

# LA FIN DE L'EXCLUSIVITÉ D'EXERCICE OU LA RÉFORME INACHEVÉE

Alors que la disparition de la règle dite de « l'exclusivité d'exercice » est majoritairement bien accueillie dans son principe par la profession d'avocat, le manque de précision et l'ambiguïté des décrets d'application de la loi MACRON rendent en l'état cette réforme bien risquée dans sa mise en pratique.

par Christophe THÉVENET | Avocat au Barreau de Paris | Président d'Honneur

## LE PRINCIPE GÉNÉRAL DE L'EXCLUSIVITÉ

Le principe de l'exclusivité d'exercice fait partie des règles de la profession d'avocat depuis plus de soixante ans, corolaire historique de l'autorisation d'exercer dans une structure commune<sup>1</sup>. Ce principe d'exclusivité – à ne pas confondre avec le principe de l'unicité du domicile professionnel<sup>2</sup> – impose aux avocats de n'exercer qu'à titre individuel ou comme collaborateur ou dans une seule structure, même s'ils peuvent détenir, directement ou via une SPFPL<sup>3</sup> holding, des participations dans des SEL ou des sociétés de droit commun d'avocats ou dans des structures pluri-professionnelles (SPE).

Concernant les structures d'exercice, le législateur est venu poser directement dans la loi le principe de l'unité d'exercice pour les sociétés civiles professionnelles (SCP) et les sociétés d'exercice libéral (SEL), c'est-à-dire dans des textes généraux qui concernent toutes les professions libérales.

## L'EXCLUSIVITÉ DANS LES SCP

L'article 4 de la loi du 29 novembre 1966<sup>4</sup> relative aux SCP dispose que « *sauf disposition contraire du décret particulier à chaque profession, tout associé ne peut être membre que d'une seule société civile professionnelle et ne peut exercer la même profession à titre individuel* ».

Le principe de l'exclusivité d'exercice dans les SCP d'avocats avait été repris par le décret n° 92-680 du 20 juillet 1992 pris pour l'application à la profession d'avocat de la loi du 29 novembre 1966 qui dispose que « *tout associé ne peut être membre que d'une seule société civile professionnelle d'avocats et ne peut exercer ses fonctions ni à titre individuel, ni en qualité de membre*

*d'une société d'exercice libéral* » (art. 43) et que « *les associés doivent consacrer à la société toute leur activité professionnelle d'avocat et s'informer mutuellement de cette activité, sans que puisse leur être reprochée une violation du secret professionnel* » (art. 45).

## L'EXCLUSIVITÉ DANS LES SEL

Concernant les SEL, l'article 21 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales dispose que « *des décrets en Conseil d'État [...] peuvent également prévoir qu'un associé n'exerce sa profession qu'au sein d'une seule société d'exercice libéral et ne peut exercer la même profession à titre individuel ou au sein d'une société civile professionnelle* ». Tel a été le cas du décret n° 93-492 du 25 mars 1993 pour les avocats dont l'article 20 précisait qu'« *un avocat associé exerçant au sein d'une société d'exercice libéral ne peut exercer sa profession à titre individuel, en qualité de membre d'une autre société, quelle qu'en soit la forme, ou en qualité d'avocat salarié* ».

La conséquence de ce principe de l'unicité d'exercice était, selon l'article 22 du décret susvisé, que « *les associés exerçant au sein de la société doivent lui consacrer toute leur activité professionnelle, l'informer et s'informer mutuellement de cette activité* ». Les avocats associés de SCP et de SEL se voyaient ainsi expressément interdire de cumuler l'exercice de la profession dans une deuxième structure par ces textes spéciaux propres à la profession d'avocat, pris en application de textes généraux sur les structures.



## UNE ÉVOLUTION ATTENDUE

L'autorisation de nouveaux « métiers » à l'avocat, sous couvert de mandats civils (avocat mandataire immobilier, mandataire de sportifs ou d'artiste), l'activité de fiducie et les nouvelles opportunités offertes par l'avènement annoncé des sociétés pluri-professionnelles d'exercice<sup>5</sup> et l'autorisation des sociétés de droit commun ont cependant ouvert l'appétit des avocats entrepreneurs qui n'avaient plus d'autres freins à leur ambition que ce vieux principe de l'exclusivité d'exercice.

Les mêmes ont dès lors salué la loi MACRON du 6 août 2015<sup>6</sup> et l'ordonnance du 31 mars 2016<sup>7</sup> qui sont venues modifier les dispositions de l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 pour préciser les modes d'exercice ouverts aux avocats : « l'avocat peut exercer sa profession soit à titre individuel, soit au sein d'une association dont la responsabilité des membres peut être, dans des conditions définies par décret, limitée aux membres de l'association ayant accompli l'acte professionnel en cause, soit au sein d'entités dotées de la personnalité morale, à l'exception des formes juridiques qui confèrent à leurs associés la qualité de commerçant, soit en qualité de salarié ou de collaborateur libéral d'un avocat ou d'une association ou société d'avocats ou d'une société ayant pour objet l'exercice de la profession d'avocat. Il peut également être membre d'un groupement d'intérêt économique ou d'un groupement européen d'intérêt économique. »

Mais le Conseil national des barreaux a immédiatement estimé que « la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 n'a ni pour objet ni pour effet de remettre en question le principe de l'unicité d'exercice »<sup>8</sup>, notamment en ce que les modifications de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 ne visaient pas expressément une autorisation du cumul des modes d'exercice autorisés aux avocats.

