

RAPPROCHEMENT ENTRE LES PROFESSIONS D'AVOCAT ET DE JURISTE D'ENTREPRISE

REFLEXIONS ET PROPOSITIONS

Rapport remis à Monsieur Pascal Clément,
Garde des Sceaux, Ministre de la Justice

TABLE DES MATIERES

Introduction

Chapitre premier : L'exercice de la profession d'avocat en entreprise : les exemples européens

- I- Avocats et juristes d'entreprises en droit comparé
 - A) Hétérogénéité des statuts en Europe
 - B) Le « *in-house lawyer* » en Angleterre et au Pays de Galles
 - C) Le « *syndikusanwalt* » allemand
 - D) L' « *abogado* » espagnol

- II- Secret professionnel et « *legal privilege* » : vers une évolution de la jurisprudence européenne ?
 - A) Secret professionnel, confidentialité et « *legal privilege* »
 - B) La jurisprudence communautaire

Chapitre 2 : Le champ d'activité professionnelle de l'avocat exerçant en entreprise

- I - Le champ d'activité professionnelle de l'avocat : état du droit
 - A) La fonction judiciaire ou juridictionnelle
 - B) La fonction juridique

- II - Les fonctions de l'avocat exerçant en entreprise
 - A) Les activités purement juridiques
 - B) Des activités judiciaires ou juridictionnelles ?
 - C) L'avocat en entreprise pourrait-il exercer des mandats sociaux ?
 - D) L'avocat en entreprise pourrait-il exercer en son sein des activités non juridiques (activités administratives, financières...) ?
 - E) L'avocat pourrait-il cumuler deux modes d'exercice de la profession ?

Conclusions du groupe de travail

Chapitre 3 : Indépendance et contrat de travail de l'avocat exerçant en entreprise

- I- L'indépendance du collaborateur et de l'avocat salarié
 - A) Le collaborateur libéral
 - B) Le salarié

- II- Indépendance technique et lien de subordination : la situation de l'avocat exerçant en entreprise
 - A) Conclusion et exécution du contrat de l'avocat exerçant en entreprise
 - B) Rupture du contrat de travail de l'avocat exerçant en entreprise
 - C) Exemple d'une profession médicale exerçant en entreprise : le pharmacien responsable dans l'industrie pharmaceutique

Conclusions du groupe de travail

Chapitre 4 : Déontologie et discipline de l'avocat exerçant en entreprise

- I- L'adaptation de la déontologie à l'exercice de la profession en entreprise.
 - A) Règles spécifiques à l'activité juridictionnelle
 - B) Règles spécifiques à l'exercice libéral

- II- L'adhésion à la déontologie de la profession d'avocat
 - A) Les principes essentiels de la profession d'avocat
 - B) Secret professionnel et confidentialité
 - C) Les conflits d'intérêts
 - D) Déontologie de la rédaction d'actes

Conclusions du groupe de travail

Chapitre 5 : Statut social de l'avocat exerçant en entreprise et participation à la vie collective de la profession

I. Evolution du statut social des avocats

- A) Fonctionnement du système des retraites : la CNBF
- B) Difficultés suscitées par l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1990

II. Statut social de l'avocat exerçant en entreprise : pistes de réflexion

- A) Le maintien dans le régime général de l'avocat exerçant en entreprise
- B) L'affiliation de l'avocat exerçant en entreprise à la CNBF

Réflexions et propositions du groupe de travail

Chapitre 6 : Intégration de certains juristes d'entreprise au sein de la profession d'avocat et création d'un nouveau d'exercice

I . La notion de juriste d'entreprise au sens de l'article 98 3° du décret du 27 novembre 1991

- A) Exercice d'une activité juridique exclusive au sein de l'entreprise
- B) Une pratique professionnelle au sein d'un service structuré et spécialisé de l'entreprise.

II. Le processus d'intégration de certains juristes d'entreprise à la profession d'avocat

- A) Conditions de l'intégration des juristes d'entreprise
- B) Conséquences de l'intégration des juristes d'entreprise

Conclusion

Annexe 1 : Composition du groupe de travail

Annexe 2 : Liste des personnes entendues par le groupe de travail

Annexe 3 : Repères bibliographiques

Annexe 4 : L'exemple espagnol : intervention de Me Juan-Antonio Cremadès, avocat aux barreaux de Paris et de Madrid

Annexe 5 : L'exemple allemand : intervention de M. Peter Herbel, avocat allemand et directeur juridique de Total.

Annexe 6 : Contribution de Maître Jacques Barthélémy : Le statut social du futur avocat salarié d'une entreprise

INTRODUCTION

Les praticiens du droit réfléchissent depuis de nombreuses années à la création d'une « grande profession du droit ». L'idée d'une fusion entre les professions d'avocat et de juriste d'entreprise était déjà largement évoquée dans les rapports de M. Varaut en 1998 et de M. Nallet en 1999. Ces idées ambitieuses ont donné lieu à de multiples débats au cours de la dernière décennie, mais aucun projet n'a vu le jour.

