lois bipartisanes en France sont rares, restent l'exception.

¹²⁶ Interview non-retranscrite

D'ailleurs, Mustapha Mekki remarque cette volonté de moraliser la vie publique, notamment à travers les débats sociétaux sur le cumul des mandats ou, justement, sur cumul de la fonction d'élu avec le métier d'avocat ou de consultant : ainsi, au Sénat, il a été fait une proposition qui suggérait d'introduire, dans le code électoral, l'interdiction à un parlementaire de devenir avocat ou conseiller au cours de son mandat¹²⁷ : c'est donc le statut de parlementaire qui empêche la pratique du lobbying, car cela peut être assimilé à la corruption, au trafic d'influence, et aux conflits d'intérêts (entre l'intérêt général que doit poursuivre le parlementaire et les intérêts particuliers de ses clients). Cette proposition fait suite à la polémique autour de la nomination de J.-F. Copé au sein du cabinet Gide Loyrette Nouel¹²⁸.

- **Quelques marques politiques**

Pour autant, malgré cette distance à la politique, ces avocats-lobbyistes ne sont pas dénués de politique. Sur deux points. Le premier point est leur conception démocratique du lobbying : en effet, selon eux, le lobbying est une « *composante légitime de tout système démocratique* »¹²⁹ : il vise à informer les décideurs publics qui ne connaissent pas nécessairement le terrain, les contraintes pratiques que les clients des avocats peuvent rencontrer. « *L'avocat est là pour pallier le manque de technique et d'expertises des énarques* » explique l'un des avocats questionnés. Ce sentiment d'être investi d'une mission démocratique, ou du moins, de participer au processus démocratique, est diffus mais présent dans les entretiens :

« *C'est de dire qu'à contrario de la logique française, jacobine, centralisée, "tout vient d'en haut et en bas, on accepte", on veut recréer du dialogue à l'envers, et de redonner à la société civile du dialogue, des formes de négociation avec la scène publique.* »

De plus – et c'est le second point – les avocats-lobbyistes interviewés ont plus ou moins touché à la politique au cours de leur vie, ont eu un engagement politique. Ainsi, l'un

¹²⁷ MEKKI, M., « La lutte contre les conflits d'intérêts : essor de la transparence ou règne de la méfiance ? », *Pouvoirs*, n°147, Nov. 2013, p. 25 et suivantes

¹²⁸ BOCCARA E., « Copé, le Barreau pris à partie », *Gazette du Palais*, 05 oct. 2010, n°278, p. 3 : certains « *expliquent le lien direct entre l'échec de la fusion des professions de conseils en propriété industrielle/avocat et le rôle joué dans les couloirs de l'Assemblée nationale par Jean-François Copé.* »

¹²⁹ PORTIER Ph., « Le lobbying, une activité comme les autres ? » *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 25, 17 Juin 2013, 694,

des avocats interviewés disait avoir voulu s'engager pour l'UMP, pour être le Cohn-Bendit de la droite, mais s'est finalement désisté ; un autre, quand il était étudiant à l'université de droit, a créé une association, organisant des colloques, en 1997, portant sur le projet européen, et réunissant personnes politiques et hautes personnalités politiques (comme Jacques Chirac, Bernard Stasi, Michel Rocard, etc.). Lui-même le dit « *A ce moment, on avait une action publique. J'étais proche de certains politiques* ». Pour le troisième avocat, même si on ne trouve pas d'engagement politique – il a quand même travaillé dans l'Administration –, son discours pour présenter le lobbying est teinté de politique, traduisant un engagement libéral fort :

« Aujourd'hui, s'il y a un doute législatif, réglementaire ou jurisprudentiel, cela rend les affaires plus difficiles et c'est l'une des causes en France du ralentissement des entreprises, du départ des entreprises à l'étranger, pas seulement pour des causes fiscales, mais tout simplement sociales : car l'environnement juridique n'est pas 'friendly' aux affaires, contrairement à d'autres pays. Cela se traduit dans certains classements, comme doing business, etc. : la France n'est pas au niveau »

Ainsi, malgré l'effort de dépolitiser le lobbying, de se montrer neutres, les avocats ont une position politique tant sur la conception de la démocratie que sur la politique économique à mener, les avocats-lobbyistes – tout comme les avocats en droit des affaires – ayant tendance à être libéraux.

B. Enjeux juridiques et sociologiques autour de la définition du lobbying

« En 2011, le bâtonnier Castelain fait passer un message aux avocats : le monde change, votre monde change, les affaires de vos clients évoluent, il faut qu'on sorte de nos rôles traditionnels – la consultation, la négociation et la plaidoirie – et il faut s'ouvrir aux nouveaux métiers de l'avocat – que sont les transactions immobilières, l'avocat fiduciaire, etc. Ça, ce sont vraiment des conquêtes. Et puis, il y a la reconnaissance de ce que certains avocats avaient déjà commencé : le lobbying, qui n'était pas interdit aux avocats, mais tout le monde n'était pas certain qu'on en avait besoin. » Qu'entend cet avocat interviewé par cette phrase ? Dans un premier temps, on essaiera de rapprocher le lobbying du conseil juridique

(1) avant de voir, dans un second temps, l'originalité du lobbying parmi les activités de l'avocat – lequel peut se rapprocher paradoxalement du contentieux (2). En conciliant ces deux constats, le lobbying peut apparaître comme un conseil « moderne », nouveau, correspondant aux nouvelles valeurs défendues par la nouvelle génération d'avocats d'affaires (3).

1. 1^{ère} approche : le lobbying, un conseil juridique ?

Cette phrase citée ci-dessus a été prononcée, dans le cadre d'un entretien, par l'avocat travaillant dans l'un des grands cabinets d'affaires parisiens, Jeantet et Associés : elle pousse à l'interrogation. En effet, *a priori*, parce que le lobbying est une pratique récemment reconnue par les avocats, il est regroupé parmi les « nouvelles activités de l'avocat »¹³⁰ incluant l'avocat-fiduciaire, l'avocat-agent sportif, l'avocat/correspondant informatique et libertés (CNIL). Pourtant, cet avocat parle d'un côté de « reconnaissance » pour la pratique du lobbying et, de l'autre, de « nouveaux métiers » pour qualifier l'émergence de l'avocat-fiduciaire, l'avocat-agent sportif et autres nouvelles figures de l'avocat. Il sous-entend que le lobbying est une activité « ancienne », peut-être non avouée, des avocats.

• Summa divisio des activités de l'avocat

Il faut alors partir des activités traditionnelles de l'avocat. La *summa divisio* des activités de l'avocat est constituée, d'une part, des activités juridiques dont fait partie le conseil juridique et, d'autre part, des activités judiciaires, relatives au contentieux¹³¹. De prime abord, le lobbying se distingue du contentieux : il ne se fait pas dans le cadre d'un procès, d'un tribunal et apparaît lors de la phase du conseil juridique. Se pose, par conséquent, d'abord, la question de la distinction entre le lobbying juridique et le conseil juridique.

Préalablement, il faut noter que cette *summa divisio* peut paraître artificielle. En effet, un contentieux est bien souvent précédé d'une phase de conseil. Le client qui veut engager un procès va consulter son avocat qui va lui conseiller de poursuivre ou non une action contentieuse¹³² : par exemple au lieu de décider d'engager un procès, l'avocat peut trouver une transaction avec l'autre partie ou peut déconseiller l'engagement d'un procès si les chances de succès sont faibles. Ainsi, conseil et contentieux sont imbriqués l'un et l'autre

¹³⁰ Site du CNB : http://cnb.avocat.fr/Nouveaux-champs-d-activite-et-deontologie-de-l-avocat_a660.html

¹³¹ ADER H., DAMIEN A., Règles de la profession d'avocat, Dalloz Action, Paris, 2013-2014, p. 413 et suivantes

¹³² ADER H., DAMIEN A., Règles de la profession d'avocat, Dalloz Action, Paris, 2013-2014, p. 460 et suivantes

dans la pratique quotidienne de l'avocat. D'ailleurs, la définition de la consultation donnée par le CNB tend également à ce constat : pour rappel, la consultation « *consiste en une prestation intellectuelle personnalisée tendant, sur une question posée, à la fourniture d'un avis ou d'un conseil fondé sur l'application d'une règle de droit en vue notamment d'une éventuelle prise de décision* »¹³³.

- **Caractéristiques communes entre le conseil et le lobbying**

Si l'on fonde la distinction sur les différents interlocuteurs de l'avocat entre les deux types d'activités, alors l'élément différenciant du contentieux serait la présence du juge. Lors de la phase de conseil, il n'y a pas de juges. Ainsi, le lobbying relèverait de l'activité du conseil. De plus, en comparant la notion de prestation de conseil juridique¹³⁴ avec celle de lobbying telle que définie par les avocats-lobbyistes (cf. *supra*), de nombreuses caractéristiques communes essentielles s'y retrouvent :

- La prestation de conseil juridique a pour but *une activité économique* ; les entreprises en ont souvent recours¹³⁵. Le lobbying tend aussi à satisfaire les besoins économiques d'entreprises (la plupart des clients des avocats-lobbyistes sont des entreprises).
- La prestation de conseil commence à *partir du moment où le client pose une question de droit et finit par la transmission d'informations personnalisées* (on préfère parler alors de renseignements). Tel est aussi le cas de l'activité de lobbying : un client peut venir voir son avocat, inquiet sur un nouveau projet de loi, pouvant modifier l'état actuel du droit. L'avocat-lobbyiste y répondra de manière personnalisée car il doit défendre les intérêts spécifiques du client.
- J.-J. Alexandre répertorie trois buts de la consultation, dont notamment « *la consultation aux fins de persuasions* »¹³⁶ : elle a « *pour objet essentiel de convaincre le destinataire, lequel est soit le juge, soit l'autorité administrative* ». Cette définition est intéressante car elle peut inclure directement le lobbying, même si le terme n'est pas utilisé par l'auteur et même s'il précise plus loin qu'« *elle consiste, le plus souvent, à interpréter des textes* » : ici, celui qui fournit une

¹³³ Commission du CNB, Ass. Gén. Du 18 septembre 2011 : proposition d'une définition de la prestation juridique à insérer à l'art. 66-1 de la loi du 31 déc. 1971

¹³⁴ Nous nous appuyons ici sur la thèse de ALEXANDRE J.-., *La prestation de conseil juridique en droit français*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1990.

¹³⁵ A noter, que tout comme le lobbying, le conseil s'est développé dans le milieu de l'entreprise, de l'économie (cf. première partie).

¹³⁶ ALEXANDRE J.-., *La prestation de conseil juridique en droit français*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1990, p. 163 et suivantes

prestation de conseil – l’avocat – essaie de convaincre le juge ou une autorité administrative. Or, l’avocat-lobbyiste, répondant à la demande d’un de ses clients, cherche à convaincre une personne publique/autorité administrative de modifier l’état du droit.

- La consultation juridique se caractérise par l’émission d’une opinion, laquelle est informative, descriptive, spéculative et a un caractère heuristique et créatif (les fameux « montages juridiques »). Toutes ces qualificatifs s’appliquent au lobbying : l’avocat-lobbyiste émet une opinion et cherche à partir du droit actuel – c’est le caractère heuristique - à créer, modifier ce dernier – ici, l’aspect créatif.

D’autres caractéristiques communes peuvent être énumérées mais elles peuvent paraître secondaires (la consultation est préventive, prospective, etc.).

Outre ces caractéristiques communes, on a l’impression qu’il y a comme un « rapprochement naturelle » entre le lobbying et le conseil, comme si le lobbying était du conseil, probablement à cause de leur point commun qu’est le droit des affaires, le monde de l’entreprise (lien historique).

