

LA SEMAINE JURIDIQUE

ÉDITION GÉNÉRALE

15 SEPTEMBRE 2014, HEBDOMADAIRE, N° 38 ISSN 0242-5777

939

Et si la réforme des professions réglementées aidait les avocats ?

par Frédéric Moréas et Philippe Charles, avocats associés



940 Associations - Une première définition légale des subventions publiques, Aperçu rapide par Jean-Marie Pontier, professeur

941 Prud'hommes - Vers une nouvelle procédure d'appel en matière prud'homale ? À propos du rapport *Lacabarats* du 16 juillet 2014, Aperçu rapide par Nicolas Gerbay, maître de conférences

952 Peines - Un législateur bien imprudent. À propos de la loi du 15 août 2014, Étude par Jean Pradel, professeur émérite

953 Droit de la famille - Chronique sous la direction de J. Rubellin-Devichi avec H. Bosse-Platière, Ch. Coutant-Lapalus, Y. Favier, A. Gouttenoire, M. Lamarche et P. Murat

AVOCATS

939

Et si la réforme des professions réglementées aidait les avocats ?

POINTS-CLÉS → Il faut faire des cabinets d'avocats de véritables entreprises capables de se financer, de se développer pour leur donner les armes sur un marché du droit où leurs concurrents ont déjà de telles capacités → Dans le volet « Avocats » de la réforme des professions réglementées, les évolutions structurelles souhaitées par Bercy et amenées devant le CNB sont une chance que les avocats entrepreneurs doivent saisir

Le 29 mai 2013, le Conseil de l'Union européenne, sous l'impulsion de la Commission, pointait du doigt les restrictions capitalistiques et les restrictions territoriales injustifiées existant dans la profession d'avocat en France et recommandait leur suppression (*Cons. UE, Recomm. COM(2013) 360 final, 29 mai 2013*. - AN, *Rapp. n° 2056 : Doc. fr., juin 2014*), le 12 mai 2014 la DGCCRF lançait une enquête dans 40 départements sur les pratiques des honoraires des cabinets d'avocats (*Dalloz Actualités 27 mai 2014, M. Babonneau*), le 10 juillet 2014, le ministre de l'Économie évoquait les enjeux du devenir des professions réglementées en mentionnant les avocats, le même jour le président de l'Autorité de la concurrence soulignait la nécessité de faire évoluer les professions réglementées (*La Tribune 10 juill. 2014*). Au mois d'août 2014, le ministère de l'Économie intégrait l'ouverture des capitaux à la réforme engagée et l'indiquait au CNB.

L'évolution est donc en marche, comment l'appréhender ?

Pour les professions réglementées qui craignent ce débat, l'enjeu pourrait rapidement se concentrer sur la légitimité de leur périmètre d'intervention tel que la loi leur confère par monopole. En général, elles perdent ou se recroquevillent, les taxis et les pharmaciens en sont un exemple vécu ... (*Aut. conc., avis n° 13-A-23, 16 déc. 2013 ; Aut. conc., avis n° 13-A-24, 19 déc. 2013 ; Aut. conc., avis n° 13-A-12, 10 avr. 2013*).

Pour les professions réglementées qui attendent ce débat, l'enjeu est différent. Il



Frédéric Moréas, avocat associé
AGN Avocats

et **Philippe Charles**, avocat associé
AGN Avocats

ne s'agit pas de regarder derrière soi mais d'avancer en se donnant les moyens d'être compétitifs pour améliorer notre service vis-à-vis de nos clients car, rappelons-le, ce débat n'existe que parce qu'il y a une forme d'insatisfaction des clients vis-à-vis des professions réglementées. Les experts-comptables ont su rénover leur déontologie au meilleur moment en démontrant que grâce à une libéralisation du marché, ils resteraient un acteur référent (*L. n° 2010-853, 23 juill. 2010 : JCP G 2010, act. 865, Aperçu rapide C. Lebel*). C'est ainsi qu'en 2010, les principes d'ouverture des capitaux, de modification des formes sociales, de libre implantation leur permettaient de se rénover, ces principes ayant même été renforcés en 2014 (*Ord. n° 2014-443, 30 avr. 2014 : JCP E 2014, act. 351, Aperçu rapide J. Catanese*). Parmi les structures d'exercice de la profession d'avocat, les sociétés d'exercice libéral (SEL) sont présentées comme la