En 2005, Monsieur Dominique Perben, garde des sceaux, ministre de la justice, a mis en place un groupe de travail dans une perspective totalement renouvelée. Il n'est plus question d'envisager une réforme au terme de laquelle la profession d'avocat absorberait purement et simplement celle des juristes d'entreprise. Il n'est pas non plus envisageable de créer une réglementation autonome de la profession des juristes d'entreprise (statut, déontologie, discipline) distincte de celle des avocats. Il ne s'agit pas davantage de créer une « nouvelle profession d'avocat », comme ce fut le cas en 1971¹, puis en 1990², en fusionnant des professions réglementées.

L'hypothèse retenue est celle d'une réforme beaucoup plus pragmatique, permettant aux avocats d'exercer leur profession en qualité de salarié d'une entreprise tout en conservant leur titre, leur statut et leur déontologie. Dans le même temps, des juristes d'entreprise répondant à certains critères précis, pourraient devenir avocats, tout en conservant leur emploi et leur fonction au sein de l'entreprise.

Ce rapprochement contribuerait à la promotion du droit et des juristes français tant au plan interne que sur les marchés internationaux. Il permettrait de renforcer la place du droit dans le monde des affaires et dans l'entreprise, notamment vis à vis des professionnels du chiffre. Il présenterait de nombreux avantages pour chacune des deux professions, notamment en terme des parcours professionnels et d'enrichissement des expériences.

Face à leurs homologues étrangers, notamment anglo-saxons, qui bénéficient du statut d'avocat et donc de la confidentialité de leurs avis juridiques (« *legal privilege* »), les juristes d'entreprise français apparaissent en situation de faiblesse. Cette différence de statut induit une certaine réticence des groupes internationaux à localiser en France des responsabilités juridiques importantes ou les conduit à les confier à des avocats étrangers.

Ce rapprochement renforcerait également la profession d'avocat. Celle-ci compte 44.000 membres, ce qui constitue un effectif très inférieur à celui des avocats des pays comparables de l'Union européenne³. Elle est encore trop morcelée dans sa structure⁴ et trop orientée vers une activité purement judiciaire ce qui entraîne une paupérisation d'une partie de ses membres et des écarts de revenus considérables en son sein. Le rapprochement offrirait un débouché professionnel à de jeunes titulaires du C.A.P.A qui pourraient ainsi exercer en entreprise la profession qu'ils ont choisie sans demander auparavant leur omission du barreau.

¹ loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 : fusion avec les avoués près les tribunaux de grande instance et les agréés près les tribunaux de commerce

² loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 : fusion avec les conseils juridiques

³ Selon les chiffres publiés en septembre 2005 par le CNB, l'effectif au 1^{er} janvier 2005 s'élève à **43 977 avocats**. Selon les chiffres publiés par le Conseil consultatif des barreaux européens (CCBE) en avril 2004, l'Allemagne compte 121 420 avocats, l'Italie 129 071, le Royaume Uni 118 869. Il faut néanmoins relativiser ces écarts puisque la terminologie appliquée à la profession d'avocat n'est pas identique dans tous les pays et l'exercice professionnel comprend parfois partiellement ou totalement celui des notaires ou des avoués.

⁴ Environ 40% des avocats exercent à titre individuel.

Elle encouragerait une plus grande mobilité et une plus grande fluidité dans le déroulement des carrières qui pourraient se dérouler successivement en entreprise puis en cabinet.

Le débat a été relancé au cours de l'année 2004 mais est resté interne à chacune des deux professions. C'est pourquoi, intervenant le 15 décembre 2004, devant l'assemblée générale de l'association française des juristes d'entreprise (AFJE), le garde des sceaux a annoncé la création d'un groupe de travail paritaire, composé de représentants des institutions représentatives et des organisations syndicales des deux professions.

La méthode du groupe de travail a été de chercher à identifier toutes les questions que la création de ce nouveau mode d'exercice de la profession d'avocat (« avocat en entreprise ») peuvent poser, et de voir si et comment elles pourraient être résolues.

A cette fin, le groupe de travail a tout d'abord examiné les législations en vigueur dans les autres Etats membres de l'Union européenne (en particulier les exemples anglais, espagnol et allemand), puis recueilli l'avis des associations représentant les employeurs (MEDEF, AFEP, CGPME et secteur des banques et des assurances).

Ensuite, en partant de l'état du droit positif, il s'est agi d'examiner comment un avocat pourrait exercer sa profession en entreprise et, dans le même temps, comment un certain nombre de juristes d'entreprise répondant à des critères précis pourraient intégrer la profession d'avocat. Dans cet esprit, le groupe de travail a organisé sa réflexion en cinq thèmes⁵ : 1° le champ d'activité professionnelle de l'avocat exerçant en entreprise ; 2° l'indépendance et le contrat de travail de l'avocat exerçant en entreprise ; 3° la déontologie de l'avocat exerçant en entreprise ; 4° le statut social de l'avocat exerçant en entreprise 5° les critères de l'intégration des juristes d'entreprise à la profession d'avocat.

⁵ Le groupe de travail s'est réuni dix fois à la Direction des affaires civiles et du Sceau entre le 23 mars et le 28 septembre 2005.