D’ailleurs, les champs sémantiques entre conseil et lobbying ne sont pas si distincts. Ainsi, l’un des membres de l’AAL est titulaire du diplôme de juriste de conseils en entreprise¹³⁷. Gilles Lamarque, dont l’ouvrage parle du lobbying, écrit que « *les avocats sont de plus en plus sollicités pour des activités de conseil et d’aide à la prise de décision qui correspondent à l’exercice du lobbying. Les activités contentieuses tiennent au contraire une part de plus en plus réduite dans l’exercice de la profession* »¹³⁸, opérant de facto un rapprochement, pour ne pas dire, une confusion entre le conseil et le lobbying. Des avocats eux-mêmes font cette même confusion entre le lobbying et le conseil. A cet égard, l’un des avocats interrogés a supprimé le mot de « lobbying » sur son site pour le remplacer par celui de « conseil ». D’autres avocats – hors des avocats interviewés – font ce rapprochement : Jean-Luc Laffineur, avocat à Bruxelles, ville considérée comme la référence européenne en matière de lobbying, explique que « *le lobbying n’est qu’une partie du conseil. Le métier a évolué dans le sens où, autrefois, l’avocat était essentiellement plaideur. Aujourd’hui, l’avocat agit pour le compte de son client au niveau de la préparation de la loi.* »¹³⁹. De même que Christian Bessy observe une augmentation des activités de conseil au sein des

¹³⁷ Bertrand de Gérando

¹³⁸ LAMARQUE G., *Le Lobbying*, P.U.F., Que sais-je, Paris, 1994, p. 26

¹³⁹ C. DELZANNO, « Voyage en lobbyland », *Droit et Patrimoine*, 2010, n°197.

cabinets d'avocats¹⁴⁰, cet avocat à Bruxelles sous-entend que le conseil occupe aujourd'hui une part importante des activités de l'avocat et y inclut la prestation de lobbying : pour lui, le conseil serait une notion plus large, recouvrant le lobbying.

A partir de ces différentes observations, le lobbying apparaît comme une activité de conseil qui se traduit par une action de l'avocat auprès des institutions publiques pour modifier ou influencer sur l'élaboration des normes.

2. 2^{ème} approche : des rapports entre lobbying et contentieux

Cependant, les avocats interviewés marquent une différence avec le conseil. On peut citer à cet égard plusieurs extraits des entretiens mais on notera d'abord celui-ci :

« Le conseil pur à un client s'arrête au dossier : le conseil est plus juridique. Le lobbying dépasse la relation client/avocat. Quand je conseille le client, je l'informe sur le cadre juridique de son investissement, je lui fais des ébauches de contrats, je négocie le contrat avec une partie tierce. Quand je dis au client qu'on va faire du lobbying pour son dossier, cela va beaucoup plus loin : il n'y a pas qu'un seul interlocuteur – qui est l'avocat de l'autre partie. Mais il y a une multitude de cibles : on dit alors au client qu'on va les attaquer ensemble – on attaque la politique, l'administration, d'autres groupes d'intérêts. C'est attaquer entre guillemets : on se concentre pour les convaincre. Le lobbying est donc un prolongement du conseil »

Ces avocats ne sont pas les seuls à faire cette différence. Ainsi, le CCBE¹⁴¹ (Conseil des barreaux européens) a poussé le Parlement européen, dans un rapport parlementaire adopté le 27 mai 2008 ouvrant le registre de transparence, à distinguer conseil et lobbying. En effet, la première définition donnée par le Parlement – le lobbying consistant à *influer non pas sur le droit jurisprudentiel mais l'orientation d'une politique* – pouvait inclure le conseil, selon le CCBE...Les avocats auraient été alors soumis aux obligations de déclaration, dans le cadre de l'activité de conseil, ce qui, selon le CCBE, pouvait porter atteinte à l'accès à la justice et à la protection des droits fondamentaux¹⁴². Un nouvel amendement a été voté, excluant le conseil juridique : le lobbying est alors défini comme l'intention *d'influer sur*

¹⁴⁰ Elle atteint les 40,4%. BESSY, C., *L'organisation des activités des avocats : entre monopole et marché*, L.G.D.J., Paris, 2015

¹⁴¹ On remarquera que cette différence est surtout opérée par les avocats eux-mêmes.

¹⁴² Découlant des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, les droits à un « procès équitable ».

*l'orientation d'une politique plutôt que d'apporter leur concours à des moyens de défense dans le cadre de procédures judiciaires ou de fournir des conseils juridiques.*¹⁴³ Malgré l'ajout, les frontières entre conseil et lobbying restent incertaines. Quelle est donc cette différence entre le conseil et le lobbying ? On s'appuiera sur deux points de vue : d'abord sur celui de l'UE, enfin sur celui des avocats interviewés

Premier point de vue : celui de l'UE. Après lobbying du CCBE, le 6 avril 2009, Siim Kallas, commissaire européen chargé des affaires administratives de l'époque, a présenté la définition qu'il entend du lobbying pratiqué par les avocats et a alors exclu du domaine du lobbying « *les activités de conseil ou les contacts avec les instances publiques, destinés à éclairer un client sur une situation de droit, sur sa situation juridique spécifique, sur l'opportunité ou la recevabilité d'une initiative de nature judiciaire ou administrative dans le cadre du droit en vigueur, y compris les conseils prodigués à un client en vue d'aider le client à organiser ses activités dans le respect de la loi* »¹⁴⁴ : le conseil a pour optique d'éclairer la situation personnelle du client et d'envisager un procès – d'où les garanties de l'accès à la justice et à la protection des droits fondamentaux – tandis que le lobbying n'a pas de but judiciaire mais a pour finalité d'influer sur l'élaboration d'une norme.

Deuxième point de vue : celui des avocats interviewés. En s'appuyant sur l'extrait cité en début de partie de l'avocat-lobbyiste, L'élément différenciant entre le conseil et le lobbying semble être – tout comme la différence entre le conseil et le contentieux – *organique*. L'avocat, dans le cadre du lobbying, a affaire à d'autres interlocuteurs, autres que son client et l'adversaire de son client : il doit négocier pour son client auprès de personnes publiques, tierces à la relation avocat/client.

De même, qu'en plaidant, l'avocat tente de convaincre une personne tierce, le juge. Cette remarque rapproche, cette fois-ci, le lobbying du contentieux. C'est ce que souligne Raymond Martin¹⁴⁵ : il qualifie le lobbying comme une activité non judiciaire, (non contentieuse) qui, cependant, n'entrerait pas tout à fait dans la catégorie des activités juridiques (de conseil). Selon cet auteur, la catégorie des activités juridiques se réduit aux activités de conseil et de rédaction d'actes : or, dans le cadre du lobbying, l'avocat a des « *réflexes du judiciaire* » pour deux raisons : parce que le contradictoire est plus en plus

¹⁴³ Communiqué de presse du CCBE, « Le CCBE se réjouit de la protection des droits fondamentaux du client dans le rapport du Parlement européen sur le lobbying », Bruxelles, le 8 mai 2008

¹⁴⁴ Ordre van Vlaamse Balies, « Lobbying, avocats et secret professionnel », le 10 oct. 2010

¹⁴⁵ MARTIN, R., *Déontologie de l'avocat*, LexisNexis, 11ème édition, Paris, 2013, p. 34 et suivantes

pratiqué par les administrations et parce que l'Administration, tout comme le juge, est amenée à dire le droit. D'ailleurs, cette idée de « réflexes du judiciaire » se retrouve dans l'un des entretiens, quand un avocat mentionne sa stratégie pour convaincre les autorités publiques :

« Les clients m'ont mandaté pour argumenter : je suis allé très loin ici en disant que si le gouvernement publiait ce décret, on allait aller devant le Conseil d'Etat. C'était une position très dure, et on a obtenu gain de cause. »

L'avocat d'affaires, Christophe Eck du cabinet Gide Loyrette Nouel affirme que *« les grandes structures internationales ont créé un marché du contentieux distinct de la prestation de conseil, ce qui ne veut pas dire pour autant que ceux qui font du conseil n'ont jamais plaidé ou ne plaident pas sur les dossiers qu'ils ont eu l'occasion de traiter. Je crois que lorsqu'on aspire à vraiment offrir le service le plus pointu possible au client, c'est une bonne chose au moins d'adjoindre un expert du contentieux »*¹⁴⁶, dans un dossier relevant du conseil juridique. Ainsi, cet avocat d'un cabinet français à rayonnement international fait un rapprochement entre le conseil et le contentieux : un dossier, préparé par des avocats n'exerçant que du conseil, pour être bon, inattaquable, doit être complété par une partie/défense faite par des avocats spécialistes du contentieux, alors même qu'un contentieux n'est pas prévu – cela pouvant servir au cas où un procès est engagé par la partie adverse ou servir d'arguments contradictoires face à l'Administration. Le lobbying se rapprocherait alors de cette méthode : il fait partie des activités juridiques de l'avocat, mais il s'agit de *défendre les intérêts* du client devant un interlocuteur spécial – non pas le juge, mais l'Administration – il peut user de méthodes propres au contentieux, le contentieux étant plus marqué par l'offensive que le conseil.

Alors que l'interrogation portait sur le rapprochement entre conseil et lobbying, il peut être fait un second rapprochement : celui entre le lobbying et le contentieux. Le lobbying serait donc une activité de conseil mais pouvant user de méthodes proches de celles du contentieux.

¹⁴⁶ JAMIN C., « Cabinets d'avocats à vocation mondiale : quelles stratégies pour demain ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, Septembre 2011, entretien

3. Conciliation entre les deux approches : le lobbying, un conseil « moderne »

Comme il avait été dit plus haut, la *summa division* des activités des avocats peut sembler superficielle. En cherchant « la qualification » du lobbying parmi les activités juridiques ou judiciaires, on se heurte à plusieurs difficultés, les positions et observations n'étant pas unanimes, voire contraires. Deux remarques sociologiques peuvent être observées, permettant de dépasser ces difficultés.

D'abord, il est intéressant de noter que la distinction entre lobbying et conseil est surtout proclamée *par les avocats* (CCBE, avocats interviewés) : on peut envisager cela comme une volonté des avocats de préserver le conseil juridique du lobbying, de ne pas l'entacher de l'*impureté juridique* que peut avoir le lobbying. En effet, le conseil a toujours été présenté comme une prestation juridique, même si les avocats n'en ont pas le monopole alors que ce n'est pas le cas pour le lobbying, lequel apparait comme pluridisciplinaire, comme relevant de la communication, de l'économie, etc.

Ensuite, le lobbying peut apparaitre comme un conseil « modernisé », distinct du contentieux, celui-ci ayant pour caractéristique essentielle la présence du juge. Le lobbying correspondrait à une nouvelle forme de conseil, prônée par *la jeune génération d'avocats*, à la recherche d'actions, et d'innovations techniques, pouvant alors puiser des ressources dans le contentieux :

« Le conseil juridique, c'est quoi aujourd'hui ? C'est la prudence, c'est prôner trois mois alors que l'idéal serait un mois, etc. Le conseil juridique aujourd'hui est nécessairement orienté vers la prudence et donc vers le ralentissement, le procéduralisme, une forme de bureaucratie en quelque sorte. Pour sortir de cette bureaucratie qui envahit, l'idée est de prendre les choses en main. » Sous-entendu, par le lobbying.

L'émergence du lobbying et sa revendication au sein de la profession des avocats sont le reflet d'un *changement de valeurs de ses acteurs, prôné par la nouvelle génération d'avocats*. Y. Dezalay, en parlant du monde des financiers, écrit que la nouvelle génération des financiers « *ne prône plus la prudence et la sagesse, mais l'agressivité et l'efficacité, du moins l'efficacité dans l'agressivité* »¹⁴⁷. La même observation peut se faire pour ces avocats-lobbyistes : le lobbying est un moyen d'action qui permet de pallier la « passivité » du

¹⁴⁷ DEZALAY, Y., « Juristes purs et marchands de droit. Division du travail de domination symbolique et aggiornamento dans le champ du droit », *Politix*, 1990, vol. 3, n°10-11, p. 79

conseil. La nouvelle génération d'avocats prône le mérite et la technique et non plus la morale et le désintéressement¹⁴⁸. Les propos de Christopher. L. Baker, avocat à Skadden, Arps, Slate, Meagher et Flom LLP, grand cabinet américain à portée mondiale, reflète ce changement de valeurs tournées vers la technique, le mérite et l'offensive : « *On ne peut pas réagir tous les trois mois ou tous les six mois en fonction des événements internationaux et des cours de bourse, sinon on finit par ne plus rien faire, ou mal faire* »¹⁴⁹.

Le lobbying est donc ce conseil d'hier « modernisé », revisité par la nouvelle génération d'avocats d'affaires : cette expression est justifiée à deux égards. D'abord, parce que le lobbying est cette activité de conseil qui emprunte des méthodes proches de celles du contentieux, du fait de la présence de personnes tierces dans la relation avocat/client (autre que l'adversaire du client), ce qui constitue une nouveauté, du moins, une originalité dans les activités juridiques. Enfin, parce que la pratique du lobbying est définie avec *toutes les caractéristiques de la modernité* : technique, non pas politique, transparent, offensif, pour ne pas dire « proactif », terme en vogue dans le monde de l'entreprise.

