

Affaires

SOCIÉTÉ

763

L'ouverture à des tiers du capital des sociétés d'avocats: une nécessité ?

POINTS-CLÉS → En 2019, les États généraux de la profession d'avocat, par un vote sans ambiguïté, ont rejeté la proposition d'une ouverture du capital des sociétés d'avocats aux capitaux extérieurs → La question revient pourtant aujourd'hui, deux ans plus tard, sous la conjugaison de plusieurs facteurs (rapport Perben, vote du CNB, rapport Lavenir, proposition de la DGE, contexte européen) : elle nécessite donc un nouvel examen dans le contexte de libéralisation des modes et des structures d'exercice de la profession qui contribue à faciliter la satisfaction des besoins en financement des cabinets d'avocats.



Serge Nonorgue,

ancien bâtonnier du barreau de Rennes, membre du bureau de la Confédération des bâtonniers

1 - La question de l'ouverture à des tiers du capital des sociétés d'avocats qui agite la profession depuis plusieurs années est revenue sur le devant de la scène sous le couvert d'une autre problématique qui concerne l'interprofessionnalité. L'assemblée générale du Conseil national des barreaux a ainsi émis, en novembre 2020, un vote en faveur d'un élargissement à d'autres professions que celles actuellement autorisées à constituer des sociétés d'exercice avec les avocats (L. n° 92-1258, 31 déc. 1990, art. 31-3, 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 : JO 5 janv. 1991, instituant les sociétés pluriprofessionnelles d'exercice) : ces professions visées par l'élargissement n'ont pas été définies mais devraient se rattacher à « l'écosystème » qui gravite autour des activités de l'avocat. Autoriser l'avocat à exercer avec ces professions au sein des sociétés d'avocats aurait donc pour effet de faire entrer ces mêmes professions au capital : même si cette ouverture serait cantonnée

à certaines d'entre elles, il s'agirait effectivement d'une ouverture à des tiers. Ainsi, « l'écosystème » de l'avocat spécialisé en droit de la construction autoriserait une compagnie d'assurances à prendre une participation dans le capital de la société, l'écosystème de l'avocat spécialisé en droit bancaire ou financier ou en fusion-acquisition autoriserait une banque à entrer au capital, etc.

Aujourd'hui, la question de l'ouverture du capital à des tiers revient avec un horizon qui ne se limite pas à l'écosystème de la profession concernée mais tous azimuts. Le rapport de la mission Perben en juillet 2020 relative à l'avenir de la profession d'avocat avait déjà préconisé cette nouvelle ouverture et relevé, mais sans expliquer comment, qu'elle serait conciliable avec la préservation de l'indépendance de l'avocat et les règles déontologiques relatives aux conflits d'intérêts.

Une nouvelle proposition émanant de la DGE et issue du rapport Lavenir (Rapp. Lavenir, Mesures de simplification ciblées sur les professions libérales réglementées, non publié, nov. 2020) d'ouverture à des tiers du capital des sociétés d'exercice a été déclinée en trois suggestions :

- « Poser comme seul principe d'ordre public la détention majoritaire, directement ou indirectement, des droits de vote par des personnes physiques ou morales exerçant la ou les professions de la société d'exercice » ;

- « Prévoir que des décrets fixent les règles et limites d'ouverture du capital social

pour chaque profession et réaliser, après un délai maintenant les dispositions actuelles, une revue générale des dispositifs réglementaires » ;

- « Fixer dans la loi, une règle par défaut qui, en l'absence de dispositions réglementaires spécifiques, limiterait l'ouverture à des tiers à 25 % du capital social et des droits de vote » .

2 - **Remarque.** - La proposition (relevant de l'ordre public) tendant à réserver la détention majoritaire des droits de vote de la société d'exercice aux associés exerçant la profession de la société pourrait surprendre car sa consécration législative constituerait, au moins pour les professions juridiques et judiciaires, un retour en arrière : on rappelle, en effet, que les sociétés visées par cette proposition (SEL et sociétés de droit commun) sont autorisées depuis la loi Macron du 6 août 2015 (L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : JO 7 août 2015, texte n° 1. - V. not. JCP E 2015, 1403 à 1419) à ouvrir la détention du capital et des droits de vote à un membre établi au sein de l'UE ou d'un État partie à l'accord sur l'EEE ou encore de la Confédération suisse exerçant l'une quelconque des professions juridiques et judiciaires (pour les SEL, L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, préc., art. 6, I, 3°, al. 1. - Pour les sociétés de droit commun, L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 8-I, al. 2, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : JO 5 janv. 1972).