CHAPITRE PREMIER : L'EXERCICE DE LA PROFESSION D'AVOCAT EN ENTREPRISE : LES EXEMPLES EUROPEENS

I- Avocats et juristes d'entreprises en droit comparé

L'article 1^{er} de loi du 31 décembre 1971 dispose que : « *La profession d'avocat est une profession libérale et indépendante* ». L'idée qu'un avocat puisse exercer sa profession comme salarié d'une entreprise peut paraître iconoclaste pour un juriste français. Cependant, l'examen de cette question en droit comparé montre que ce mode d'exercice est parfaitement admis dans la plupart des Etats membres de l'Union européenne (cf. enquête effectuée par le CCBE auprès des barreaux européens figurant en annexe du rapport de la commission *ad hoc* du CNB).

A) Hétérogénéité des statuts en Europe

Dans la plupart des pays membres de l'Union européenne (Allemagne, Danemark, Espagne, Grèce, Irlande, Islande, Pays-Bas, Royaume-Uni notamment) certains juristes d'entreprise sont inscrits au barreau. Ils sont des avocats à part entière et obéissent en principe aux mêmes règles déontologiques. Pour autant, ces avocats exerçant en entreprise, qui par définition ont une activité juridique de consultation et de rédaction d'actes, ne disposent pas tous du droit de plaider. Certains ont la possibilité de représenter uniquement leur employeur devant les tribunaux. Dans la plupart de ces Etats, sauf en Grèce, tous les juristes d'entreprise ne sont pas avocats.

Dans d'autres pays comme la France, le Luxembourg, l'Italie et la Suède, le statut d'avocat est incompatible avec celui de juriste d'entreprise. Les juristes d'entreprise ne sont pas soumis à une déontologie claire et précise dont le respect est garanti par une autorité disciplinaire. La confidentialité de leurs avis juridiques n'est pas reconnue. Ces documents peuvent donc être produits devant les juridictions, notamment en matière de droit de la concurrence.

La loi belge du 1^{er} mars 2000 créant un Institut des juristes d'entreprise a, de manière isolée, adopté une solution particulière. D'une part, elle consacre et définit un statut du juriste d'entreprise (qui n'appartient pas à la profession d'avocat), d'autre part, elle garantit la confidentialité des avis juridiques qu'il rend.

B) Le « *in-house lawyer* » en Angleterre et au Pays de Galles

Il n'existe pas de profession spécifique de juriste d'entreprise en Angleterre et au Pays de Galles. Les entreprises ou certaines administrations emploient des solicitors ou des barristers appelés « *in-house lawyers* » qui conservent leur titre et bénéficient du « *legal privilege* ». Quel que soit le mode d'exercice et l'activité choisis, il existe un sentiment d'appartenance à une même communauté professionnelle. En revanche, les diplômés en droit qui ne sont pas membres de l'une des deux professions ne bénéficient pas du « *legal privilege* » et ne peuvent donc qu'avoir une fonction subalterne au sein de l'entreprise.

Barristers et solicitors sont soumis aux règles professionnelles définies par leurs institutions ordinaires : le Bar Council et la Law Society. Ils ont le même statut professionnel que leurs confrères mais sont considérés comme ayant accepté de limiter leur clientèle à une seule personne, leur employeur. Ils n'ont donc pas de clientèle personnelle. L'indépendance du « *in-house lawyer* » est à la fois une règle déontologique et un état d'esprit. Un certain nombre d'entre eux siègent dans les conseils d'administration des sociétés qui les emploient. Contrairement au barrister, le solicitor peut représenter son employeur devant les juridictions inférieures.

C) Le « *syndikusanwalt* » allemand

La loi fédérale allemande sur les avocats (« *Bundesrechtsanwaltsordnung* » BRAO) ne fait pas de distinction entre l'avocat exerçant en cabinet et celui exerçant en entreprise (« *syndikusanwalt* »). Ces derniers représentent environ 10 % de l'ensemble du barreau. Ainsi, sur 120 000 avocats, 10 à 15 000 exercent en entreprise. Ils sont soumis à l'ensemble de la réglementation de la profession, notamment au secret professionnel. Le contrat de travail empêche néanmoins l'avocat de représenter son entreprise devant les juridictions.

L'indépendance du « *syndikusanwalt* » est contrôlée par les barreaux qui exigent de l'employeur une déclaration selon laquelle l'intéressé agit en tant qu'avocat, qu'il dispose de l'autonomie nécessaire et qu'il n'est soumis à aucune instruction en matière juridique (clause de conscience). La plupart d'entre eux exercent des fonctions de responsabilité (directeur juridique). Les juristes exerçant dans les services juridiques des entreprises ne sont pas tous avocats.

D) L' « *abogado* » espagnol

Le système espagnol décrit au groupe de travail par Maître Juan-Antonio Cremadès se caractérise par sa grande souplesse. Il n'y a qu'une seule catégorie d'avocat en Espagne quelle que soit la nature du lien contractuel (mandat ou contrat de travail) entre le professionnel et son client. L'avocat est pleinement intégré dans la vie de l'entreprise. Il peut siéger au conseil d'administration de l'entreprise et peut plaider pour elle.

L'avocat peut être salarié d'une entreprise et, dans le même temps, avoir une clientèle personnelle dans le cadre d'un exercice individuel purement libéral. Cette souplesse permet aux jeunes avocats de créer plus facilement leur cabinet.