Cependant, le lobbying prôné par ces avocats est-il accepté par tous les avocats ? Le lobbying se restreint-il à cet aspect technique ou de nouvelle arme à côté du conseil ou du contentieux ?

C. Les limites de la définition de l'avocat-lobbyiste

Le lobbying des avocats, né dans le milieu du droit des affaires, est-il unanimement accepté par tous les avocats, y compris par les « avocats traditionnels », i.e., appartenant à des petites cabinets, spécialisés en droit de la famille, droit pénal, droit des étrangers, défendant essentiellement des particuliers et non des entreprises ? Entendent-ils la définition donnée par les avocats-lobbyistes ? (2). D'ailleurs, ces avocats-lobbyistes ont-ils une définition cohérente de leur métier (1). Avec la reconnaissance de la pratique du lobbying au sein de la profession, quelles perspectives peut-on imaginer pour la profession d'avocats (3) ?

¹⁴⁸ *Ibid.* : l'ancienne génération – l'élite ancienne et quasi-aristocratique des avocats avait pour idéologie le désintéressement et le dédain de l'*affairisme*. Mais avec l'augmentation du nombre d'étudiants, l'examen au concours, etc., la nouvelle génération a fondé son idéologie sur le mérite et la performance technique.

¹⁴⁹ « Cabinets d'avocats à vocation mondiale : quelles stratégies pour demain ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, Septembre 2011, entretien

1. La définition du lobbying : un inventaire à la Prévert ?

- **Entreprises/ONG/Association : même lobbying ?**

Comme il a déjà été remarqué déjà, le lobbying est une matière pluridisciplinaire. Il peut être exercé dans plusieurs branches du droit : l'agroalimentaire, le droit public de l'économie, le droit de la concurrence, les fusions-acquisitions, etc. Le dénominateur commun de ces différentes branches reste cependant *l'entreprise*, client privilégié des avocats-lobbyistes, membres de l'AAL. Pourtant, un avocat-lobbyiste, pionnier dans la promotion de cette pratique, affirme que les avocats peuvent aussi défendre des Organisations non-gouvernementales (ONG) :

« Le droit des affaires, c'est le droit des entreprises : nos clients sont des entreprises. Mais il y a des avocats qui font – non pas du lobbying pour les personnes physiques, j'exagérerais en disant cela- mais pour des associations, des ONG et des avocats qui travaillent pour des Eglises. Par exemple, l'Eglise catholique romaine prétend ne pas faire du lobbying, mais bien sûr que si : ils sont vigilants à l'égard de la législation – cf. les discussions de loi sur le mariage pour tous, ou sur la procréation, etc. Il y a des acteurs qui représentent les Eglises, et parmi ces acteurs-lobbyistes, on peut trouver des avocats. En fait, tout dépend de l'avocat : il y a des avocats qui travaillent pour des particuliers, certains pour des ONG, et d'autres des entreprises. »

La définition du lobbying donnée par les avocats-lobbyistes comme technique, neutre, peut-il s'appliquer pour la défense d'une ONG ou d'une association ? En effet, la plupart des ONG ou associations sont porteuses de causes politiques, ou du moins, d'orientations politiques¹⁵⁰ : de Greenpeace qui défend l'environnement (qui serait situé plutôt à gauche de l'échiquier politique), au FMI, lequel a une conception très libérale de l'économie (situé alors plus à droite de l'échiquier). L'indépendance de l'avocat n'est pas synonyme d'impartialité. Ainsi, un avocat qui défendrait une ONG, une association peut facilement être associé à la défense de la cause politique de ces ONG et associations. N'a-t-on pas alors une confusion dans la définition du lobbying ? Quand il s'agit de la défense d'ONG, association, c'est la

¹⁵⁰ RYFMAN Ph., *Les ONG*, Collection Repère, La Découverte, Paris, 2014, p. 77 et suivantes

figure de *l'avocat-engagé* qui prend forme : c'est l'avocat qui défend une cause politique comme Jacques Vergès l'a incarné. L'avocat est alors avocat, lobbyiste et militant.

- **Les contours flous de la définition donnée par les avocats-lobbyistes**

Cette confusion entre l'avocat-lobbyiste et l'avocat-engagé peut également ressortir avec l'une des techniques dont a parlé l'un des avocats interviewés, celle du « *procès orchestré* » :

« L'avocat peut aussi avoir un rôle dans ce qu'on appelle le « procès orchestré » inspiré du ‘grassroots lobbying’, le lobbying par la racine, la racine étant le peuple. Aujourd'hui, on part d'un constat – plus ou moins universel - : au lieu d'influencer les politiques, on va influencer les constituants, i.e., l'électorat des politiques. Et comment fait-on cela ? Par le biais des médias. Finalement, on revient à des outils datés de propagande où la stratégie de contournement est la plus efficace : on va créer un effet de société qui va ensuite vivre politiquement et permettre d'exploiter cela, là où en approchant quelques politiques, on n'arriverait pas à sortir un projet. »

Le procès orchestré est une forme de lobbying : mais contrairement à la définition donnée par les avocats-lobbyistes qui situe le lobbying en amont, i.e., lors de l'élaboration d'un texte, le procès orchestré apparaît comme un lobbying utilisé en amont ou en aval, i.e., pour obliger le législateur à légiférer ou pour modifier l'application du texte obscur¹⁵¹ dans le cadre de l'arène judiciaire : en engageant un procès et en utilisant les médias, une entreprise peut faire prévaloir sa cause¹⁵². Il est considéré comme une technique de lobbying judiciaire puisqu'il s'agit de créer sciemment un procès afin de faire prévaloir une *cause* : en effet, il est préférable de parler de cause car, en principe, le procès sert à faire prévaloir un droit subjectif. Le procès orchestré, usant des effets médiatiques et politiques qu'il peut engendrer, sert à modifier l'état du droit, et non pas sa situation personnelle¹⁵³. Pour une entreprise, il s'agira d'atteindre un objectif économique (par exemple, les magasins de bricolage qui veulent ouvrir

¹⁵¹ BEAUFORT (de) V., MASSON A., (dir.) « Lobbying et procès orchestrés », Larcier, Bruxelles, 2011, p. 11 et s.

¹⁵² L'exemple de Ryanair est développé par BEDDELEEM O., « la médiation des procès à des fins d'influence et de lobbying », in BEAUFORT (de) V., MASSON A., (dir.), *Lobbying et procès orchestrés*, Larcier, Bruxelles, 2011

¹⁵³ MASSON A., « Théorie et pratique des procès orchestrés à des fins de modification de l'état du droit » in BEAUFORT (de) V., MASSON A., (dir.), *Lobbying et procès orchestrés*, Larcier, Bruxelles, 2011

le dimanche), pour des associations, de reconnaître un nouveau droit (cf. l'affaire *Défrenne*¹⁵⁴ en 1976 pour reconnaître une égalité de rémunération entre hommes et femmes) : la cause peut être économique, politique, juridique. On parle de « stratégie politique »¹⁵⁵. Cette technique du procès orchestré remet en cause l'idée d'un avocat-lobbyiste technicien et rapprocherait de l'idée d'un avocat-engagé. Cela déteint sur la définition du lobbying qui semble alors plus large : il ne s'agit pas de peser lors de l'élaboration d'un texte, mais d'un jeu d'influence entre de l'information fournie par des lobbys et un accès aux décideurs publics. De ce point de vue-là, on comprend mieux *la distinction proclamée par les avocats* entre le lobbying et le conseil.

Dès lors, une question se pose : est-ce que *la figure de l'avocat-lobbyiste technicien est-elle neutre, non-militante* comme le prétendent ces acteurs ? Une partie de la réponse se trouve notamment dans la position des différents groupes représentatifs de la profession.

2. Hostilité envers la figure de l'avocat-lobbyiste au sein de la profession ?

• Une grande partie de la profession en faveur de l'avocat-lobbyiste

En parcourant les papiers des avocats ou des groupes représentatifs des avocats dans différentes revues¹⁵⁶, on ne décèle *pas d'hostilité frontale à la figure de l'avocat-lobbyiste*. La plupart des papiers sont écrits par des avocats d'affaires et sont favorables à la pratique du lobbying: les seules problématiques qui sont posées autour de cette nouvelle figure de l'avocat portent sur la description du métier¹⁵⁷ ou les méthodes de lobbying des avocats¹⁵⁸, la réglementation européenne ou la transparence¹⁵⁹, les perspectives d'avenir¹⁶⁰, sans jamais remettre en cause la pratique du lobbying par des avocats.

La plupart des organismes représentatifs – syndicats, ordres ou associations - des avocats se prononcent en effet en faveur du lobbying : l'UJA (Union des jeunes avocats de France) dont la responsable de la commission « Lobbying, prospective et Réforme », Anne-Charlotte Gros, est membre de l'AAL, la DBF (Délégation des barreaux de France) qui a

¹⁵⁴ CJCE, *Défrenne*, 8 avril 1976, aff. 43 :75, *Rec.* 1976, p. 455

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Autres que ceux écrits par les membres de l'AAL

¹⁵⁷ « Les avocats et le lobbying : un gisement d'opportunité », *Le monde du droit*, le 1^{er} février 2008 ;

¹⁵⁸ LANDREAU I., GATTINO-POLLICOTT A., « La pratique du lobbying par l'avocat. Retour sur les rencontres européennes organisées par La Délégation des Barreaux de France à Bruxelles le 27 septembre 2013 », 19 décembre 2013

¹⁵⁹ GARNERIE L., « Lobbying : les avocats face à la réglementation européenne » *Droit et Patrimoine*, 2008

¹⁶⁰ BENICHOU M., « Les avocats doivent sortir de leurs marchés traditionnels », *Petites affiches*, 04 octobre 2005 n° 197, p. 3

organisé un colloque sur le lobbying¹⁶¹, le CNB qui a changé le RIN pour reconnaître la pratique. D'autres n'en parlent pas du tout comme l'ANA (Association nationale des avocats) mais dont certains membres sont des conseils juridiques (qui peuvent pratiquer peut-être le lobbying). L'AAL fait partie des Associations inscrites au Barreau de Paris.

Globalement, il ressort une *impression favorable* à l'émergence et à la reconnaissance des avocats-lobbyistes.

- **La critique de l'avocat-lobbyiste caché par celle du juriste d'entreprise**

Même les syndicats défendant les petits cabinets qui ont comme principaux clients des particuliers n'en parlent pas. On prendra à titre d'exemple principal et unique le SAF, le syndicat des avocats de France, à gauche de l'échiquier politique.

Le SAF reconnaît la division de la profession : en s'appuyant sur les écrits de Lucien Karpik, il reconnaît et admet la division entre avocats d'affaires et avocats traditionnels. Cependant, le SAF ne veut pas d'une plus grande ouverture dans la logique du marché : ainsi, son opposition porte principalement sur l'intégration du juriste d'entreprise à la profession d'avocat¹⁶², ne voulant pas qu'on lui reconnaisse le statut d'avocat et donc le secret professionnel car, selon le SAF, le juriste d'entreprise n'est pas indépendant (du fait de lien de subordination). Il ne veut pas de déontologie à deux vitesses, i.e., l'une pour les avocats d'affaires et l'autre pour les avocats traditionnels, voulant préserver ainsi une unité au sein de la profession des avocats.

Une seule remarque – qu'on pourrait qualifier de critique prononcée à demi-mot – a été trouvée¹⁶³ : « *Évitons donc de faire exploser la profession en intégrant des fonctions incompatibles – activités purement commerciales, agents sportifs ou lobbyiste, et même la multiprofessionnalité - avec nos règles déontologiques et en soufflant la prohibition des activités commerciales* ». De cette remarque, il en découle deux critiques. D'abord, l'activité de lobbying semble être assimilée à une activité commerciale¹⁶⁴. Or, du point de vue déontologique, la pratique d'activités commerciales est incompatible avec la pratique du

¹⁶¹ Organisé le 27 septembre 2013 : « Pratique du lobbying par l'avocat ». Étaient invités avocats de Bruxelles, membres de l'AAL. Voir : <http://www.dbfbruxelles.eu/pratique-du-lobbying-par-lavocat/>

¹⁶² Voir, entre autres : les lettres du SAF d'octobre 2014, octobre 2010, octobre 2009, novembre 2008, etc.