## UN DÉCRET IMPARFAIT

Le décret d'application<sup>9</sup> concernant la profession d'avocat était donc attendu et devait dissiper ces incertitudes, mais il déçoit par sa timide portée qui en fragilise la légalité. Le décret du 29 juin 2016 est en effet limité aux SEL et aux sociétés de droit commun et ne concerne pas les autres formes d'exercice. Il abroge l'article 20 du décret du 25 mars 1993 susvisé, permettant ainsi aux avocats exerçant au sein de SEL d'exercer également leur activité au sein d'une autre SEL ou d'une société de droit commun dans lesquelles il n'est donc plus question d'exclusivité

d'exercice. L'article 22 du décret du 25 mars 1993 a également été modifié et dispose désormais que « les associés exerçant au sein de la société l'informent et s'informent mutuellement de leur activité », mais ils n'ont plus à lui consacrer « toute leur activité professionnelle », sauf si les statuts en disposent autrement.

Les dispositions nouvelles des articles 20 et 22 du décret du 25 mars 1993 ne sont toutefois applicables qu'aux SEL constituées après le 1<sup>er</sup> août 2016. Dans les SEL constituées antérieurement, les associés peuvent « convenir, à la majorité prévue pour la modification des statuts de la société, que les dispositions nouvelles des articles 20 et 22 du décret n° 93-492 du 25 mars 1993 leur sont applicables »<sup>10</sup>.

Mais dans tous les cas, ce cumul d'exercices restera limité aux seules SEL ou sociétés de droit commun et interdit le cumul entre un exercice en SEL et un exercice individuel<sup>11</sup>. De surcroît, la règle de l'unicité du domicile professionnel subsistant, le cumul d'exercices dans deux SEL n'autorise pas un avocat à s'inscrire dans deux barreaux différents<sup>12</sup>.

## UN DÉCRET CONTRA LEGEM ?

Les premiers commentateurs de ce texte ont immédiatement relevé, et avec raison, que ces dispositions nouvelles étaient critiquables sur deux moyens différents. D'une part en réservant aux seuls avocats exerçant en SEL ou en société commerciale de droit commun, le droit au cumul d'exercices, le texte introduit une discrimination

surprenante entre les avocats à raison de leur forme d'exercice puisque les SCP sont exclues de ce dispositif<sup>13</sup>.

Même si la réforme annoncée du régime des SCP devrait permettre de répondre à cette critique<sup>14</sup>, la question restera entière pour les avocats exerçant à titre individuel, en association, AARPI ou en collaboration. La FNUJA en a tiré les conséquences en attaquant la légalité de ce décret devant le Conseil d'État<sup>15</sup>, de sorte que ce texte n'est pas à ce jour définitif.

La seconde critique est venue de la commission « Règles et Usages » du Conseil national des barreaux, sous la plume de son Président, Dominique PIAU<sup>16</sup>, qui a fait valoir que ces dispositions réglementaires du 29 juin 2016 ne pouvaient avoir une valeur supérieure aux articles 7 et 87 de la loi du 31 décembre 1971, dont les dispositions combinées, pourtant modifiées par la loi MACRON du 6 août 2015, conduisent à exclure une autorisation, même implicite, du cumul d'exercices. Même dans les SEL, la possibilité du cumul d'exercices serait en conséquence contestable... *Generalia specialibus non derogant*.

L'excellent rapport de synthèse des travaux du CNB présenté par Sébastien BRACQ, Vice-président de la commission « Règles et Usages », lors de l'assemblée générale des 31 mars et 1<sup>er</sup> avril 2017, conclue à la nécessité de lever ces ambiguïtés textuelles qui viennent fragiliser cette réforme pourtant bien utile aux avocats sur un marché du droit où ils se trouvent concurrencés par d'autres acteurs, affranchis de toutes règles d'exclusivité, s'agissant notamment des experts-comptables<sup>17</sup>. Cela passe à l'évidence par une nouvelle modification des dispositions de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971, qui doivent non seulement détailler les types d'exercices professionnels autorisés aux avocats<sup>18</sup>, mais préciser qu'un cumul de ces modes d'exercice est possible.

## LES RISQUES ACTUELS ET FUTURS

Malgré les critiques relevées contre le décret du 29 juin 2016, il faut saluer la disparition désormais programmée de la règle de l'exclusivité d'exercice qui permettra aux avocats de tirer profit de toutes les opportunités de développements issues de la loi MACRON. Mais il reste avant d'autres questions à régler pour permettre aux avocats de s'engager en toute sécurité sur la voie du cumul d'exercices. Le risque déontologique est évident : celui du conflit d'intérêts et du respect du secret professionnel. Si un avocat est associé et exerce dans deux cabinets distincts, quel cabinet doit se déporter en cas de conflit d'intérêts ? Quelques exemples viennent vite à l'esprit...