Les avocats espagnols obéissent tous à la même déontologie quel que soit leur mode d'exercice, notamment en ce qui concerne le secret professionnel et la confidentialité des échanges de correspondances entre confrères. Enfin, les litiges relatifs au contrat de travail relèvent de la compétence des juridictions de droit commun.

II - Secret professionnel et « *legal privilege* » : vers une évolution de la jurisprudence européenne ?

Les avis juridiques rédigés par les juristes d'entreprise ne bénéficient pas de la protection du secret professionnel et des droits de la défense, contrairement à ceux émanant

des avocats. La question de la reconnaissance du « *legal privilege* » du conseil interne à l'entreprise, qu'il ait ou non le statut d'avocat, a été posée à la Cour de justice des communautés européennes (C.J.C.E).

A) Secret professionnel, confidentialité et « *legal privilege* »

Le respect du secret professionnel de l'avocat trouve son fondement dans l'article 226-13 du code pénal⁶. Il est absolu, général et illimité dans le temps. Les perquisitions dans les cabinets d'avocat⁷ sont encadrées par des règles qui garantissent le respect du secret professionnel et des droits de la défense. En revanche, même si les juristes d'entreprise sont soumis au secret professionnel,⁸ leurs écrits ne sont soumis à aucune protection particulière en cas d'enquêtes judiciaires ou administratives.

La confidentialité des correspondances échangées entre l'avocat et ses confrères⁹ est une règle traditionnelle interne à la profession et fondée sur les principes de confraternité et de loyauté. Elle interdit à l'avocat de produire en justice une correspondance qui lui a été adressée par un confrère, par exemple dans le cadre de pourparlers en vue de conclure une transaction, sauf si elle porte la mention « officielle ».

Contrairement au secret professionnel, dans les systèmes de common law, la notion de « *legal privilege* »¹⁰ désigne le droit d'un client, (et non l'obligation de l'avocat) ayant reçu un avis juridique d'un avocat de refuser de produire tout document contenant cet avis dans le cadre d'une procédure civile, pénale ou administrative. Dès lors qu'un client a reçu une consultation d'une personne inscrite au barreau, elle peut de façon discrétionnaire refuser de la remettre aux enquêteurs ou aux juridictions.

B) La jurisprudence communautaire

La C.J.C.E s'est d'abord prononcée sur cette question à l'occasion de l'affaire *AM&S*¹¹. Au cours d'une enquête de concurrence, la société AM&S avait refusé de divulguer aux inspecteurs de la Commission le contenu de certains documents au motif qu'ils étaient couverts par le « *legal privilege* ». La Cour a décidé qu'en l'état du droit des Etats membres, la protection de la confidentialité couvrait « *la correspondance entre avocats et clients, pour autant, d'une part, qu'il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est à dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi* ». Elle a donc refusé de reconnaître

⁶ Article 226-13 du code pénal : « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

⁷ Article 56-1 du code de procédure pénale.

⁸ Comme toute personne autorisée à donner des consultations juridiques ou à rédiger des actes sous sein privé, pour autrui, de manière habituelle et rémunérée : article 55 de la loi du 31 décembre 1971.

⁹ Pour autant, l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 rattache la question de la confidentialité à celle du secret professionnel : « *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* ».

¹⁰ Le *legal privilege* est utilisé par le client d'un avocat dans le cadre des procédures dite de « *discovery* » ou de « *disclosure* » pour s'opposer à la divulgation de pièces.

¹¹ *AM&S c. Commission*, 18 mai 1982, aff. 155/79 ; cf. aussi *Hilti c. Commission*, ordonnance du président du Tribunal du 4 avril 1990, aff. T30/89

la « confidentialité » des avis juridiques émanant des juristes d'entreprise. Par la suite, la « confidentialité » a été étendue aux avis des juristes internes de la Commission et du Conseil¹².

L'affaire *Akzo*¹³ est survenue, comme l'affaire *AM&S*, à l'occasion d'une vérification au cours de laquelle les fonctionnaires de la Commission ont pris copie de documents dans les locaux de la société afin de rechercher les preuves d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. Dans son ordonnance de référé du 30 octobre 2003, le président du Tribunal de première instance (TPI) a considéré que le moyen tiré de la violation du secret professionnel soulevait la question de savoir si la protection accordée à la correspondance échangée entre les avocats indépendants et leurs clients ne devait pas être étendue à l'avocat employé de façon permanente dans une entreprise. Le lien d'emploi entre un juriste et une entreprise n'affecte pas nécessairement son indépendance, dès lors qu'il est soumis à une déontologie et une discipline. L'ordonnance du 30 octobre 2003 a été censurée par une décision du président de la Cour¹⁴. L'arrêt *AM&S* reste donc la décision de référence en la matière et rien n'indique que la CJCE reconnaîtra dans un proche avenir le « *legal privilege* » au conseil interne à l'entreprise.

Pour autant, la question des rapports de l'avocat et de son client, du secret professionnel de l'avocat et du respect des droits de la défense relève bien évidemment de la législation des Etats membres.

¹² *Interporc c. Commission*, arrêt du Tribunal du 7 décembre 1999, aff. T-92/28 ; *Carlsen et autres c. Conseil*, ordonnance du président du Tribunal du 3 mars 1998, aff. T610/97.

¹³ *Commission c. Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals*, ordonnance du président du Tribunal du 30 octobre 2003, aff. T-125/03R et T-253/03R.