¹⁶³ LAGRUE M., « Indépendance », *La lettre du SAF*, octobre 2010, p. 40 : l'auteure cite juste avant la citation le bâtonnier Castelain, lequel est à l'origine de l'AAL : Jean Castelain, Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris et Jean-Yves Leborgne, Vice-Bâtonnier du même Ordre le savent bien qui nous rappellent fermement que « *l'indépendance exige qu'on sache refuser d'être une arme destructrice, un mercenaire pour qui tous les moyens seraient bons* ».

¹⁶⁴ Voir première partie, partie C, 1. « Frontières floues entre activité économique et activité juridique »

lobbying¹⁶⁵. Enfin, la reconnaissance de la figure de l'avocat-lobbyiste – et des nouvelles activités des avocats – est un pas de plus vers la logique du marché.

La critique de la pratique du lobbying est, d'une part, englobée dans la reconnaissance des nouvelles activités des avocats – l'avocat-fiduciaire, l'avocat-agent sportif, etc. - et d'autre part, n'est pas frontale car la limite principale et essentielle posée par le SAF est celle du juriste d'entreprise, critique évoquée quasiment à chaque numéro.

De plus, cette remarque peut être nuancée car le SAF est très favorable à la figure de l'avocat-engagé, considérant l'avocat-membre du SAF comme un avocat engagé¹⁶⁶. Or, de nos jours, la figure de l'avocat-engagé est une forme de lobbying, non plus seulement technique mais militant aussi : il peut s'engager dans l'arène judiciaire (via la technique du « procès orchestré »), par des manifestations, lettres, mais peut aussi faire du lobbying en amont, comme les avocats-lobbyistes le font. C'est peut-être pour cela que la figure de l'avocat-lobbyiste n'a pas fait beaucoup l'objet de critique par les syndicats des petits cabinets.

3. Prospectives

- **Un pas de plus vers les juristes d'entreprise ?**

Christophe Roquilly, directeur du centre de recherche « legal EDHEC », interviewé par Y. Chalmé, président du Cercle Montesquieu¹⁶⁷, en 2012, dit : « *Nos métiers à nous en tant que juristes d'entreprise continuent plutôt de progresser à l'instar de celui des avocats d'affaires dont nous nous rapprochons de plus en plus. Les juristes recrutés dans les entreprises et dans les grands cabinets d'avocats d'affaires ont des profils extrêmement proches, d'écoles de commerce, de Sciences Po et de droit [...]. Si le blocage du rapprochement devait durer, il se pourrait d'ailleurs qu'un jour il y ait un rapprochement naturel entre les professions de juristes d'entreprise et les avocats des grands cabinets, et que d'un autre côté il y ait une fracture avec les petits cabinets d'affaires et les avocats qui ne sont pas avocats d'affaires.* »¹⁶⁸ La reconnaissance du lobbying des avocats constitue-t-elle un pas

¹⁶⁵ Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

¹⁶⁶ Cf. *Les lettres du SAF* d'Octobre 1013 ou de mars 2006

¹⁶⁷ Association pour la promotion du rôle du directeur juridique

¹⁶⁸ CHALME Y., « Du directeur juridique au general counsel ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, Novembre 2012, entretien

de plus vers un rapprochement entre avocats d'affaires et juristes d'entreprises ? La réponse n'est pas si certaine.

Il est vrai qu'en reconnaissant et en légalisant la pratique du lobbying par les avocats, ces derniers peuvent empiéter dans le domaine de compétence des juristes d'entreprises. Avocats-lobbyistes et juristes d'entreprises recherchent le même but : remplir les objectifs économiques du client/entreprise pour l'un et de l'entreprise dans laquelle il travaille pour l'autre. Le droit n'est qu'un moyen pour atteindre une finalité économique¹⁶⁹. C'est un pas de plus, pour la profession d'avocat, dans la logique du marché. D'ailleurs, l'AAL organise souvent des colloques, rencontres avec des juristes d'entreprises, notamment par le biais du Cercle Montesquieu :

« J'ai fait des conférences au Cercle Montesquieu – qui réunit les directeurs juridiques des grandes entreprises : là où j'avais avant quelques participants, j'ai eu 300 personnes sur l'influence, sur le rôle des juristes dans la stratégie d'influence de l'entreprise, etc. »

Est-ce à dire que le rapprochement entre juriste d'entreprise et avocat est imminent ? Il faut noter que le corps professionnel des avocats est divisé. La loi Macron voulait opérer un premier rapprochement : elle voulait créer le statut d'avocat en entreprise. Un juriste travaillant en entreprise aurait pu exercer en tant qu'avocat et donc bénéficier de la déontologie du corps. Cependant, les avocats se sont mobilisés contre un tel rapprochement. Ici, l'opposition ne se fait pas très clairement entre avocats d'affaires et avocats traditionnels, ni même entre Ordre de Paris et Ordre de Province. Parmi les avocats d'affaires, certains sont contre le statut d'avocat en entreprise et parmi les avocats de Province, certains sont pour. Le CNB traverse actuellement une crise, reflétant cette division floue des avocats¹⁷⁰ : alors que l'Assemblée générale s'était prononcée en défaveur de la création du statut de l'avocat en entreprise, son président actuel, Pascal Eydoux, ancien Bâtonnier de Grenoble, s'est prononcé publiquement dans le sens inverse.

La reconnaissance du lobbying par les avocats peut être à double tranchant : soit cette reconnaissance peut être considérée comme un petit pas vers un rapprochement avec les

¹⁶⁹ *Ibid.* : « Un directeur juridique/General Counsel ne fait pas du droit pour le droit, la finalité se trouve dans les objectifs poursuivis par l'entreprise, le droit n'est pas une finalité mais un moyen, un outil ; il est autant utilisé et vécu comme une contrainte que comme une opportunité »

¹⁷⁰ PORTMANN A., « Gouvernance des avocats : la crise guette-t-elle ? » *Dalloz Actualité*, 7 juillet 2015

juristes d'entreprise, soit, au contraire, c'est une manière pour les avocats *de délimiter leurs compétences et leur champ de pouvoir*, en maintenant ce qui fait leur spécificité, pour éviter toute fusion, rapprochement avec les autres professions concurrentes.

- **Les avocats-lobbyistes : un petit groupe ?**

Dans ce dernier cas, il se pose la question de la concurrence des avocats sur ce marché déjà prisé par les lobbyistes, cabinets de communication, juristes d'entreprise. Gilles Lamarque¹⁷¹ souligne *une autre dimension* du lobbying, très peu évoquée par les avocats-lobbyistes interviewés : le lobbying est certes une technique mais c'est aussi du réseau et des relations. Les avocats-lobbyistes français sur le marché européen arrivent (trop) tard car « *le marché du lobbying européen est accaparé par les cabinets de lawyers anglo-saxons et les firmes de relations publiques accoutumés au processus de décision communautaire* ». ¹⁷² On peut probablement étendre cette remarque au marché du lobbying en France. Ces cabinets anglo-saxons ou ces firmes de relations publiques sont des grandes structures, ce qui leur permettent d'avoir un plus grand réseau, de faire un lobbying plus pesant. L'AAL a été fondée par quatre des grands cabinets d'affaires parisiens, mais ses membres font partie de petits cabinets. Peuvent-ils donc peser auprès des décideurs publics ? Le problème de leur taille *et* de leur nombre apparaît. Les avocats-lobbyistes sont-ils nombreux en France ? Difficile d'y répondre quantitativement, mais, en fil des recherches, moins d'une dizaine de noms sont souvent récurrents. Avant la nouvelle réglementation adoptée par l'Assemblée nationale les 27 février et 26 juin 2013, il n'y avait qu'un seul avocat inscrit au registre de l'Assemblée nationale, R. Cusinberche, représentant les intérêts de l'Ordre des avocats de Paris. Après cette législation, seulement quatre cabinets y sont inscrits (dont deux sont membres de l'AAL). Aucun n'est inscrit dans celui du Sénat à la date du 31 août 2015. Sont inscrits majoritairement des « *conseillers/directeurs/consultants en affaires publiques* ».

Ce faible nombre peut aussi expliquer le peu de controverse autour de cette reconnaissance : les avocats-lobbyistes semblent peu nombreux en France, du moins, officiellement. Il s'agit donc d'un *marché à conquérir*.

- **Avenir de la pratique du lobbying au sein de la profession des avocats**

Aujourd'hui, le conseil prend de plus en plus d'importance pour certains avocats – les avocats d'affaires surtout. Le lobbying a émergé grâce à cette part toujours plus importante du

¹⁷¹ LAMARQUE G., *Le Lobbying*, P.U.F., Que sais-je, Paris, 1994, p. 26 et 27.

¹⁷² Voir première partie, partie B, 1 « Impulsion de l'Union Européenne » : le nombre d'avocats français inscrit au registre de transparence est très faible.

conseil. Pourtant, est-ce que cela sera toujours le cas ? Il n'en est pas certain. Christophe Eck¹⁷³, du cabinet Gide Loyrette Nouel constate que, dans la société américaine, le contentieux augmente considérablement, et estime qu'en France, le contentieux prend surtout de l'importance en période de crise. En effet, comment interpréter cette phrase prononcée par l'un des avocats interrogés :

« J'en ai consacré beaucoup de temps il y a des dix ans. Et là, c'est devenu accessoire. Ca dépend des dossiers aussi. Si demain, j'ai un client avec un gros dossier, je le prends. Mais aujourd'hui, la réalité économique nous pousse à faire autre chose ».

Est-ce à dire qu'en période de crise économique, le lobbying a moins d'influence sur les décideurs publics ? Est-ce à dire que les entreprises diminuent leur budget lobbying ?

De plus, même si le CNB a consacré la pratique du lobbying dans le domaine des activités des avocats, on peut légitimement se demander si les activités de lobbying vont aussi bénéficier de la déontologie des avocats par la suite. La jurisprudence américaine a déjà été citée à ce propos ainsi que la résistance de la Chambre Criminelle de la Cour de cassation – voulant distinguer entre activités juridiques et activités judiciaires¹⁷⁴. Mais des dissensions se trouvent aussi entre ordres de barreaux européens. Ainsi, pour l'Ordre van Vlaamse Balies (OVB), i.e., l'ordre du barreau flamand, le lobbying ne peut être considéré comme une activité fondamentale de l'avocat : c'est simplement une activité accessoire qui ne doit donc pas bénéficier du secret professionnel¹⁷⁵.

¹⁷³ JAMIN C., « Cabinets d'avocats à vocation mondiale : quelles stratégies pour demain ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, Septembre 2011, entretien

¹⁷⁴ Voir première partie, partie C, 2 « conséquences sur la déontologie des avocats »

¹⁷⁵ Ordre van Vlaamse Balies, « Lobbying, avocats et secret professionnel », le 10 oct. 2010

Conclusion

La naissance du lobbying est historiquement liée à l'émergence et au développement du droit des affaires. En effet, le développement du droit des affaires a conduit les avocats à s'ouvrir à la logique du marché et à se tourner de plus en plus vers les activités de conseil, conditions propices à l'exercice du lobbying dans la profession. Le lobbying apparaît, aux yeux des avocats, comme un conseil juridique moderne, leur permettant à la fois de conseiller leurs clients et d'agir auprès des institutions publiques pour défendre les intérêts de ces derniers.

Cependant, la pratique du lobbying peut interroger sur la cohérence et l'unité de la profession d'avocats. Le lobbying fait partie des activités nouvellement revendiquées pour dépoussiérer le métier, le moderniser et l'étendre – le nombre d'avocats ayant considérablement augmenté. Les points communs entre le lobbying et les activités traditionnelles de l'avocat existent, mais les points de divergence aussi – et font tâche dans une profession, traversant une crise : le lobbying peut apparaître comme une activité commerciale, sinon comme une activité inscrite dans la logique du marché ayant pour finalité principale l'économie ; son caractère juridique est présent, mais non pas essentielle ; cette activité n'est pas propre aux fonctions juridiques.