Serait-ce alors une sorte de contrepartie donnée aux professionnels exerçant à l'entrée de tiers dans le capital qui, dès lors, se ferait au prix d'un abandon de l'assouplissement voté en 2015 destiné à resserrer le lien entre associé exerçant et société d'exercice face aux tiers extérieurs ? On permettrait ainsi à une société d'avocats de faire entrer au capital des tiers complètement étrangers à la famille des professionnels juridiques et judiciaires alors que, dans le même temps, on restreindrait la possibilité de détention en droits de vote de ces mêmes professionnels dès lors qu'ils sont étrangers à la profession de la société d'exercice.

Il conviendrait donc de faire préciser clairement que la proposition de la DGE (en suivant celle du rapport Lavenir) désigne les personnes exerçant la profession comme autorisées à détenir la majorité des droits de vote mais également celles exerçant les

professions « connexes » à celle de la société d'exercice, de telle sorte que l'ouverture du capital et des droits de vote réalisée en 2015 au profit des professions de la même famille juridique et judiciaire ne soit pas remise en cause par une simple inadvertance...

3 - Une fois rappelé ce contexte, on peut légitimement s'interroger sur la nécessité d'une telle ouverture dans le contexte actuel de libéralisation des activités et des structures de la profession.

La profession d'avocat elle-même s'est clairement prononcée en défaveur de l'ouverture du capital des sociétés d'avocats lors des États généraux de la profession en juin 2019 : 28 % d'opinions favorables, 56 % contre et 16 % d'abstentions.

Il résulte des auditions de représentants des professions libérales dont le rapport Lavenir fait état (*Rapp. Lavenir, Mesures de simplification ciblées sur les professions libérales réglementées*, préc., p. 26) que ces besoins de financement apparaissent comme « limités » et « marginaux » et, en conséquence, suffisamment satisfaits, notamment, par le recours au crédit traditionnel ou (suivant une formulation quelque peu obscure) par les « systèmes traditionnels de recommandation entre professionnels ».

Lors de sa dernière assemblée générale qui s'est tenue le 24 septembre 2021, la Conférence des bâtonniers a tout aussi clairement manifesté son opposition à l'ouverture des sociétés d'avocats aux capitaux extérieurs par un vote quasi unanime. Les résultats d'un sondage effectué auprès des barreaux auquel 82 d'entre eux ont répondu confirment très largement cette opposition.

Outre ces prises de position, la nécessité d'une ouverture du capital à des tiers n'apparaît pas clairement lorsque les besoins en financement des cabinets d'avocats sont mis en exergue, tant pour répondre au développement de leurs activités juridiques qu'à celui des activités accessoires qu'ils envisagent.

1. La réponse aux besoins de financement des activités juridiques

4 - Les outils de développement existent déjà.

En effet, les réformes successives du droit des sociétés des professionnels libéraux et, plus généralement, de l'exercice professionnel, ont été mises en œuvre pour répondre aux besoins de développement de la profession d'avocat.

A. - L'évolution des structures d'exercice de la profession

5 - L'évolution du marché du droit vers la globalisation et la libéralisation de la concurrence chère aux instances européennes a conduit à une remise en cause