¹⁴ *Commission c. Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals*, ordonnance du président de la Cour 7 septembre 2004, aff.C-7/04P(R).

CHAPITRE II : LE CHAMP D'ACTIVITE PROFESSIONNELLE DE L'AVOCAT EXERCANT EN ENTREPRISE

L'idée que des avocats salariés d'entreprises pourraient systématiquement représenter leur employeur devant les tribunaux suscite l'inquiétude chez de nombreux avocats ayant une activité essentiellement judiciaire. Examinant la question du champ d'activité professionnelle de l'avocat exerçant en entreprise, la réflexion du groupe de travail a consisté à répondre à cette inquiétude.

I. Le champ d'activité professionnelle de l'avocat : état du droit

A – La fonction juridictionnelle (devant le juge judiciaire et devant le juge administratif)

L'avocat exerce essentiellement deux fonctions :

- **assister et défendre** les justiciables devant les divers organismes juridictionnels ou disciplinaires, sous réserve des dispositions régissant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. En matière pénale, le prévenu doit se présenter en personne devant le tribunal. Il est assisté par son avocat.
- **représenter** les parties dans les matières où la loi a prévu un quasi-monopole de représentation, c'est à dire exercer les activités de postulation, sauf pour le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et les cours d'appel.

En matière judiciaire, les avocats jouissent donc d'un quasi-monopole prévu par l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971.¹⁵

Devant les juridictions civiles, la représentation emporte assistance (articles 411 à 413 du NCPC)¹⁶. L'avocat est chargé d'une prestation qui, plus qu'un mandat, constitue aussi un contrat de louage d'ouvrage au sens de l'article 1710 du code civil. Il exerce son ministère et peut plaider sans limitation territoriale (article 5 de la loi du 31 décembre 1971).

La représentation est obligatoire en matière civile devant le tribunal de grande instance (principe de la territorialité de la postulation et régime spécial de multipostulation en

¹⁵ Article 4 de la loi du 31 décembre 1971: « Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit, sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et les avoués près les cours d'appel.

Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à l'application des dispositions législatives ou réglementaires spéciales en vigueur à la date de publication de la présente loi et, notamment, au libre exercice des activités des organisations syndicales régies par le code du travail ou de leurs représentants, en matière de représentation et d'assistance devant les juridictions sociales et paritaires et les organismes juridictionnels ou disciplinaires auxquels ils ont accès ».

¹⁶ Art 411 du NCPC : « Le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure » ; Art 412 du NCPC : « La mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger » ; Art 413 du NCPC : « Le mandat de représentation emporte mission d'assistance, sauf disposition ou convention contraire ».

région parisienne). Les parties sont tenues de constituer avocat (article 751 et 755 du NCPC). Dans le cadre du mandat *ad litem*, l'avocat dispose d'un mandat général d'accomplir tous les actes de procédure nécessaires au prononcé du jugement (art 411 du NCPC). Il est dispensé de procuration écrite (article 416 et 417 du NCPC).

L'avocat bénéficie donc en la matière d'un monopole limité par un certain nombre d'exceptions :

- *Tribunal de grande instance* : La représentation n'est pas obligatoire devant le juge de l'exécution.
- *Tribunal de commerce*: La représentation est facultative (article 627 du code de commerce et 853 du NCPC). Les parties peuvent se faire assister ou représenter par toute personne de leur choix. Le représentant, s'il n'est pas avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial¹⁷.
- *Tribunal d'instance* : La représentation est facultative. Les avocats disposent du monopole de la plaidoirie sous réserve du droit pour les parties de se faire représenter par leur conjoint, leurs parents ou alliés en ligne directe ou leurs parents alliés en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclus, ou par une personne exclusivement attachée à leur service personnel ou à leur entreprise (Article 828 du NCPC).
- *Conseil des prud'hommes* : La comparution des parties est obligatoire. En cas de motif légitime, elles peuvent se faire assister ou représenter par un salarié ou un employeur de la même branche d'activité, un délégué permanent ou non permanent d'une organisation syndicale ouvrière ou patronale, le conjoint, les avocats. L'employeur peut se faire assister par un membre de l'entreprise ou de l'établissement (Articles R. 516-4 et R.516-5 du code du travail).
- *Juridictions répressives* : articles 274, 275 (le président de la Cour d'assises peut exceptionnellement autoriser l'accusé à prendre pour conseil un de ses parents ou amis) et 417 du CPP (devant le tribunal correctionnel le défenseur est un avocat).
- *Tribunal administratif et cour administrative d'appel* : Le monopole est absolu mais les parties ont la faculté de présenter des observations orales.

B- La fonction juridique

Elle consiste à donner des conseils, des consultations, à rédiger des actes sous seing privé. Les avocats ne bénéficient d'aucun monopole en la matière¹⁸. D'autres professionnels exercent le droit, parfois à titre accessoire¹⁹. C'est la question dite du « périmètre du droit » réglementée par les articles 54 et suivants de la loi du 31 décembre 1971.