La définition neutre et technique du lobbying que les avocats-lobbyistes mettent en avant s'inscrit dans l'ère de notre temps, dans celui du libéralisme, lequel est porteur de ses propres contradictions¹⁷⁶ : le libéralisme¹⁷⁷ est l'affirmation d'une *neutralité axiologique du pouvoir politique* qui trouve, pour unir notre société, comme socle commun l'économie et le droit. Les techniciens, gestionnaires, experts sont mis en avant en affirmant qu'ils ne se sont pas porteurs d'idéologie politique, mais simplement des acteurs de l'économie. En réalité, ces techniciens sont porteurs d'une idéologie économique-politique : celle d'une « croissance illimitée ». Par conséquent, au lieu de parler de l'avocat-lobbyiste, il faudrait parler *des* avocats-lobbyistes, chaque avocat étant porteur d'une idéologie – qu'elle soit libérale, socialiste, communiste – qui se traduit par le choix de ses clients – ou comme le disait l'un des avocats interviewés – par le fait que les clients *le* choisissent.

¹⁷⁶ « Le droit, c'est à la fois des règles et de la politique, un idéal et la réalité, quelque chose de neutre et de partisan, au-dessus de la bataille et en plein milieu d'elle » Richard ABEL, « Speaking Law to Power » in *Cause Lawyering*,

¹⁷⁷ MICHEA J. C., *La double pensée : retour sur la question libérale*, Flammarion, Paris, 2008

Annexes

Retranscription de l'interview d'un avocat-lobbyiste, d'origine allemande, non-membre de l'AAL, mais recommandé par l'un de ses membres, ayant fondé son propre cabinet.

« J'ai commencé à travailler à l'ONU pendant 20ans, et ensuite j'ai été lobbyiste à Bruxelles en 2000, d'abord en tant que consultant dans les entreprise de lobbying à Bruxelles, puis à mon compte. C'est seulement après ces deux boulots que je me suis installé en tant qu'avocat en 2003 : j'ai commencé alors le lobbying en tant qu'avocat »

Avez-vous suivi des études juridiques ?

« J'ai fait des études de droit avec une spécialisation en droit international/droit communautaire : cela explique mon orientation vers le lobbying...

« Pour moi, dans le lobbying, il y a deux grandes facettes. On dit en France que le lobbying est celui des syndicats, ce n'est rien d'autre que défendre ses intérêts. Pour moi, ce n'est pas du lobbying, c'est juste pousser les intérêts par tous les moyens possibles, de la manifestation à la pression, etc. On appelle cela en France le lobbying car on est complexé par la notion, on dit que c'est défendre son pré-carré. La notion de lobbying à Bruxelles, Londres, Washington est plus sophistiquée : c'est un vrai apport technique à la politique. Pourquoi cela se justifie qu'un avocat fasse du lobbying ? C'est parce qu'il est censé bien connaître le processus politique, surtout à Bruxelles, où c'est avantageux de connaître les petits rouages - les traités, les commissions, les propositions de loi, où peut-on intervenir, etc. Donc il y a un côté très juridique dans ce travail. Après l'avocat-lobbyiste, en connaissance du processus législatif, peut dire à son client "là il y a matière à intervenir". Après cela dépend beaucoup de la réceptivité de la personne qui traite le dossier – si elle est ouverte ou non au lobbying.

« Par exemple, à Bruxelles, il y a beaucoup de lobbyistes qui font pression : on a les environnementalistes contre l'industrie... tellement d'associations qui sont là pour défendre les intérêts. Ainsi, si vous êtes député européen et rapporteur d'un texte, vous êtes bombardé de tous les côtés. Donc, là, ça dépend de l'ouverture du député : les eurodéputés sont ouverts au lobbying et demandent à chaque groupe d'apporter tel ou tel "morceau" d'informations qui sont des savoirs/apports techniques: ensuite, le député fait son jugement sur ce qu'il considère comme juste. C'est ça le lobbying : apporter dans le processus

politique, au bon endroit, un savoir technique du client qui aide non seulement à avancer la position du client, bien sûr, mais qui aide aussi celui qui rédige le texte. Car souvent en politique, il y a un manque de savoir technique.

« Autre exemple : j'ai fait du lobbying en France sur le biodiesel...matière totalement nouvelle au début pour moi. J'ai découvert cette matière en étudiant le dossier. Une fois que je l'avais comprise, j'ai contacté des personnes de différents ministères – agriculture, environnement, et Bercy pour la finance. J'ai monté des réunions pour discuter avec eux de ce dossier. Ces gens ont accepté de venir : j'ai fait venir le client qui avait un très bon savoir et discours technique. En tant qu'avocat-lobbyiste, j'ai rempli la couche de l'aide dans l'intervention du processus décisionnel : mon client venait de province et n'avait aucune connaissance de ce processus. Je lui ai dit "ça, ce sont les personnes-clés dans ce dossier", j'ai monté une stratégie pour intégrer le savoir technique que le client a apporté dans un décret que l'on visait. Or, le décret que l'on visait, c'est Bercy qui devait le rédiger. On a donc contacté les deux autres ministères puis on a fini par une réunion avec le directeur de cabinet de Bercy : ils ont fini par prendre exactement le texte qu'on avait proposé dans le décret »

Comment se passe une négociation ? Allez-vous voir les personnes concernées dans leur bureau ou les invitez-vous ?

« On va voir les politiques, c'est assez rare que ces derniers viennent au cabinet. Tout dépend de leur réceptivité : est-ce qu'ils sont ouverts ? Est-ce qu'ils prennent acte de ce qu'on envoie ? Est-ce qu'ils nous rappellent ? Est-ce qu'ils demandent qu'on leur élabore quelque chose ?

Une fois à Bruxelles, j'étais dans le bureau d'une députée espagnole avec mon client anglais et la députée nous a clairement dit "je suis intéressée par votre position, donnez-la-moi par écrit". Donc, on l'a formulée et elle l'a ensuite exactement insérée dans la directive : ici, c'est un cas positif. Mais parfois, on a des politiques qui nous reçoivent par politesse et ça s'arrête là ».

Faut-il faire parfois des concessions dans les négociations ?

« Bien sûr. On informe le client : on lui dit qu'on ne peut pas défendre sa position parce que le politique en face a les mains liées (budget, etc.). Le lobbying, c'est un travail de compromis. On n'y arrive pas si on butte sur une position, c'est comme la vie de tous les jours »

Est-ce qu'il y a plus de domaines plus "enclins" à la pratique du lobbying que d'autres ? On a surtout que le lobbying concerne le droit des affaires, et non pas le civil, le pénal, etc.

« Oui, je n'ai fait du lobbying qu'en affaire. J'en ai fait un peu dans des dossiers humanitaires, mais ça sort du cadre du lobbying pur : j'ai un peu épaulé les ONG, j'ai fait une conférence au Parlement européen pour les ONG marocaines, mais ce n'est pas tellement ce qu'on appelle du lobbying.

Le cœur du lobbying d'un avocat, ce sont les affaires. C'est le client qui vient vous voir pour un problème relatif à un texte soit en cours de préparation, soit annoncé dans un livre vert, etc. : souvent cela concerne l'emploi, ou la perte de rentabilité d'un investissement. Ce sont les deux grandes catégories auxquelles est confronté l'avocat-lobbyiste. Cela peut aussi être la défense d'un produit – j'ai défendu des produits chimiques, c'était du business pur et dur : le client voulait vendre suffisamment de quantités d'un produit et le gouvernement français voulait imposer des réglementations trop exagérées sur ce produit, avec comme fondement la protection santé/environnement : en effet, le gouvernement voulait classer des produits comme substances nocives sans fondement scientifique, au nom du principe de précaution. Les clients m'ont mandaté pour argumenter : je suis allé très loin ici en disant que si le gouvernement publiait ce décret, on allait aller devant le Conseil d'Etat. C'était une position très dure, et on a obtenu gain de cause.

Les techniques sont donc multiples : soit on vient avec l'argumentaire technique qu'apporte le client, soit on utilise les diverses procédures juridiques, législatives, etc. »

Est-ce que le lobbying est une pratique accessoire dans votre métier ?

« J'en ai consacré beaucoup de temps il y a des dix ans. Et là, c'est devenu accessoire. Ca dépend des dossiers aussi. Si demain, j'ai un client avec un gros dossier, je le prends. Mais aujourd'hui, la réalité économique nous pousse à faire autre chose ».

Travaillez-vous avec d'autres professions (économistes, sociologues, etc.) ?

« Souvent, on a besoin de la communication : sortir un communiqué de presse pour la défense par exemple. En fait, si on regarde les agences de lobbying aujourd'hui, ce sont souvent des boîtes de communication (Burson Marsteller, par exemple) : ce sont les mastodontes de la communication qui ont une branche de "communication/lobbying politique". Ainsi, quand on est avocat-lobbyiste, on a besoin, à un moment, de quelqu'un qui

puisse nous aider à rédiger des communiqués de presse, à soigner l'image du client. Mais ce n'est pas le cœur de notre métier. Donc, il faut s'entourer. On peut s'appuyer sur une étude sociologique en matière d'emploi, etc. »

Dans quelles mesures le métier d'avocat recouvre-t-il l'activité de lobbying ? Est-ce que le métier d'avocat recouvre-t-il « naturellement » l'activité de lobbying ? Est-ce une mutation normale, « naturelle » ?

« Oui. Pour plusieurs raisons. D'abord, l'avocat a une proximité économique, en fait une proximité avec la pensée du client. On est censé écouter le client, tant pour des questions contentieuses que pour des questions qui le taquent. Il y a une habitude de réflexion avec la tête du client, donc avec une tête économique et juridique : il y a donc une compréhension.

Ensuite, il y a un autre élément : la déontologie très stricte de l'avocat, imposée par l'ordre. C'est un élément de crédibilité : on est reçu différemment quand on dit qu'on est avocat et qu'on vient avec son client pour un dossier. Là tout de suite, on est perçu comme étant encadré par une déontologie professionnelle, vous n'êtes donc pas un consultant : cela ouvre des portes plus facilement.

En résumé, il y a deux aspects qui expliquent ce rapprochement entre le métier d'avocat et l'activité de lobbying : du côté du client – compréhension économique et juridique – et du côté des pouvoirs publics – grâce à la déontologie stricte des avocats. »

D'ailleurs sur la déontologie...Est-ce donc un atout par rapport au simple lobbyiste ? Est-ce que la déontologie des avocats ne peut-elle pas être un obstacle ? Quels sont les atouts de l'avocat-lobbyiste par rapport au simple lobbyiste ?

« La déontologie renforce l'avocat-lobbyiste : cela nous oblige à suivre un certain nombre de règles, de confidentialité, de conflit d'intérêt, etc. Cet encadrement aide. »

Même par rapport au secret professionnel ? Avec les registres de transparence, il faut déclarer le nom du client et ses honoraires.

« Cela ne m'a jamais posé problème. J'ai toujours pu dire pour qui j'intervenais : c'est l'essentiel de se faire enregistrer avec le nom du client – et son accord préalablement. Mais on ne m'a jamais demandé de détailler les honoraires. »

Est-ce que le renforcement de la législation sur la transparence du lobbying peut poser à long terme un problème à la profession d'avocat ?

« Je ne peux pas trop vous dire. On ne m'a jamais posé la question sur les honoraires. Au Parlement européen, on donne simplement une fourchette sur notre rémunération ».

Comment pouvez-vous définir la profession d'avocat-lobbyiste en quelques mots ?

« C'est l'apport d'un savoir-faire juridique dans le processus politique combiné avec une problématique économique – donc trois éléments : droit/politique/économie : en connaissance du processus politique, en ayant cette déontologie d'avocat et en ayant la compréhension économique de votre client.

Puis il y a de la dose humaine : on a tellement l'habitude d'approcher les gens qu'on finit par savoir convaincre : dans le métier d'avocat – avec les plaidoyers – on a également appris à convaincre ».

Avec cette définition, ne craignez-vous que d'autres personnes – école de commerce, etc. - peuvent faire ce que vous faites ? Est-ce que cela n'effrite pas la spécificité du métier d'avocat ?

« Non...Je ne suis pas très corporatiste. Je trouve qu'un bon étudiant d'une école de commerce ou un bon étudiant de Science politique peut également s'approprier de son côté des connaissances juridiques. De même, l'étudiant en droit va s'approprier des connaissances économiques et politiques.