du lien entre associé exerçant et société d'exercice par la libération progressive des entraves à l'ouverture du capital. La protection des professions qui inspirait les anciens textes va céder le pas à une logique de développement du marché du droit par la libéralisation des conditions d'accès aux structures d'exercice et à leurs satellites telles que les SPFPL, mais avec le souci de préserver l'indépendance des professionnels en exercice (*V. Rapp. AN n° 2498, 19 janv. 2015, Ferrand, vol. 1, titre 1^{er}, p. 641 et s. - Remarque : Après la loi MURCEF du 11 décembre 2001 (L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier : JO 12 déc. 2001, texte n° 1) qui a donné aux professionnels libéraux la possibilité de constituer des holdings spécifiques (les SPFPL) ayant pour vocation originaire de détenir des parts ou actions de SEL, après la LME du 4 août 2008 (L. n° 2008-776, 4 août 2008, de modernisation de l'économie : JO 5 août 2008, texte n° 1) autorisant l'élargissement de cette détention des SPFPL à la majorité en capital et en droits de vote et permettant ainsi la constitution de groupes de professions libérales fiscalement intégrés, c'est la loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques (L. n° 2011-331, 28 mars 2011 : JO 29 mars 2011, texte n° 1) qui va venir initier un mouvement irréversible de desserrement des conditions d'accès au capital des SEL et des SPFPL. - Ce mouvement de libéralisation s'est amplifié pour les professions juridiques et judiciaires avec de nouvelles dispositions issues de la loi Macron, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (L. n° 2015-990, 6 août 2015, préc.) dont l'objectif a été de favoriser l'émergence de véritables groupes de professionnels juridiques. - Sur cette évolution, G. Parléani, *Les SPFPL de 2011 : fausses holdings, et vraies têtes de réseaux pour les professions libérales* : *Rev. sociétés* 2012, p. 407. - S. Nonorgue, *Le desserrement des entraves à la constitution de groupes au sein des professions juridiques (SEL-SPFPL)* : *JCP E* 2012, 1359. - M. Roussille : *Le serpent de mer de l'interprofessionnalité libérale sort enfin la tête de l'eau* : *Dr. sociétés* 2014, comm. 102, qui remarque que « Oui, les grands cabinets français seront eux aussi en mesure de proposer un interlocuteur unique pour gérer l'ensemble de ses besoins comptables et juridiques ». - V. également G. Parléani, *L'exercice en société des professions libérales - essentiellement juridiques - dans la loi Macron* : *Rev. sociétés* 2015, p. 638. - S. Nonorgue, *La constitution des SEL et SPFPL de professions juridiques et judiciaires - Du desserrement à la libération des entraves* : *JCP E* 2015, 1521).*

L'ouverture du capital des sociétés a été limitée aux autres professions juridiques et judiciaires car elles constituent le « vrai » écosystème de l'avocat. Aujourd'hui, il est donc possible :

- qu'une SEL ou une société de droit commun d'avocats (*pour les SEL, V. L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, préc., art. 6, I, 3°, al. 1.* - *Pour les sociétés de droit commun, V. L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, préc., art. 8-1, al. 2*) puisse être détenue majoritairement, en capital et en droits de vote, par tout professionnel exerçant une profession juridique ou judiciaire en France, au sein de l'UE, d'un autre État partie à l'accord sur l'EEE ou au sein de la Confédération suisse et ne relevant pas nécessairement de l'exercice de la profession d'avocat constituant l'objet de la société détenue, sous réserve qu'un avocat au moins y soit associé ;
- qu'un même professionnel avocat (ou plusieurs, avocats ou autres relevant de la famille juridique ou judiciaire) puisse détenir la même majorité au sein de plusieurs sociétés d'exercice (*pour les SEL, V. L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, préc., art. 5, I, C, a contrario. - Et L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, préc., art. 6, V*). La profession d'avocat ne souffre donc plus de la rigidité liée à l'exclusivité de détention et ses membres peuvent ainsi envisager la création, sans limitation, de filiales de SPFPL, y compris de droit étranger ;
- qu'une SPFPL puisse être détenue de la même façon, majoritairement en capital et en droits de vote par toute personne exerçant, sur le même territoire, l'une de ces mêmes professions, que la SPFPL détentrice soit monoprofessionnelle par la détention de filiales relevant d'une même profession (*L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, préc., art. 31-1, III, al.1*) ou qu'elle soit pluriprofessionnelle par la détention de filiales relevant de professions juridiques ou judiciaires (*L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, préc., art. 31-2, II*). L'accession au contrôle de la SPFPL qui n'est plus le domaine réservé des avocats en exercice des filiales est donc possible pour les professionnels investisseurs ;
- qu'une SPFPL puisse détenir, en dehors des SEL, toute autre société d'exercice de la profession d'avocat (*L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, préc., art. 31-1, III*) et exercer toute activité au profit des filiales détenues (*L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, préc., art. 31-1, I*).