¹⁷ Toutefois, « seuls les avocats peuvent assurer, de façon habituelle, les missions d'assistance et de représentation » (Cass.1^{ère} 7 avril 1999)

¹⁸ L'article 56 de la loi du 31 décembre 1971 énumère les professionnels qui exercent le droit à titre principal : avocats au Conseil, avocats inscrits à un barreau français, notaires, huissiers de justice, commissaires-priseurs ; administrateurs-judiciaires et mandataires-liquidateurs

¹⁹ Notamment les experts-comptables.

II . Les fonctions de l'avocat exerçant en entreprise

Le groupe de travail a examiné les activités ou les fonctions qui seraient celles des avocats exerçant en d'entreprise.

A- Les activités purement juridiques

S'agissant de ce qui constitue actuellement le cœur de l'activité du juriste d'entreprise, le groupe de travail n'a envisagé aucun changement. Cette question ne suscite pas de débat. L'avocat exerçant en entreprise répondrait aux besoins juridiques des entreprises. Il préparerait des consultations, rédigerait des contrats et autres actes sous seing privé. Il serait en contact avec les conseils extérieurs et rechercherait l'adéquation des objectifs poursuivis par l'entreprise avec les règles de droit qui s'imposent à elle. L'article 58 de la loi du 31 décembre 1971²⁰ reste donc parfaitement d'actualité en ce qu'il décrit l'activité du juriste d'entreprise.

B- Des activités judiciaires ou juridictionnelles ?

Il s'agit du domaine où le rapprochement suscite le plus de réticences ou d'inquiétudes au sein de la profession d'avocat. Certains avocats, notamment ceux qui ont une clientèle institutionnelle (établissements bancaires et/ou de crédit, compagnies d'assurances) craignent la concurrence de confrères qui seraient les salariés des entreprises qui actuellement sont leurs clientes.

Lors de ses débats, le groupe de travail a pris une position dénuée d'ambiguïté qui répond clairement à cette inquiétude, en choisissant la solution en vigueur en Allemagne : l'avocat exerçant en entreprise ne pourrait ni représenter son employeur, ni plaider pour lui lorsque la représentation est obligatoire. Il ne pourrait donc ni assister son employeur, ni surtout postuler pour lui devant le tribunal de grande instance. Cet accord unanime recueilli au sein du groupe de travail représente une avancée fondamentale. Il démontre que les deux professions ont une vision commune de ce que serait le champ d'activité professionnelle de l'avocat exerçant en entreprise, ainsi qu'une même conception de ce nouveau mode d'exercice de la profession.

Comme les actuels juristes d'entreprise, l'avocat salarié de l'entreprise aurait une activité juridique de conseil et de rédaction d'actes. Il n'aurait absolument pas vocation à concurrencer ses confrères en matière de contentieux. Les entreprises disposant d'avocats salariés auraient nécessairement recours à un avocat extérieur dès qu'un contentieux surviendrait. Loin d'être en concurrence, les deux avocats (interne et externe à l'entreprise) dialogueraient et auraient une action complémentaire dans l'intérêt de l'entreprise, comme actuellement l'avocat et le service juridique de l'entreprise.

Il convient de rappeler que dès 1998, le rapport Varaut a pris position en faveur de la prohibition de toute forme d'assistance ou de représentation et que les associations représentatives des juristes d'entreprise (AFJE, AJAR ou cercle Montesquieu) ne souhaitent

²⁰ Article 58 de la loi du 31 décembre 1971 : « *Les juristes d'entreprise exerçant leurs fonctions en exécution d'un contrat de travail au sein d'une entreprise peuvent, dans l'exercice de ces fonctions et au profit exclusif de l'entreprise qui les emploie ou de toute entreprise du groupe auquel elle appartient, donner des consultations juridiques et rédiger des actes sous seing privé relevant de l'activité desdites entreprises* ».

pas pouvoir plaider devant les juridictions. Elles ont rappelé lors des séances du groupe de travail qu'elles étaient favorables à la création au sein de chaque barreau d'un « tableau B » permettant d'identifier les avocats exerçant en entreprise et ne pouvant donc ni postuler ni plaider devant le tribunal de grande instance. L'activité de contentieux fait appel à des compétences (procédure civile, plaidoirie) que le juriste d'entreprise ne maîtrise généralement pas. Même devant le tribunal de commerce ou le conseil des prud'hommes, les entreprises font généralement appel à des avocats et non à leur service juridique.

Dans le même temps, il est évidemment inconcevable de reconnaître moins de droit à l'avocat exerçant en entreprise qu'au juriste d'entreprise. Ce dernier peut actuellement représenter l'entreprise devant le tribunal de commerce dans les conditions prévues par l'article 853 du NCPC²¹ ou bien devant le conseil des prud'hommes sur le fondement des articles R. 516-4 et R. 516-5 du code du travail.

Une autre question est celle de la représentation obligatoire par avocat. Il en va notamment ainsi en matière commerciale. Certains demandent une réforme de la procédure applicable devant le tribunal de commerce qui imposerait aux parties pour les affaires contractuelles mais pas pour les procédures collectives, la postulation, le ministère d'avocat et la procédure écrite. Dans ce cadre, comme selon la règle générale précédemment énoncée, les avocats exerçant en entreprise ne pourraient postuler devant le tribunal de commerce. Les entreprises, disposant ou non d'avocats salariés, seraient alors dans l'obligation de donner mandat à des avocats extérieurs pour les représenter devant le tribunal de commerce.