Bien sûr, on reste fidèle à sa profession, mais on est obligé d'apprendre des connaissances qui ne sont pas propres à la profession, qui aident dans la prise de décision. On n'a pas la propriété sur un processus juridique : d'autres peuvent faire du droit. Au contraire, cela peut être enrichissant. »

Quelle différence faites-vous entre le conseil juridique et le lobbying ? Sur votre site, dans votre description, vous n'utilisez que le mot de « conseil » et jamais celui de lobbying.

« J'avais le mot de lobbying avant mais je l'ai enlevé parce que...ça ne s'explique pas trop.

Le conseil pur à un client s'arrête au dossier : le conseil est plus juridique. Le lobbying dépasse la relation client/avocat. Quand je conseille le client, je l'informe sur le cadre juridique de son investissement, je lui fais des ébauches de contrats, je négocie le contrat avec une partie tierce.

Quand je dis au client qu'on va faire du lobbying pour son dossier, cela va beaucoup plus loin : il n'y a pas qu'un seul interlocuteur – qui est l'avocat de l'autre partie. Mais il y a une multitude de cibles : on dit alors au client qu'on va les attaquer ensemble – on attaque la politique, l'administration, d'autres groupes d'intérêt. C'est attaquer entre guillemets : on se concentre pour les convaincre. Le lobbying est donc un prolongement du conseil. »

L'avocat peut défendre l'indéfendable – cf. Jacques Vergès. Est-ce de même pour l'avocat-lobbyiste ? Pouvez-vous défendre par exemple l'industrie du tabac ?

« Cela peut être perçu par le client comme...(temps) Mais après le client se dit que du moment qu'il paie, peu importe, tant qu'on le lui fait. Cela dépend de l'éthique personnelle de chacun d'entre nous. On peut refuser. J'ai rencontré cette problématique avec les substances chimiques qui étaient en partie très nocives et qui avaient causé des malformations. Mais j'ai accepté le dossier car les substances que voulait défendre le client étaient différentes de celles qui avaient mené à des malformations. D'un côté, on avait un argumentaire très émotionnel car c'étaient des enfants qui avaient des malformations causées par le produit chimique. Mais le client a dit dès le départ que c'étaient des produits qu'on ne produisait plus, produits datant des années 60-70, sans précaution : l'amalgame ne doit pas être fait avec les nouvelles substances.

Mais je crois que je ne vendrais pas mon âme au diable. Mais les gens qui ont des mauvais dossiers à défendre se trouvent toujours des avocats pour les défendre. »

Faire du lobbying, c'est mal perçu en France. La mutation a été prônée par le barreau d'affaire. Est-ce que vous avez rencontré des difficultés à faire du lobbying en France ?

« C'est dans cet esprit-là que j'ai enlevé ce terme de lobbying sur mon site : je suis en France, et mes dossiers lobbying venaient plutôt de l'extérieur. Ce n'était pas des dossiers français.

Et le terme de lobbying est mal perçu en France car on pense à tort que c'est la pure défense du pré-carré, comme on l'a dit tout à l'heure. La France n'a pas cette approche de Londres, Washington et Bruxelles où les gens sont beaucoup plus pragmatiques : là-bas ; ils se disent qu'en tant que politiques, ils ne connaissent pas l'aspect technique d'un dossier et admettent donc l'aide des lobbyistes, leur savoir-faire. En France, la notion est mal vue : c'est pour cela que beaucoup de lobbyistes en France s'appellent 'conseil en communication', etc. Le terme est aussi souvent associé à des déjeuners en ville, à un grand carnet d'adresse, à une mallette échangée.

C'est malheureux car je pense que le lobbying peut être utile si on le fait bien, de la bonne façon, avec les bons arguments. Pour l'affaire du biodiesel – en 2009, Bercy a été très ouvert à nos apports. »

Etes-vous plutôt dans le lobbying de connivence (les relations) ou dans le lobbying de convergence (l'apport technique) ?

« Les deux font partie du métier. Si on n'utilise que de ses relations, on abîme vite nos relations. Avoir des contacts, certes, ça aide. Mais on ne peut arriver devant ses contacts sans apport technique. Il faut les deux, à mon avis. On ne peut pas faire du lobbying sans réseau : par définition, le lobbying, ça va vers les autres. Il faut sortir de son cabinet, aller vers ceux qui prennent des décisions. Donc, il faut un réseau et un apport technique. A vous d'apprécier le mélange : faut-il plus d'apport technique ou plus faire jouer ses relations dans cette situation, etc.»

Etes-vous inscrit au Parlement français ou au parlement européen ?

« Je ne suis pas inscrit auprès du Parlement français mais je le suis pour le parlement de Bruxelles. »

Retranscription de la deuxième interview avec un avocat-lobbyiste, membre de l'AAL, associé dans un grand cabinet d'affaires parisien

Quel est votre parcours universitaire et professionnel ?

Ce n'est pas le parcours universitaire qui m'a conduit à faire du lobbying. Mon parcours universitaire est un master II à Paris II dans la fiscalité, ensuite je suis parti aux Etats-Unis où j'ai fait un LLM en droit des affaires et fiscalité à l'université de Miami. Ensuite je suis entré à Paris. Là j'ai commencé directement à Jeantet en 1989. Je suis devenu associé en 1996, et je suis devenu patron de ce qu'on appelle le « corporate » (département corporate/finances) dans un cabinet en 2000. Je suis inscrit aux barreaux de Paris, New-York et Luxembourg.

Mon activité a toujours été tournée vers les activités de projets : fusion/acquisition, financement, etc. Au fil du temps, je me suis rendu compte que le besoin de mes clients évoluait. Au début, il fallait des contrats : normaliser une situation. Mais de plus en plus, ma problématique était de type règlementaire : il ne s'agit pas de faire quelque chose contractuellement, mais il s'agit de faire quelque chose dans un environnement normatif d'un pays qui était de plus en plus compliqué. Quand j'ai commencé dans les années 1990, on était très libres : les règles étaient moins nombreuses, notamment d'origine communautaire, donc l'activité économique de mes clients – souvent des entreprises étrangères – était beaucoup plus facile car il y avait moins de règles à respecter. Les quelques règles qui existaient étaient claires et bien expliquées. L'évolution a fait qu'il y a eu de plus en plus de normes différentes – venant de Bruxelles, Paris, de l'exécutif, du législatif, de la jurisprudence, des conflits de jurisprudence, de la doctrine administrative, de la codification (et codification), du droit de la concurrence, etc. Ce tournant s'est fait dans les années 2000. Le besoin des clients a donc évolué. Les clients ont besoin de connaître l'environnement juridico-règlementaire dans lequel ils s'implantent : est-ce que cela vaut le coup d'investir si la législation s'y oppose ? De quoi demain va être fait ? Si j'ai une autorisation aujourd'hui, combien de temps va-t-elle durer ?

Ce qui m'a amené dans ma pratique – tout en maintenant mon activité d'accompagnement des investissements – a aidé mes clients dans l'évolution des règles, de bien leur faire comprendre, de détecter des opportunités dans un projet de loi, de le faire évoluer, de résoudre une incertitude - car aujourd'hui, quand on a un doute, on ne fait plus à cause du principe de précaution, à cause du mécanisme de conformité dans les entreprises, i.e., des gens qui sont là dans une entreprise pour dire « attention, on prend un risque

juridique pour l'entreprise avec cette opération, etc.''. Donc, aujourd'hui, s'il y a un doute législatif, réglementaire ou jurisprudentiel, cela rend les affaires plus difficiles et c'est l'une des causes en France du ralentissement des entreprises, du départ des entreprises à l'étranger, pas seulement pour des causes fiscales, mais tout simplement sociales : car l'environnement juridique n'est pas "friendly" aux affaires, contrairement à d'autres pays. Cela se traduit dans certains classements, comme doing business, etc. : la France n'est pas au niveau.

Ce qu'on a commencé à développer chez Jeantet – je dirais, c'est quelque chose qu'on faisait de manière « intérêt général » à une époque – c'était la promotion de sujets comme la fiducie, etc. Mais on s'est rendu compte que nos clients avaient aussi des besoins plus personnels, plus liés à leur activité, à éviter des risques, à transformer une jurisprudence en loi pour éviter des aléas judiciaires. Là, on a développé cette activité : d'abord avec des lobbyistes professionnels car on se disait que ce n'était pas trop notre métier. Mais on s'est rendu compte que les lobbyistes étaient confrontés eux-mêmes à la même problématique : i.e. ils ont remarqué que le monde changeait, que beaucoup de textes se faisaient à Bruxelles, que le lobbying de Bruxelles n'est pas du tout celui de Paris. A Paris, c'était encore quelque chose de caché, un peu honteux, un effet de réseau – je suis passé par l'administration – ou un effet de communication avec une campagne de presse pour alerter l'opinion, etc. Mais finalement, les lobbyistes – quelqu'un qui sort de l'Administration ou d'une boîte de communication - au milieu de tout cela – surtout encore une fois parce que les procédures, les processus de normes se complexifient et parce qu'il faut connaître bien le terrain - ne sont pas nécessairement motivés pour analyser l'impact réel d'un projet de loi, de faire du droit comparé pour voir comment ça marche ailleurs, ou d'argumenter un point technique ou juridique. Les lobbyistes également – au-delà de leur réseau- se sont rendus compte qu'ils avaient besoin de gens qui les aident sur la substance des choses. Ce besoin des lobbyistes s'est ressenti au même moment avec le nouveau besoin de mes clients (cf. supra). En fait, en résumant, ce sont trois facteurs qui ont entraîné une mutation de la pratique du lobbying : en effet, d'un côté, mes dossiers de contentieux étaient plus liés à des problématiques d'interprétation des lois qu'à des vrais conflits commerciaux et de l'autre, le métier des lobbyistes étaient en train d'évoluer. Enfin, troisième facteur, depuis 2008, du côté du législateur français : le sentiment qu'il a un besoin d'être informé, épaulé, qu'il manque de technicité sur certains points – ce qui se traduit par une paupérisation du législatif au profit de l'exécutif qui, entre la transposition des directives et l'emprise du projet de loi, domine au point que les députés ont aujourd'hui le sentiment d'être une chambre d'enregistrement des

décisions du gouvernement. Le législateur français – surtout les députés – ont voulu s'ouvrir à des acteurs plus larges, et arrêter de fermer la porte à des personnes qui viennent leur expliquer telle ou telle chose.

Puis, en 2011, le bâtonnier Castelain fait passer un message aux avocats : le monde change, votre monde change, les affaires de vos clients évoluent, il faut qu'on sorte de nos rôles traditionnels – la consultation, la négociation et la plaidoirie – et il faut s'ouvrir aux nouveaux métiers de l'avocat – que sont les transactions immobilières, l'avocat fiduciaire, etc. Ça, ce sont vraiment des conquêtes. Et puis, il y a la reconnaissance de ce que certains avocats avaient déjà commencé : le lobbying, qui n'était pas interdit aux avocats mais tout le monde n'était pas certain qu'on en avait besoin. Castelain nous conseille alors de monter une association qui réunissait quelques avocats qui pratiquent déjà le lobbying. J'en suis devenu président un an après, en 2012. Les fondateurs étaient les cabinets August & Debouzy, Vogel & Vogel, Jeantet et Granrut. Aujourd'hui, on a une trentaine de membres. Le but de l'association est multiple : c'est déjà de participer à l'effort d'explication de ce que c'est lobbying, à côté des lobbyistes traditionnels. Par exemple, expliquer en quoi le lobbying peut être vertueux, et casser l'image de quelque chose de caché, honteux, loin du trafic d'influence, etc. Au contraire, on dit qu'il s'agit d'aider nos clients à expliquer leur métier, leurs attentes, leurs contraintes, leurs problèmes auprès des gens qui sculptent, année après années, leur cadre organisationnel. Comme pour la rédaction d'un contrat, il ne s'agit pas d'utiliser uniquement des mots savants, mais de savoir écrire, de savoir mettre en forme ce que les clients attendent. Là, on arrive à faire cette passerelle de bien expliquer pourquoi tel projet de loi peut en profiter à telle ou telle entreprise alors que ce n'était pas l'intention du législateur. On aide un petit peu. D'autant plus que chaque loi doit être précédée d'une étude d'impact : dans cette logique-là, on alerte en disant attention va avoir tel effet négatif qu'on pourrait éviter de telle manière. Ou de manière plus proactive de dire qu'il y a un trou dans la loi depuis des années, et on propose des idées pour combler cette lacune.