À côté de ce mouvement de libéralisation dans l'accès au capital des structures d'exercice qui s'est traduit par des regroupements interprofessionnels capitalistiques, notamment entre avocats et experts comptables, une nouvelle étape a été franchie avec la création de la société pluriprofessionnelle d'exercice issue de

l'ordonnance du 31 mars 2016 qui a créé un titre IV bis à la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 (Ord. n° 2016-394, 31 mars 2016, relative aux sociétés constituées pour l'exercice en commun de plusieurs professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé : JO 1^{er} avr. 2016, texte n° 51 : JCP E 2016, act. 306. - Sur la SPE, V. not. H. Hovasse, *Les sociétés pluriprofessionnelles d'exercice de professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé* : BJS 2016, n° 115c2, p. 364. - B. Brignon, *La société pluriprofessionnelle d'exercice est arrivée ! ou presque* : RLDA 2016, p. 12 et s. - S. Nonorgue, *La nouvelle société pluri-professionnelle d'exercice (SPE)* : JCP E 2016, 1441. - Guide CNB, *La SPE*, juin 2020) : il s'agit, notamment, de permettre aux professionnels visés par la réforme « d'élargir leur offre de services... de mutualiser les coûts et les démarches » (E. Macron, AN, 2^e séance, 4 févr. 2015 : JO 5 févr. 2015, p. 974).

Il apparaît évident que ces possibilités de regroupements capitalistiques entre professions du droit et du chiffre, d'une part, et d'exercice en commun de certaines d'entre elles au sein d'une même structure, d'autre part, sont de nature à contribuer au développement des activités juridiques des cabinets d'avocats qui y participeront par un accès amélioré au financement que ces regroupements sont susceptibles d'offrir.

L'abandon de la règle de l'unicité d'exercice et la réforme de la communication et de la publicité au sein de la profession participent du même souci de développement des cabinets.

B. - La libéralisation de l'exercice professionnel

6 - Depuis la loi du 6 août 2015 précitée, l'obligation pour les avocats d'exercer au sein d'une seule structure d'exercice a été supprimée. Cet abandon de la règle de l'unicité d'exercice décidé en vue de permettre la mobilité des avocats, offre ainsi de nouvelles opportunités de développement par cette nouvelle facilité donnée à se regrouper sur n'importe quelle zone du territoire en vue de créer de nouvelles offres (V. pour les ex. cités à cet égard : Cl. Berebbi et L. Dupuis, *Ultime étape de la réforme Macron : le pluri-exercice* : D. avocats 2017, p. 275 et s., n° 8-9).

La libéralisation dans les domaines de la publicité et de la communication de l'avocat réalisée par la loi n° 2014-344 du 27 mars 2014 (L. 2014-344, 27 mars 2014 : JO 18 mars 2014, texte n° 1) et le décret n° 2014-1251 du 28 octobre 2014 (D. n° 2014-1251, 28 oct. 2014 : JO 29 oct. 2014, p. 17894 ; JCP E 2014, act. 831) va dans le

même sens : le recours à la publicité et à l'offre personnalisée de services juridiques autrefois prohibé est autorisé (L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, préc., art. 3 bis) (et les sanctions pénales qui y étaient attachées ont été abrogées).

À côté du financement des activités juridiques que l'ouverture du capital à des tiers serait censée faciliter, celui du financement d'activités commerciales connexes et de services nouveaux au profit du client est également évoqué, notamment dans le domaine des nouvelles technologies : Big Data, intelligence artificielle, recherche prédictive, etc.

2. La réponse aux besoins de financement des activités accessoires

7 - La possibilité est donnée à l'avocat d'exercer des activités commerciales accessoires dans les conditions modifiées de l'article 111 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 (D. n° 91-1197, 27 nov. 1991, art. 111, b, al. 2, organisant la profession d'avocat : « Les incompatibilités prévues aux alinéas précédents ne font pas obstacle à la commercialisation, à titre accessoire, de biens ou de services connexes à l'exercice de la profession d'avocat si ces biens ou services sont destinés à des clients ou à d'autres membres de la profession »).