forme sociétaire et capitalistique la plus aboutie pour exercer le métier d'avocat, en effet c'est la seule structure limitant la responsabilité des associés au montant de leurs apports (hors cas de la responsabilité professionnelle). Il est d'ailleurs dommage d'en être resté aux SEL, les formes sociales classiques (SARL, SAS, SA) devraient déjà être autorisées, du reste une succursale d'une SARL de droit allemand (GmbH) est d'ores et déjà inscrite au barreau de Strasbourg (*Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 2008, n° 06-20.514 : JurisData n° 2008-044633*). Si la loi du 31 décembre 1990 sur les SEL permettait il y a 25 ans de consacrer une avancée, il faut se demander aujourd'hui pourquoi cette même loi est aussi restrictive s'agissant du financement et du développement des cabinets d'avocats. Cette anomalie est une des causes majeures du recul des avocats sur leur marché car les concurrents des avocats (notamment experts-comptables et prestataires de services) ne supportent pas de telles contraintes et peuvent donc se financer et se développer plus vite en captant une clientèle qui se détourne des avocats.

Nous aurions pu écrire cet article en soulignant les entraves actuelles et persistantes au financement et au développement des cabinets d'avocats. En effet, la déontologie des structures ignore en grande partie les nécessités de financement d'un cabinet d'avocats et place l'avocat entrepreneur face à un dilemme inédit dans l'économie contemporaine : investir son chiffre d'affaires et donc renoncer en partie à sa rémuné-

nération ou s'endetter et donc augmenter son exposition au risque (cela suppose bien entendu de trouver un organisme prêteur). Ce choix n'est pas acceptable car il entrave de manière injustifiée les avocats sur un marché concurrentiel. De même, il est difficile de comprendre, aujourd'hui, les motivations qui sous-tendent la déontologie des structures quand on s'intéresse aux phases de développement des cabinets d'avocats. Dans une phase de développement géographique ou sectoriel, un cabinet d'avocats qui va s'interroger sur son organisation sociétaire et aborder le sujet de la filialisation sera rapidement découragé par des règles inadaptées. Et quand le cabinet s'interrogera alors sur les modalités concrètes de son implantation, les règles en place sur l'ouverture du bureau secondaire le conduiront souvent à différer sa décision d'investissement voire l'en dissuaderont.

Dans une démarche résolument optimiste et pro-concurrentielle de notre activité, nous avons préféré envisager dans cet article comment améliorer la capacité de financement des cabinets (1) puis comment améliorer la capacité de développement des cabinets (2), de façon à expliquer que la réforme insufflée par le ministère de l'Économie est avant tout une chance unique pour restaurer la compétitivité des cabinets d'avocats français sur le marché du droit.

1. Améliorer la capacité de financement des cabinets d'avocats

Augmenter la capacité de financement sur fonds propres. - Dans une SEL d'avocats, le montant maximum des comptes courants d'associés ne peut excéder trois fois le montant de leur participation au capital (*L. n° 90-1958, 31 déc. 1990, art. 14. - D. n° 92-704, 23 juill. 1992, art. 1*).

Prenons l'exemple d'une SEL au capital de 8 000 euros créée par plusieurs associés, ceux-ci ne pourront injecter plus de 24 000 euros dans leur société pour la refinancer et ce, même si un besoin d'investissement existe avec par exemple l'ouverture de nouveaux bureaux ou l'embauche de collaborateurs talentueux. Il s'agit d'une règle

rigide et contre-intuitive qui interdit à l'avocat associé entrepreneur de refinancer son cabinet avec la flexibilité nécessaire.