D'ailleurs, vous semblez faire une différence entre le conseil juridique qui semble plutôt passif et le lobbying qui lui semble plus actif...

C'est clair que c'est une façon de prendre les choses en main ! L'activité traditionnelle de l'avocat n'est pas de discuter de l'état du droit, c'est de dire que l'état du droit, c'est ça, voilà ce que vous pouvez faire avec ou pas, les risques que vous prenez, etc. C'est plus ou moins passif : on peut aussi proposer des solutions alternatives, des contournements, des prises de risques plus modérées pour éviter d'éventuels contentieux.

Comme je vous le disais, ça, ça marchait avant, mais aujourd'hui, c'est de plus en plus difficile de faire cela : quel que soit l'angle que vous regardez, il y aura toujours un risque social qui sera induit d'une mauvaise rédaction d'un système qui ne marche pas, etc. Souvent, on vous parle du lobbying, en disant « oui, le gaz de schiste » etc. : oui, bien sûr que cela existe, mais l'avocat-lobbyiste, ce n'est pas nécessairement cela : c'est beaucoup plus le client qui a un problème parce que le code de l'urbanisme n'est pas clair pour savoir si le délai d'un recours est de deux ou trois mois, par exemple. Ou encore parce qu'une opération peut lui coûter 1 million d'euros à cause de telle ou telle disposition. Ce sont des choses qui ne sont pas nécessairement visibles à l'œil nu, mais qui sont des grains de sable permanents que rencontrent les entreprises. Le conseil juridique, c'est quoi aujourd'hui ? C'est la prudence, c'est prôner trois mois alors que l'idéal serait un mois, etc. Le conseil juridique aujourd'hui est nécessairement orienté vers la prudence et donc vers le ralentissement, le procéduralisme, une forme de bureaucratie en quelque sorte. Pour sortir de cette bureaucratie qui envahit, l'idée est de prendre les choses en main.

C'est d'ailleurs le but de notre association : c'est de dire qu'à contrario de la logique française, jacobine, centralisée, « tout vient d'en haut et en bas, on accepte », on veut recréer du dialogue à l'envers, et de redonner à la société civile du dialogue, des formes de négociation avec la scène publique. Et ça, c'est la forme naturelle à Bruxelles : il y a évidemment le lobbying des pays, mais également avec le lobbying de certains acteurs – les entreprises, mais la même chose vaut pour les ONG.

Justement les ONG...Pourtant, quand on regarde de plus près les choses, on a l'impression que la pratique du lobbying par les avocats semble être née du droit des affaires. N'y-a-t-il pas un lien intrinsèque entre le droit des affaires et le lobbying chez les avocats ?

Le droit des affaires, c'est le droit des entreprises : nos clients sont des entreprises. Mais il y a des avocats qui font – non pas du lobbying pour les personnes physiques, j'exagérerais en disant cela- mais pour des associations, des ONG et des avocats qui travaillent pour des Eglises. Par exemple, l'Eglise catholique romaine prétend ne pas faire du lobbying, mais bien sûr que si : ils sont vigilants à l'égard de la législation – cf. les discussions de loi sur le mariage pour tous, ou sur la procréation, etc. Il y a des acteurs qui représentent les Eglises, et parmi ces acteurs-lobbyistes, on peut trouver des avocats. En fait, tout dépend de l'avocat : il y a des avocats qui travaillent pour des particuliers, certains pour des ONG, et d'autres des entreprises. Dans notre association, on a plutôt des avocats qui

travaillent pour des entreprises, mais on a une avocate qui travaille pour des ONG – c'est Chloé Zilberbogen. Ça peut être aussi des organisations syndicales. Il faut noter que je ne suis pas parti d'un métier mais de ma clientèle qui avait des besoins auxquels je cherche à répondre. Ma clientèle, c'est des entreprises qui investissent, mais aussi des start-up : d'ailleurs, aujourd'hui, les start-up vont bousculer des monopoles de droit – Uber pour les taxis – ou des monopoles de fait – Airbnb se fait attaquer par le lobbying des hôtels aujourd'hui. Ce sont les acteurs de l'économie dite collaborative qui arrivent sur des segments de l'économie très hiérarchisée, très organisée. Ces start-up – même si elles ont peu de moyens au début – ont donc des besoins (pacte d'actionnaires, contrat d'émissions de produits, etc.). Il y a vingt ans, j'ai travaillé pour ces entreprises de la nouvelle économie : on était dans la créativité, aujourd'hui, ces contrats se sont standardisés. Au-delà des pactes d'actionnaires, de ces contrats, ces start-up avaient besoin d'un nouvel environnement favorable à leur business : soit pour créer des monopoles à leur profit, soit pour créer des trous dans le monopole existant.

L'avocat-lobbyiste apporte une expertise juridique au cours du processus décisionnel. Mais le statut d'avocat sert-il ou dessert-il la pratique du lobbying ?

L'avocat est en effet bien placé pour détecter les zones de besoins. J'ai écrit deux papiers¹⁷⁸ L'un sur l'avocat-lobbyiste qui explique ce que je viens de vous expliquer : l'avocat est là pour pallier le manque de technique et d'expertises des énarques. Et l'autre papier est plus technique, intitulé « Lobbying, alter-contentieux » : l'idée, c'est de dire qu'on a beaucoup d'affaires avec deux manières de les aborder : la manière traditionnelle – le contentieux – on va devant le tribunal, on gagne ou on perd. L'autre manière est de voir s'il n'y a pas, à côté de la stratégie contentieuse, des stratégies alternatives ou complémentaires, ou des stratégies de contournement. Cela fait un arbre décisionnel : c'est une grille d'analyse pour l'avocat. On tente de requalifier un contrat en contrat commercial, etc. Là, l'avocat est très bien placé puisqu'il est en amont de la décision contentieuse.

De plus, l'avocat peut aussi avoir un rôle dans ce qu'on appelle le « procès orchestré » inspiré du « grassroots lobbying », le lobbying par la racine, la racine étant le peuple. Aujourd'hui, on part d'un constat – plus ou moins universel - : au lieu d'influencer

¹⁷⁸ "Stratégies, outils et cadre du lobbying" Chapitre 2 Avocat lobbyiste : pourquoi ? Comment ?, Ouvrage collectif à paraître codirigé par Viviane de Beaufort et Françoise Hacque-Cosson, coll. Droit, Management et Stratégies du CEDE-ESSEC, Larcier, 2014, Chapitre 2 Avocat lobbyiste : pourquoi ? Comment ?, par Philippe Portier.

les politiques, on va influencer les constituants, i.e., l'électorat des politiques. Et comment fait-on cela ? Par le biais des médias. Finalement, on revient à des outils datés de propagande où la stratégie de contournement est la plus efficace : on va créer un effet de société qui va ensuite vivre politiquement et permettre d'exploiter cela, là où en approchant quelques politiques, on n'arriverait pas à sortir un projet. C'est une technique que les anglo-saxons connaissent de longue date. Si on prend l'exemple, en France, des magasins de bricolage qui ouvrent le dimanche : ils savaient que c'était illégal mais ils critiquaient le fait que les magasins de meubles soient ouverts le dimanche sur le fondement que c'est une pratique courante des Français. Là, ils disent que l'achat de meubles n'est pas plus une pratique des Français que le bricolage du dimanche. Ils ont alors décidé d'ouvrir le dimanche, alors qu'ils s'exposaient à des sanctions. Ils ont été attaqués par des syndicats, ils ont fait des communiqués de presse, ils ont pris des sanctions importantes. Cela a interpellé les journalistes, cela a fait les premières pages : c'est donc devenu un débat de société, lequel a été relayé par une mission parlementaire avec J.-P. Bailly, l'ancien directeur de la Poste. Et aujourd'hui, dans la loi Macron, on a un volet de réforme sur le travail dominical. Cette mise en avant du problème au travers d'une exposition médiatique d'un problème de société a permis d'aboutir à une réforme : ce n'est pas évident de savoir si on serait arrivé au même résultat avec la stratégie d'approche de quelques élus. Cette exemple permet d'illustrer la place que peuvent occuper les avocats : on peut organiser le procès qu'on crée, savoir jusqu'où on peut aller ou non, gérer la procédure, etc. A Jeantet, on a eu des procès pour le travail du dimanche, le travail de nuit, etc. : le procès médiatisé, même orchestré, provoqué, est une façon, peut-être au prix de condamnations, de faire évoluer les choses. L'avocat serait donc dans son rôle contentieux et est très bien placé dans le contentieux : souvent ce sont souvent des problématiques interprétatives, une problématique sur les appels, etc. C'est la première qualité de l'avocat.

La deuxième qualité de l'avocat est que, sans parler de contentieux, ce dernier connaît son droit : il sait repérer les « zones grises ». La « zone grise » est un élément très troublant d'un droit moderne, i.e., « est-ce qu'il est encore tolérable de dire qu'on ne sait pas ? ».

Je pensais aussi à la déontologie des avocats : est-ce que la garantie du secret professionnel est un avantage ou non ?

Non...sur le plan technique/professionnel, on apporte beaucoup : comparaison, zone grise, capacité rédactionnelle, capacité organisationnelle – car le lobbying ne se fait pas tout seul : il faut travailler avec des agences de communications, des économistes, des enquêtes

d'opinion, etc. Là où l'on est moins bon, c'est sur l'aspect connaissance des institutions, connaissance des individus, comment fonctionne le processus décisionnel à la Commission, au Parlement, au cabinet du ministre, etc. : c'est une formation complémentaire, ce n'est pas la formation naturelle de l'avocat. D'ailleurs, je conseille à un jeune avocat qui veut se lancer dans le lobbying de faire un stage au Parlement, d'être assistant parlementaire pendant un temps, de faire de mission gouvernementale, pour voir comment ça fonctionne. J'ai été assistant parlementaire il y a 25ans. Sur l'aspect stratégie, rédaction (amendements, etc.), analyse, droit comparé, je n'ai pas problème. Mais avoir le bon rendez-vous avec la bonne personne, bien cartographier, etc., c'est un autre niveau professionnel. Je dis souvent que ce n'est pas un travail qu'on fait tout seul.

Si on en vient aux valeurs de la profession, l'approche déontologique, c'est plus compliqué. Je pense que l'élément différenciant des avocats est l'interdiction des conflits d'intérêt - plus que le secret professionnel.

Aujourd'hui, l'intérêt du secret professionnel est limité dans la pratique du lobbying : nos règles professionnelles nous obligent depuis 2011, d'une part, à s'inscrire dans les registres de transparence, avec l'accord des clients (d'ailleurs, on est la seule profession à le faire) et, d'autre part, à dire pour qui on travaille lorsqu'on est en contact avec un élu.

Le conflit d'intérêt est plus intéressant : si on prend le règlement intérieur de l'association française des consultants en lobbying, il est écrit qu'en cas de conflit d'intérêt entre les clients, ils réunissent leurs clients. Je ne sais pas ce que cela veut dire derrière : le client a peut-être le choix de retirer son dossier. Alors que nous, en tant qu'avocat, cela ne relève pas de la décision du client : on n'accepte pas le dossier d'un client qui nous place dans une situation de conflit d'intérêt, au nom des règles de déontologie. Cela est très important : j'ai vu des cas où quelqu'un défendait la mise en œuvre d'une loi pour les intérêts de son client, et ensuite utilisait les arguments qui avaient permis d'annuler le processus législatif devant le conseil constitutionnel pour aller aider le gouvernement à modifier son texte de manière à pouvoir passer le cap du conseil constitutionnel. Vous imaginez la situation du client : il a payé un lobbyiste qui, après, va essayer de faire passer une loi qui lui est défavorable.

Je dirais qu'aujourd'hui, les avocats sont irréprochables sur le terrain du professionnalisme, de la méthodologie, de la connaissance technique et sur le terrain de l'éthique et de la déontologie. Avec l'association, on s'est imposé d'autres règles sur les conflits d'intérêts sociologiques – et non plus déontologiques – en s'interdisant, par exemple,

d'avoir dans des cabinets des représentants d'institutions auprès desquelles on fait du lobbying. Par exemple, je ne peux pas faire du lobbying avec un avocat-député. Un député qui accepte de faire du lobbying, c'est du trafic d'influence pour moi. Les autres associations de lobbyistes n'ont pas nécessairement ce but. Ainsi, les avocats-lobbyistes de notre association sont sur un terrain imbattable. Est-ce que cela est un argument commercial ? Ce n'est pas évident : j'ai des clients qui auraient souhaité travailler avec moi mais qui auraient voulu que je dissimule pour qui je travaille lorsque j'approche des élus – avoir une stratégie officieuse. On ne peut pas me demander cela. Or, c'est un élément important dans la conquête de légitimité du lobbying et ce n'est pas un argument commercial.