On peut aussi penser à la question de la responsabilité civile professionnelle puisque les contrats d'assurance passés par les ordres pour assurer leurs ouailles, n'envisagent pas ce cumul d'exercices, outre le fait qu'un avocat est souvent contraint d'étendre la couverture de son risque au-delà du plafond de base de 4 millions d'euros. On mesure également les complexités techniques liées au RPVA : si la clé RPVA est personnelle à l'avocat, il a désormais la possibilité d'organiser une délégation des droits d'accès à e-Barreau en faveur de ses collaborateurs et salariés. Une même clé permettrait-elle de prendre connaissance des procédures suivies dans deux cabinets distincts ? Comment les greffes vont-ils pouvoir gérer les dossiers d'un même avocat, constitué via deux SEL différentes ?

Le compte CARPA étant rattaché à une structure, le cumul d'exercices ne devrait pas poser de difficulté sur ce point, mais les conseils de l'Ordre seront en revanche confrontés à une vraie difficulté pour conserver la maîtrise de leur tableau face à des avocats qui voudront exercer sous différentes formes, dans différents cabinets, situés à des adresses différentes du ressort, sans préjudice d'autres situations complexes relevant de structures inter-barreaux, étrangères ou pluri-professionnelles.

Enfin si le cumul d'exercices devient possible pour tous les avocats quelle que soit leur forme d'exercice, dans combien de cabinets différents serons-nous autorisés à exercer ? Car même si nos structures se révolutionnent, si les nouvelles technologies sont censées nous faire gagner du temps et si nous pourrions bientôt exercer dans plusieurs cabinets un même métier sous différentes formes, les journées ne feront toujours que 24 heures !

1. L'association d'avocats a été créée par le décret n° 54-406 du 10 avril 1954 pour l'application de la loi n° 54-390 du 8 avril 1954 sur la profession d'avocat et la discipline du barreau.

2. Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, article 165.

3. Société de participation financière des professions libérales, la holding des SEL.

4. Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.

5. Décret n° 2017-801 du 5 mai 2017 relatif à l'exercice de la profession d'avocat par une société pluri-professionnelle d'exercice, JORF n° 0108 du 7 mai 2017, texte n° 37 ; décret n° 2017-794 du 5 mai 2017 relatif à la constitution, au fonctionnement et au contrôle des sociétés pluri-professionnelles d'exercice de professions libérales juridiques, judiciaires et d'expertise comptable prévues au titre IV bis de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, JORF n° 0108 du 7 mai 2017, texte n° 30.

6. Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi MACRON, article 63.

7. Ordonnance n° 2016-394 du 31 mars 2016, article 12.

8. Délibération adoptée à l'unanimité par le CNB les 20 et 21 mai 2016.

9. Décret n° 2016-878 du 29 juin 2016 pris en application de la loi 2015-990 du 6 août 2015, article 1<sup>er</sup> et 6<sup>er</sup>.

10. Décret n° 93-492 du 25 mars 1993 pris pour l'application à la profession d'avocat de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, note article 20.

11. Celui-ci est autorisé en Belgique et constitue une piste intéressante, sous réserve notamment de bien caractériser l'affectio societatis des associés, notamment les règles président à l'arbitrage entre les dossiers dirigés vers l'un ou l'autre des cabinets, qui devront être soigneusement précisées.

12. Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, article 165.

13. Ludovic JARIEL, conseiller référendaire à la Cour de cassation, « la fin de l'unicité d'exercice ? », JCP G 2016, 1086 : « Cette réforme à la légalité douteuse semble porter atteinte au principe constitutionnel d'égalité dès lors que rien ne justifie la distinction ainsi opérée entre les modes d'exercice de la profession. »

14. En tout état de cause, une simple opération de transformation en une société de droit commun ou en SEL permettrait de profiter de cette nouvelle liberté », Philippe TOUZET, 2016 : « Et hop, fin de la règle d'unicité d'exercice pour les avocats ! », Blog PARABELLUM, 11 janvier 2016.

15. Recours n° 403012, enregistré le 31 août 2016.

16. Note de la Commission « Règles et Usages » relative à la portée de l'abrogation par le décret n° 2006-878 du 29 juin 2016 de l'article 20 du décret n° 93-492 du 25 mars 1993 pris pour application de la loi n° 90-1258 du 30 décembre 1990.

17. Article 12 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable : « Les experts-comptables exercent leur profession soit à titre individuel et en leur propre nom, soit en qualité de salarié d'un autre expert-comptable, d'une association de gestion et de comptabilité, d'une succursale ou d'une société d'expertise comptable, soit en qualité de mandataire social d'une société d'expertise comptable ; ces diverses formes d'exercice sont compatibles entre elles. »

18. Ce qui n'interdit pas d'inclure dans un tel texte une solution permettant de garantir une continuité d'exercice aux confrères exerçant dans des structures de droit britannique (LLP) implantées en France... il y a urgence, Brexit oblige !