S'agissant d'une règle d'ordre public, il faut s'interroger sur la sanction encourue en cas de non-respect. Que risque l'avocat associé de SEL qui refinancerait sa SEL par compte courant en outrepassant la limite légale ?

La **sanction économique** est connue : à défaut de pouvoir personnellement réinvestir dans son propre cabinet, le cabinet ne se développera pas au rythme escompté sauf à procéder à une augmentation de capital, mais encore faut-il que le parcours du combattant de l'augmentation de capi-

« Cette règle de limitation des comptes courants d'associés dans les SEL devrait être purement et simplement supprimée. »

tal n'épuise pas l'avocat avant de l'avoir entamé.

La **sanction juridique** quant à elle, n'est pas précisée dans la loi. En conséquence, l'associé non dirigeant qui ne respecte pas cette règle ne paraît pas encourir de risque sur le plan sociétaire, sa position d'associé ne pouvant pas être remise en cause par le simple refinancement de sa SEL. Le seul véritable risque réside dans une éventuelle **sanction disciplinaire**. Dans les différents manuels ou codes qui recensent la jurisprudence sur la profession d'avocat, aucune décision de sanction n'est citée sur ce sujet, ce qui porte à croire que le non-respect de ce texte n'a jamais abouti à une procédure et/ou à une sanction disciplinaire (*R. Martin, Déontologie de l'avocat : LexisNexis, 11^{ème} éd. - A. Damien et H. Ader, Règles de la profession d'avocat : Dalloz. - Code de l'avocat : Dalloz*).

À notre sens, cette règle de limitation des comptes courants d'associés dans les SEL devrait être purement et simplement supprimée de manière à redonner du souffle et de la flexibilité aux SEL d'avocats.

S'ouvrir aux capitaux extérieurs. - Le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne considèrent que la France établit des restrictions capitalistiques « injustifiées » dans la profession d'avocat (*Cons. UE, Recomm. préc.*).

Longtemps présenté comme un risque, le recours aux capitaux extérieurs constitue aujourd'hui une possibilité (encadrée) pour les cabinets d'avocats et des sondages (qui n'ont pas attendu la position de la Commission européenne) confirment que de nombreux avocats se positionnent clairement en faveur d'une ouverture plus large (*La Tribune 9 janv. 2008, F. Hastings. - Lamy e-mag, 2 janv. 2008, O. Chaduteau*). Le principe de l'ouverture capitalistique existe déjà dans des conditions plus ou moins bien définies, le ministère de l'Économie en prend acte et au regard de la position européenne, préconise une ouver-

ture du capital des SEL à hauteur de 49 %. Un regard historique et contemporain est utile pour comprendre la nécessité de cette évolution.

De manière traditionnelle, la loi du 31 décembre 1990 sur les SEL permet l'ouverture capitalistique aux avocats non exerçants dans la SEL. Ces derniers peuvent donc investir dans une SEL d'avocats en restant minoritaires ou rester au capital de leur propre SEL en devenant avocat honoraire (*L. n° 90-1958, art. 5 et art. 5-1*).

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'avocat investisseur soit un avocat français, il peut être étranger. Mais à ce moment-là, il faut se poser la question de la réglementation applicable à cet avocat étranger et de sa position au capital de la structure qui investit (*PE et Cons. UE, dir. 98/5/CE, 16 févr. 1998*). En effet, si l'avocat étranger est associé d'une structure où les avocats sont minoritaires en capital, l'investissement de cette structure dans un cabinet français ne paraît pas admis. Prenons l'exemple des *Alternative Business Structures* existants au Royaume-Uni qui permettent à des non-avocats de détenir la majorité du capital (*V. aussi JCP G 2012, act. 883, Libres propos F. Pelouze*). Le CNB a vivement réagi en affirmant dans une motion des 15 et 16 juin 2012 que « les *Alternative Business Structures* ne peuvent pas être considérées

comme des cabinets d'avocats, notamment dans le cas où la majorité du capital est détenue par des non avocats, et, par conséquent, ne peuvent pas bénéficier des libertés d'établissement et de circulation pour s'inscrire à l'un des barreaux du pays d'accueil ».