C- L'avocat en entreprise pourrait-il exercer des mandats sociaux ?

Le groupe de travail s'est interrogé sur la compatibilité de la profession d'avocat en entreprise avec l'exercice d'un mandat social au sein de cette même entreprise ou au sein du groupe.

En principe, l'avocat doit se consacrer entièrement à sa profession. Il ne peut exercer en même temps d'autres activités incompatibles avec son ministère. A ce titre, il lui est notamment interdit d'être associé dans une société en nom collectif, associé commandité dans les sociétés en commandite simple ou par actions, gérant d'une société à responsabilité limitée (règles qui ne s'appliquent évidemment pas aux juristes d'entreprise).

Toutefois, l'avocat peut remplir les fonctions de membre du conseil de surveillance d'une société commerciale ou d'administrateur d'une telle société, s'il justifie de sept années d'exercice d'une profession juridique réglementée. Le délai de sept ans peut être réduit par le conseil de l'ordre.²² En outre, l'avocat remplissant la condition des sept années d'activité, qui est élu aux fonctions de membre du conseil de surveillance ou d'administrateur d'une société commerciale, doit en informer le conseil de l'ordre dont il relève dans un délai de quinze jours de la date de son élection. Le conseil de l'ordre conserve un droit de regard sur l'activité de l'avocat en cette qualité et peut l'inviter à se démettre immédiatement de ses fonctions.

Sous réserve du respect de ces conditions, il n'est donc pas interdit à l'avocat de détenir un mandat d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance d'une société commerciale. S'il n'y a pas d'incompatibilité de principe, le système est néanmoins plus

²¹ Faut-il dans ce cas le dispenser de produire un pouvoir spécial ?

²² Article 6 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1971. Règles relatives aux incompatibilités : articles 112 et 113 du décret du 27 novembre 1991

rigide pour les avocats que pour les juristes d'entreprise qui ne sont soumis à aucune de ces restrictions.

Les règles d'incompatibilité qui figurent dans le décret du 27 novembre 1991 pourraient être maintenues pour l'avocat exerçant en entreprise. En tout état de cause, l'avocat devrait concilier l'exercice du mandat d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance avec le respect de sa déontologie. L'avocat ne peut renoncer à son statut en siégeant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance. Sous réserve du strict respect de sa déontologie (secret professionnel, indépendance, réglementation relative aux incompatibilités), l'avocat exerçant en entreprise pourrait donc exercer un mandat social d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance au sein de la société qui l'emploie ou bien d'une société du même groupe. Il pourrait par ailleurs recevoir un mandat électif compatible avec sa profession.

D- L'avocat pourrait-il exercer au sein de l'entreprise des activités non juridiques (activités administratives, financières...)?

Certains juristes d'entreprise portent le titre de secrétaire général et/ou ont des activités qui ne sont pas exclusivement juridiques mais aussi administratives ou financières. Certains secrétaires généraux sont désignés comme responsables de la « gouvernance de l'entreprise »²³. Certains directeurs juridiques participent au pouvoir décisionnel au sein de l'entreprise en étant membre du comité de direction. En Espagne, l'avocat peut exercer toute sorte de fonctions, non seulement des mandats sociaux, mais aussi des fonctions administratives.

Le groupe de travail s'est prononcé pour la solution inverse. L'avocat exerçant en entreprise ne pourrait, au sein de l'entreprise, cumuler la fonction juridique avec une autre fonction. C'est en effet de sa compétence juridique qu'il tire sa légitimité et son indépendance intellectuelle.

E- L'avocat pourrait-il cumuler deux modes d'exercice de la profession ?

Cette question fait directement référence à l'exemple espagnol. En Espagne, l'avocat peut avoir des liens de nature différente avec chacun de ses différents clients : prestations libérales ou bien salariat.

Le groupe de travail s'est montré favorable à cette solution duale. L'avocat pourrait être salarié à temps partiel et en même temps exercer la profession dans un cabinet à titre individuel, comme associé ou encore comme collaborateur ou salarié. Une telle possibilité trouverait difficilement à s'appliquer dans une grande entreprise dans la mesure où les fonctions de directeur juridique nécessitent un investissement total de son titulaire et ne pourraient donc être occupées par un avocat exerçant à temps partiel dans ce poste.

* * *

²³ Ils veillent à la diffusion de l'information auprès des actionnaires. Ils sont chargés de l'organisation et de la tenue des assemblées générales et conseils d'administration. Ils sont chargés des questions relatives à la rémunération des dirigeants.

Conclusions du groupe de travail :

Le groupe de travail est parvenu aux conclusions suivantes sur cinq points relatifs au champ d'activité professionnelle de l'avocat exerçant en entreprise.