Vous défendez – à travers vos écrits – cette transformation du métier de l'avocat. Avez-vous senti des résistances ?

Non, pas avec les gens qui s'y connaissent un peu. On a surtout un problème de pédagogie avec les médias qui ne se préoccupent pas vraiment de savoir ce qu'est le lobbying, et qui préfèrent aller chercher les trucs qui font sensation.

Par contre, c'est vrai qu'il a été difficile de convaincre les juristes que le lobbying leur était ouvert. Je parle plus des juristes que des avocats.

Du côté des avocats, il y a eu quelques réactions sur fond de méconnaissances. D'où un gros rôle de pédagogie de notre association : on a fait des interventions/ conférence à l'école du barreau, etc. Des avocats ont soulevé le problème du réseau : mais là, on peut s'organiser – vers un confrère, vers un autre lobbyiste, etc. En fait, aujourd'hui, cela relève presque de la responsabilité professionnelle d'un avocat qui, confronté à une problématique juridique, ne se poserait pas la question de savoir si, en dehors de la négociation ou du contentieux, il n'y a pas une voie dans la modification de l'appareil normatif pour résoudre le problème. Une fois, on avait soulevé devant un de mes clients un arrêté de 1977 sur les prix – sauf que cet arrêté datait d'avant la libéralisation des soldes, des outlets, du développement du marché sur internet, etc. : on aurait pu plaider devant la direction de la concurrence, mais on aurait perdu car le texte était là. Alors, on a décidé d'aller à Bercy pour montrer que le texte était obsolète. La direction de la concurrence n'était pas hostile car ils reconnaissaient que matériellement l'arrêté n'aurait pas pu s'appliquer à la situation – il y avait comme un vice juridique. Cet arrêté a été modifié en 2010-2011. C'est donc une manière d'appréhender les choses. Il y a donc, en résumé, trois approches : d'abord, on dit au client qu'il faut faire ainsi, et le client ne dit qu'il ne peut pas – là, on nous reproche de ne pas faire notre métier.

La deuxième approche, c'est de faire du contentieux, avec le risque de perdre si le texte est contre nous. La troisième approche est de décider de modifier le texte.

Du côté des juristes maintenant : les juristes d'entreprise. Dans les entreprises américaines, c'est souvent le directeur juridique qui est également à la tête des affaires publiques (Microsoft, Ebay, etc.). Dans les entreprises françaises, pas du tout - reflet de notre tradition jacobine dans notre société : il y a le directeur juridique d'un côté, et le directeur des affaires publiques, de l'autre, bien souvent ce dernier est un énarque – qui ne veut pas trop qu'on sache qu'il fasse du lobbying, qui veut retourner aux affaires, etc. Notre association est allée voir la direction juridique: j'ai été déçu. Ils nous ont dit que cela ne les intéressait pas trop car ce n'était pas leur truc car on fait des notes techniques. Mais je sens que les choses changent : j'ai fait des conférences au Cercle Montesquieu – qui réunit les directeurs juridiques des grandes entreprises : là où j'avais avant quelques participants, j'ai eu 300 personnes sur l'influence, sur le rôle des juristes dans la stratégie d'influence de l'entreprise, etc. : au-delà des grands sujets de stratégie qui vont occuper la direction générale, dans leur quotidien, il y a des tas de micro-sujets dans lesquels ils peuvent agir et ne pas être passifs.

Pour finir, pouvez-vous définir le métier d'avocat-lobbyiste en quelques mots ?

C'est difficile car il y a plusieurs approches. Ce n'est pas un "métier" spécifique. De la même manière que vous avez l'avocat qui fait du contentieux, celui qui fait de la médiation, etc. vous avez l'avocat-lobbyiste. Il y a deux manières de faire du lobbying : soit je fais du droit du travail, du droit fiscal, peu importe, et dans ce cadre-là, j'essaie d'agir sur le droit du travail lui-même et non plus seulement de l'appliquer ou de l'interpréter : l'action de lobbying est un complément au sein d'une spécialité. Soit il y a les cabinets qui se dédient uniquement, tout azimut, aux affaires publiques – c'est le cas de Thaïma Samman : là, on fait du lobbying une spécialité, de même qu'on se spécialise en fiscalité – et on touche à tous les droits. Donc, il est difficile de définir l'avocat-lobbyiste. Mais, fondamentalement, pour moi, de même que tout avocat doit avoir une fibre contentieuse, de même tout avocat devrait avoir cette fibre de lobbying – via la veille juridique, législative, réglementaire – en devant partie prenante du débat publique.

Bibliographie

Ouvrages généraux

- CHEVALLIER J., *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., Paris, 2004
- LAMARQUE G., *Le Lobbying*, P.U.F., Que sais-je, Paris, 1994
- RYFMAN Ph., *Les ONG*, Collection Repère, La Découverte, Paris, 2014

Ouvrages spécialisés

- ADER H., DAMIEN A., *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz Action, Paris, Quatorzième Edition, 2013
- BEAUFORT (de) V., MASSON A., (dir.), *Lobbying et procès orchestrés*, Larcier, Bruxelles, 2011
- BESSY, C., *L'organisation des activités des avocats : entre monopole et marché*, L.G.D.J., Paris, 2015
- COMMAILLE J., DUMOULIN L., ROBERT C., *La juridicisation du politique*, Lextenso, Paris, 2010.
- DEZALAY Y., *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique internationale par les multinationales du droit*, Fayard, Paris, 1992
- KARPIK, L., *Les avocats : entre l'Etat, le public et le marché, XIIIè-XXè siècle*, Editions Gallimard, Paris, 1995
- MARTIN, R., *Déontologie de l'avocat*, LexisNexis, 11^{ème} édition, Paris, 2013

Thèses

- ALEXANDRE J.-J., *La prestation de conseil juridique en droit français*, Thèse pour le doctorat d'Etat, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1990.
- ARMENGAUD, H., *La réforme des professions judiciaires et juridiques (avocats, avoués, agréés, conseils juridiques) : étude d'une décision*, Université de Paris I – Panthéon Sorbonne, 1972

- LEONTE Marie, *L'institutionnalisation du lobbying aux USA et auprès de l'UE : étude comparative*, Thèse pour le Doctorat en Droit public, 14 déc. 2010, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Articles scientifiques

- BARSZSZ C. « Typologie des avocats d'affaires », *Pouvoirs*, 2012/1 - n°140, p. 21 à 32
- DEZALAY, Y., « Juristes purs et marchands de droit. Division du travail de domination symbolique et aggrormento dans le champ du droit », *Politix*, 1990, vol. 3, n°10-11, p. 70-91
- JUTRAS D., « La structure et le régime des conflits d'intérêts au sein des professions juridiques : réflexions convergentes », in dir. MAZEAUD D., MOORE B., MALLET-BRICOURT B., *Actes du colloque « Les conflits d'intérêts »*, Dalloz, Paris, 20 nov. 2012
- KARPIK, L., « Les Avocats : entre le renouveau et le déclin », *Hermès*, vol. 35, 2003, 203 à 211.
- LAZEGA E., « Conflits d'intérêts dans les cabinets américains d'affaire : concurrence et autorégulation », *Sociologie du travail*, n°3/94
- MARTENS, P., « Secret professionnel : divergences et convergences des droits continentaux et anglo-saxons » in *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, dir. Georges-Albert DAL, Larcier, Bruxelles, 2011.
- MEKKI M., « Introduction à la notion de conflits d'intérêts », in dir. MAZEAUD D., MOORE B., MALLET-BRICOURT B., *Actes du colloque « Les conflits d'intérêts »*, Dalloz, Paris, 20 nov. 2012
- MEKKI, M., « La lutte contre les conflits d'intérêts : essor de la transparence ou règne de la méfiance ? », *Pouvoirs*, n°147, Nov. 2013, p. 17-31
- VAUCHEZ, A. « Elites politico-administratives et barreau d'affaire. Sociologie d'un espace-frontière », *Pouvoirs*, n°140, 2012, p. 71 à 81
- VAUCHEZ A., « Le pouvoir judiciaire », 2009 <hal-OO384034>

Articles de presse/revue professionnelles

- AUTRET, F. « L’Affaire Kallas : peut-on réguler les lobbyistes ? » paru dans *laviedesidees.fr*, le 4 juillet 2008
- BAUDESSON Th., ROSHER P., « le secret professionnel face au *legal privilege* » *RDAI/IBLJ*, n°1, 2006
- BENICHOU M, «Les avocats doivent sortir de leurs marchés traditionnels », *Petites affiches*, 4 oct. 2005 n° 197, p. 3
- BOCCARA E., « Copé, le Barreau pris à partie », *Gazette du Palais*, 05 oct. 2010, n°278, p. 3
- CHALME Y., « Du directeur juridique au general counsel ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, Novembre 2012, entretien
- DELLANOY H., « Une profession qui veut la confidentialité doit avoir des règles déontologiques adaptées », *Droit et Patrimoine*, n°238, 2014 (entretien)
- DELZANNO C., « Voyage en lobbyland », *Droit et Patrimoine*, 2010, n°197.
- GARNERIE L., « Lobbying : les avocats face à la réglementation européenne » *Droit et Patrimoine*, 2008
- GATTINO-POLLICOTT A., LANDREAU I., « La pratique du lobbying par l’avocat. Retour sur les rencontres européennes organisées par La Délégation des Barreaux de France à Bruxelles le 27 septembre 2013 », 19 décembre 2013
- JAMIN C., « Cabinets d'avocats à vocation mondiale : quelles stratégies pour demain ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, Septembre 2011, (entretien avec BAKER C. L., ECK C., WHERLI Y)
- LAGRUE M., « Indépendance », *La lettre du SAF*, octobre 2010
- ISRAEL L., « Usages militants du droit dans l’arène judiciaire : le cause lawyering », *Droit et Société*, n°49, 2001/3
- PORTMANN A., « Gouvernance des avocats : la crise guette-t-elle ? » *Dalloz Actualité*, 7 juillet 2015
- NEIL A. LEWIS “LAW: The Lawyer As Lobbyist; Lobbying Lures Fresh Faces As Lucrative Legal Specialty”, *The New York Times*, Published, December 29, 1989
- RABE Bethany Leigh, “Limits on the Attorney-Client Privilege for lobbyist Communications”, *Litigation News*, March 31, 2014
- *Le monde du droit*, « les avocats et le lobbying : un gisement d’opportunité », le 1er février 2008

Sources

- *Accord entre le Parlement européen et la Commission européenne sur le registre de transparence pour les organisations et les personnes agissant en qualité d'indépendants qui participent à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne*, J.O., 19 sept. 2014, n° L277, p. 11
- Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.
- Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (RIN) n°2015-001 du 12 juin 2015

Rapports

- Conseil des barreaux européens « Le CCBE se réjouit de la protection des droits fondamentaux du client dans le rapport du Parlement européen sur le lobbying », Bruxelles, le 8 mai 2008 (communiqué de presse)
- CCBE, *Réponse générale du CCBE à la consultation de la Commission européenne sur le registre de transparence*, le 7 septembre 2012
- BLON C., *Rapport d'étape sur « L'incompatibilité de la profession d'avocat avec les actes de commerce et les professions ou fonctions commerciales : sens et portées contemporaines d'une telle prohibition ? »*, Conseil National des Barreaux, Assemblée générale des 9 et 10 juillet 2010
- CASANOVA J.-M., Commission de l'Exercice du droit du Conseil national des barreaux, « Vade-mecum de l'Exercice du droit », *Les cahiers du conseil des barreaux*, 2009
- Ordre van Vlaamse Balies, « Lobbying, avocats et secret professionnel », le 10 oct. 2010
- VAN DE MOORTELE B. et VAILLY D., *Rapport Avocat français et lobbying, Commission des règles et usages*, Conseil National des Barreaux, Assemblée générale des 12 et 13 septembre 2008.