Depuis 2011, l'ouverture capitalistique a été étendue. La loi de modernisation des professions juridiques du 28 mars 2011 a rendu possible l'interposition d'une société de participation financière des professions libérales (SPFPL) pluriprofessionnelle qui permet d'intéresser au capital des professionnels libéraux proches de l'avocat à condition qu'ils soient minoritaires en capital par rapport aux avocats (*L. n° 2011-331, 28 mars 2011 : JCP G 2011, act. 440, Aperçu rapide E. de Lamaze*). Un expert-comptable, un notaire, un huissier, un commissaire aux comptes peuvent donc investir aux côtés des avocats dans une SPFPL qui elle-même investira dans une SEL d'avocats. Le décret du 19 mars 2014 en précise les conditions (*D. n° 2014-354, 19 mars 2014 : H. Hovasse in Bull. Joly Sociétés 2014, p. 350-352 - V. aussi sur les*

de l'entrée en vigueur de la loi de modernisation, celui de la participation indirecte d'un investisseur. Le cas est le suivant : un non-avocat investit dans une SAS d'expertise comptable ou dans une société de commissariat aux comptes (ce que la déontologie de ces professions autorise parfaitement), cette société prend ensuite une participation minoritaire dans une SPFPL pluriprofessionnelle qui elle-même prend une participation dans une SEL d'avocats. Nous avons bien là un non-avocat qui se retrouve indirectement associé d'un cabinet d'avocat par le truchement d'une SAS d'expertise comptable ou d'une société de commissariat aux comptes et d'une SPFPL pluriprofessionnelle. Ce cas est théorique mais il prouve que la déontologie des structures d'exercice des avocats permet déjà (malgré elle ?) à un non-avocat d'être indirectement intéressé au capital d'un cabinet d'avocats.

Cet exemple amène à s'interroger avec vigueur sur la légitimité d'une interdiction de façade des capitaux extérieurs dans les cabinets d'avocats.

Cette interrogation prend un autre relief

« On observe que l'interdiction d'ouverture à des tiers génère une restriction de concurrence inacceptable au détriment des avocats. »

SPFPL pluriprofessionnelles *M. Bertrel et J.-P. Bertrel in Dr. et patrimoine mai 2014, n° 236*).

Cette loi constitue une avancée indiscutable sur le terrain des principes mais elle ne donne pas encore la pleine mesure de son efficacité sur le terrain. Au-delà des raisons techniques propres au texte, cela s'explique par une raison purement pratique : parmi les professionnels libéraux précités, très nombreux sont ceux qui interviennent déjà sur la marché du droit avec souvent plus de flexibilité que les avocats. Dès lors, pourquoi iraient-ils investir chez les avocats ? Un cadre d'ouverture beaucoup plus méconnu est celui de **l'ouverture des capitaux des SEL d'avocats à des tiers non professionnels libéraux**. Cette ouverture est aujourd'hui interdite sauf dans un cas étrangement passé sous silence au moment

quand on observe que l'interdiction d'ouverture à des tiers génère une restriction de concurrence inacceptable au détriment des avocats puisque les principaux concurrents des avocats sur le marché du droit, à savoir les experts-comptables ont déjà ouvert leurs capitaux. Quand sur un même marché, un concurrent bénéficie de règles structurelles plus favorables que l'autre, il existe bien une restriction de concurrence et pour dissiper cette restriction, il est inutile de demander au plus moderne de reculer. Pour favoriser une libre concurrence, mieux vaut que le moins moderne évolue. Il y a fort à parier que tout mouvement de recul ou d'inertie de la profession sur ce sujet sera contesté via une plainte devant la Commission européenne (méthode employée par les experts-comptables) ou un contentieux devant la Cour de justice (*CJUE, 16 déc.*

2010, aff. C-89/09 : JCP G 2010, act. 1324, obs. F. Picod. - V. aussi CJUE, 5 avr. 2011, aff. C-119/09), via une saisine de l'Autorité de la concurrence ou du Conseil d'État (*CE, 13 déc. 2013, n° 361593 : JurisData n° 2013-030097*). Il faudra alors expliquer la compatibilité de la réglementation française avec les règles de libre circulation et de libre concurrence ainsi qu'avec la directive *services*. Dans ce contexte où la légitimité des règles actuelles sera fortement et publiquement fragilisée, l'ouverture prônée par le ministère de l'Économie constitue une chance qui doit être saisie d'autant que la sous-capitalisation des cabinets d'avocats français n'est pas un problème nouveau (*V. not. le Rapport Darrois*).