Or, le fait d'avoir autorisé la modification de l'article 111 précité, en élargissant la sphère de l'intervention de l'avocat dans des activités commerciales accessoires, ne milite pas en faveur d'un nouvel élargissement de la structure capitalistique et financière des cabinets d'avocats vers des tiers investisseurs.

En effet, les dispositions nouvelles de l'article 111 précité et de la loi Macron ont ouvert des perspectives qui autorisent désormais la création d'une structure commerciale avec une ouverture du capital sans aucune limitation : des avocats déjà associés au sein d'une société d'exercice peuvent ainsi détenir indirectement une société filiale dont les activités sont connexes à celle du cabinet d'avocat et qui aura été constituée avec des tiers pouvant être majoritaires... Autrement dit, on peut faire en dessous (à l'étage de la filiale) ce qu'on ne peut pas faire au-dessus (à l'étage de la société d'exercice holding).

La seule restriction consistera à déclarer cette activité au Conseil de l'ordre du barreau dont relève la société.

Le guide du CNB sur les activités commerciales dérogatoires reprend, en l'illustrant, cette possibilité et en donne de multiples illustrations par des exemples d'activités qui ont été déclarées au barreau de Paris

(CNB, *Guide pratique Activité commerciale dérogatoire*, 2020).

La filialisation de l'activité dérogatoire permet ainsi l'entrée d'investisseurs mais les laisse à la porte du cabinet lui-même, ce qui le préserve de toute ingérence dans son activité même d'avocat qui serait liée à l'exigence de résultats que recherche l'investisseur par le biais de dividendes et/ou de plus-values de sortie sur ses titres (dans le financement bancaire, la pression du résultat est moins importante car le banquier ne vote pas ; qui plus est, un arbitrage entre fonds d'emprunt et fonds propres nécessaires à l'investissement aura été organisé préalablement à l'effet de permettre de rendre compatible la charge de remboursement avec la capacité bénéficiaire du cabinet).

Par le biais de cette filialisation, on autorise une ouverture du capital, qui en étant indirecte, préserve l'indépendance des avocats du cabinet et, en même temps, leur permet de financer de nouvelles activités, de rendre de nouveaux services à leurs clients (coaching, traduction, compliance, legaltechs, logiciels, etc.) par des levées de fonds auprès des investisseurs associés. La contrainte de l'avocat au sein de cette société sera de respecter les principes essentiels comme au sein de son exercice professionnel lui-même et celle de la société filiale de respecter le périmètre du droit.

Nul besoin, en conséquence, d'appeler au capital des sociétés d'exercice elles-mêmes le renfort de tiers investisseurs dès lors qu'ils peuvent être associés au développement des cabinets par le biais de filiales communes constituées avec les avocats en exercice.

Tant au regard des besoins de financement des activités juridiques que des activités accessoires, il apparaît donc que l'introduction de l'ouverture du capital à des tiers directement dans les sociétés d'avocats n'aurait, de ce fait, qu'un intérêt limité, eu égard les outils et les possibilités déjà existantes. Le Plan Indépendants récemment présenté préconise d'ailleurs de les renforcer en valorisant l'utilisation des SPFPL (*Plan Indépendants*, sept. 2021, mesure 19 : *Il s'agirait d'autoriser les SPFPL à détenir des participations dans des sociétés commerciales dont l'objet pourrait correspondre aux activités dérogatoires telles qu'autorisées par l'article 111, b précité du décret du 27 novembre 1991*).

Quant à l'opportunité de, finalement, l'autoriser, cela relève d'un autre débat que la profession pourra s'approprier en ayant à l'esprit que dès 2010, la CJUE soulignait qu'il ne pouvait être exclu qu'une participation de 25 % n'influe, bien que de manière indirecte, sur les décisions des organes de la société (CJUE, 16 déc. 2010, aff. C-89/09, § 86).