2. Améliorer la capacité de développement des cabinets d'avocats

Permettre la filialisation. - Pour se développer, un cabinet d'avocat peut avoir besoin de recourir à une stratégie de filialisation, par exemple en implantant une filiale dans une région ou en spécialisant une filiale dans un domaine de compétence spécifique. Comme toute entreprise qui se développe, il s'agirait pour les avocats associés de la société mère d'engager le nom de leur cabinet dans une phase de développement aux côtés d'autres confrères associés dans la société fille. La déontologie de nos structures d'exercice nous le permet-elle ? Par principe, la filialisation est possible dans les SEL mais elle entraîne automatiquement la perte de la majorité du capital de la filiale et la perte des fonctions de direction (*L. n° 90-1958, 31 déc. 1990, art. 5 et art. 12*). Elle est donc en pratique rarement utilisée. Pour justifier cet encadrement rigide de la filialisation, il est souvent avancé que les avocats associés et exerçant dans la société fille doivent être majoritaires en capital de sorte à rester indépendants. Curieuse vision de l'indépendance pour notre déontologie des structures d'exercice quand elle est appréciée dans un volet sociétaire au niveau des filiales. L'indépendance ne serait donc pas que la possibilité pour un avocat de décider en

son âme et conscience de la façon de procéder dans une affaire, elle serait aussi une obligation légale de détenir la majorité du capital social d'une société fille...

En outre, il faut bien mesurer les conséquences financières de cette réglementation. Prenons l'exemple d'un cabinet qui souhaite se développer sur une compétence spécifique, la société mère ambitionne de réaliser un apport en numéraire conséquent pour assurer le lancement d'activité de sa filiale. Les nouveaux associés de la société fille ont une compétence reconnue mais ils n'ont pas les capitaux nécessaires. Pour respecter la déontologie de nos structures d'exercice, il va falloir assurer à ces derniers la majorité du capital alors que leur apport en numéraire est moindre que celui de la société mère. Comment faire ? La création de parts d'industrie est inutile puisque celles-ci ne rentrent pas en compte pour le calcul de la majorité. La création d'actions de préférence serait une solution si sa mise en œuvre n'imposait pas la lourdeur (et le coût) qu'elle nécessite aujourd'hui. En réalité, le schéma le plus probable sera le recours à une prime d'émission très forte au détriment de la société mère. Cette dernière, bien que détentrice des capitaux, va se contraindre à s'auto-diluer pour respecter la déontologie des structures. Cette dilution – nécessitée par une contrainte légale – engendre un effet pervers sur la valorisation des titres de la société fille qui de fait, vont être surévalués. En conséquence, les associés majoritaires de la société fille ou de nouveaux associés devront payer au prix fort s'ils rachètent des titres de la mère, parce que la déontologie des structures aura contribué à créer artificiellement cette survaleur. À ce moment-là, il n'est pas certain qu'une explication pédagogique de la règle majoritaire nécessaire à la constitution des filiales des cabinets d'avocats emporte leur conviction, ni même qu'une explication sur le fondement de l'indépendance les apaise...

Au final, cette règle sur la filialisation aboutit à une conséquence néfaste en termes de développement des cabinets d'avocats : **presque aucun cabinet ne recourt à la filialisation, ce qui freine considérablement les velléités de développement tant géographiques que sectorielles des avocats.**

La modification de la règle majoritaire et l'assouplissement des règles sur les fonctions de direction au niveau des filiales faciliterait sans aucun doute le développement des cabinets d'avocats.

Permettre le développement territorial.

- En application de l'article 15.2.3 du RIN, toute ouverture d'un cabinet secondaire est soumise à une procédure d'autorisation préalable du conseil de l'ordre local qui dispose d'un délai de 3 mois pour se prononcer. Deux éléments interpellent dans cette procédure : le délai de 3 mois et le caractère préalable de la procédure d'autorisation.

S'agissant du **délai de 3 mois**, il faut bien comprendre qu'il engendre une lenteur incompatible avec une décision d'investissement. Dans un cabinet d'avocats, les coûts de démarrage sont importants : achat ou prise à bail de locaux avec commission d'agent immobilier, dépôt de garantie au bailleur, assurance, ouverture des fluides (électricité, aération, internet), travaux d'aménagement, mise aux normes handicapées, achat du mobilier, architecture informatique, recrutement des collaborateurs... En pratique, il est impossible de mobiliser toute cette trésorerie dans l'attente d'une potentielle acceptation.

S'agissant du **principe d'autorisation préalable**, il paraît conçu à rebours de l'entrepreneuriat. En effet, cette règle peut être interprétée comme une marque de défiance envers l'avocat appartenant à un barreau différent alors que la déontologie postule que les avocats évoluent dans un environnement confraternel donc un environnement de confiance. Et c'est bien cette confiance qui nous paraît seule génératrice d'entrepreneuriat chez les avocats soucieux de développer leur cabinet.

Ce système d'autorisation *a priori* dans les 3 mois devrait être remplacé par un principe de **libre installation assorti d'un simple déclaration dans le barreau d'accueil** (système de déclaration conformes aux principes de courtoisie et de délicatesse et système conforme à la transposition de la directive *services*). Si le ministère de l'Économie s'intéresse aux modalités de fluidité des barrières territoriales comme il l'a démontré récemment dans le rapport de l'IGF du 6 mars 2013, il devrait également se pencher sur celle-ci. Il serait d'ailleurs

très intéressant de solliciter l'avis de l'Autorité de la concurrence sur la légitimité de cette barrière au développement géographique des cabinets d'avocats.

À côté de la procédure des bureaux secondaires, **la constitution de société inter-barreaux peut être un moyen de se délester de ces procédures lourdes en termes de délais et d'incertitudes** (RIN, art. 17). Encore faut-il trouver le bon associé au plan local pour le faire. Et quand les avocats trouvent cet associé, il faut parfois faire face à une certaine forme de protectionnisme local. En témoigne une question ordinaire récente posée au CNB sous forme anonyme puisque tel est le cas de cette procédure. Le sens interronégatif de la question met en lumière une volonté de protectionnisme géographique, de recréer une barrière territoriale là où le RIN n'en prévoit pas : « un Conseil de l'Ordre peut-il refuser l'inscription d'une SELARL inter-barreaux dans sa liste des sociétés inter-barreaux alors même que l'Ordre des avocats du barreau du siège social de cette SEL a déjà inscrit cette structure à son propre tableau ? ». Heureusement, le CNB est là pour rappeler que le RIN est très clair sur ce sujet (CNB, avis 21 mars 2014, n° 2014/001b).

En l'état des règles existantes, les cabinets d'avocats ne sont pas de vraies entreprises. Si l'on ajoute à cela le fait que les avocats sont très limités s'agissant de l'exercice du droit par internet, le fait que les avocats ont été illégalement restreints en matière de publicité, le fait que certaines incompatibilités anachroniques persistent, on se demande même comment les avocats font pour exister sur leur marché. Des mesures simples pourraient libérer la croissance des cabinets d'avocats, tout en conservant des principes essentiels, ainsi les avocats resteraient l'acteur référent du marché qui les a vus naître. En disant cela, nous ne disons rien de plus que les cabinets d'avocats ont besoin comme toute entreprise de se financer, de se développer et même de se vendre (au travers les cessions de clientèles). Financement, développement, patrimonialisation, telles sont les notions contemporaines de bon sens qui répondent aux besoins des avocats entrepreneurs. ■