- *1) L'avocat exerçant en entreprise aurait une activité juridique de conseil et de rédaction d'actes.*
- *2) L'avocat exerçant en entreprise ne pourrait ni plaider ni postuler pour son employeur lorsque l'assistance n'est pas libre et la représentation est obligatoire.*
- *3) Sous réserve du strict respect de sa déontologie (secret professionnel et indépendance notamment), l'avocat exerçant en entreprise pourrait exercer un mandat social au sein de la société qui l'emploie ou bien d'une société du même groupe. Il pourrait recevoir un mandat électif compatible avec sa profession.*
- *4) L'avocat exerçant en entreprise ne pourrait, au sein de l'entreprise, cumuler la fonction juridique avec une autre fonction.*
- *5) L'avocat salarié d'une entreprise aurait la liberté de cumuler ce contrat de travail avec un des modes d'exercice énumérés à l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 (à titre individuel, au sein d'une association, d'une société, en qualité de salarié ou de collaborateur non salarié d'un avocat, d'une association ou d'une société d'avocat).*

CHAPITRE III : INDEPENDANCE ET CONTRAT DE TRAVAIL DE L'AVOCAT EXERCANT EN ENTREPRISE

L'article 1-I de la loi du 31 décembre 1971 dispose que : « *La profession d'avocat est une profession libérale et indépendante* ». L'article 7 énumère les différents modes d'exercice de la profession²⁴. Le texte est repris à l'article 1^{er} du règlement intérieur national (RIN) avec néanmoins un ajout important : « *La profession d'avocat est une profession libérale et indépendante quel que soit son mode d'exercice* ». Enfin, la notion d'indépendance figure dans le serment de l'avocat²⁵.

Historiquement, le mode d'exercice traditionnel est l'exercice individuel. La loi du 31 décembre 1971 et le décret du 9 juin 1972 ont donné un statut au collaborateur. La loi du 31 décembre 1990 a accompli une évolution très importante. En ouvrant la profession d'avocat au salariat interne, elle a admis la compatibilité de l'exercice d'une profession libérale et d'un contrat de travail avec un confrère. Il est en revanche juridiquement impossible aujourd'hui qu'un avocat exerce sa profession en étant le salarié d'un employeur qui ne serait pas lui-même avocat.

Dans le cadre de plusieurs études qu'il a publiées, Maître Jacques Barthelemy²⁶ évoque la « divisibilité de la notion d'indépendance ». Ce qui caractérise l'exercice d'une profession libérale, c'est l'indépendance intellectuelle ou technique, même dans le cadre de la subordination juridique du contrat de travail. L'avocat salarié est un professionnel libéral

²⁴ Article 7 de la loi n° 1130 du 31 décembre 1971 modifiée en dernier lieu par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 – « *L'avocat peut exercer sa profession soit à titre individuel, soit au sein d'une association, d'une société civile professionnelle, d'une société d'exercice libéral ou d'une société en participation prévues par 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, soit en qualité de salarié ou de collaborateur libéral d'un avocat ou d'une association ou société d'avocats. Il peut également être membre d'un groupement d'intérêt économique ou d'un groupement européen d'intérêt économique.*

Sans préjudice des dispositions du présent article, l'avocat peut exercer sa profession en qualité de collaborateur libéral d'un avocat selon les modalités prévues par l'article 18 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

Le contrat de travail doit être établi par écrit. Il doit préciser les modalités de la rémunération.

L'avocat salarié ne peut avoir de clientèle personnelle. Dans l'exercice des missions qui lui sont confiées, il bénéficie de l'indépendance que comporte son serment et n'est soumis à un lien de subordination à l'égard de son employeur que pour la détermination de ses conditions de travail.

Le contrat de collaboration ou le contrat de travail ne doit pas comporter de stipulation limitant la liberté d'établissement ultérieure du collaborateur ou du salarié.

En aucun cas, les contrats ou l'appartenance à une société, une association ou un groupement ne peuvent porter atteinte aux règles déontologiques de la profession d'avocat, et notamment au respect des obligations en matière d'aide judiciaire et de commission d'office, et à la faculté pour l'avocat collaborateur ou salarié de demander à être déchargé d'une mission qu'il estime contraire à sa conscience ou susceptible de porter atteinte à son indépendance.

Les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier, à charge d'appel devant la cour d'appel siégeant en chambre du conseil. »

²⁵ Article 3 de la loi du 31 décembre 1971 : « *Les avocats sont des auxiliaires de justice. Ils prêtent serment en ces termes : « Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec, dignité, conscience, indépendance, probité et humanité ».*

²⁶ Cf. annexe n°3

parce qu'il bénéficie, dans l'exercice de son art, de l'indépendance. A contrario, il existe parfois une vraie dépendance de nature économique de certains avocats exerçant à titre individuel et rémunérés sous forme d'honoraires, notamment lorsque leur clientèle est exclusivement institutionnelle et que le montant des honoraires par dossier leur est imposé.

Toutefois, la préservation de l'indépendance technique justifie que les relations contractuelles soient contrôlées par les ordres. Les exemples des professions médicales (médecins, pharmaciens) ou des architectes démontrent la compatibilité de l'indépendance technique et de la subordination juridique. Lors des débats du groupe, aucune réelle divergence n'est apparue sur ce sujet.

I. L'indépendance du collaborateur et de l'avocat salarié

A) Le collaborateur libéral

Le contrat de collaboration intervient entre deux professionnels indépendants même s'il établit une certaine subordination du collaborateur à l'égard de son patron. Il nécessite un contrat écrit qui contient certaines clauses obligatoires et qui est soumis à un contrôle préalable du conseil de l'ordre.

Sont obligatoires les stipulations relatives:

- aux modalités de rémunération : une rétrocession d'honoraires et non un salaire ;
- aux conditions dans lesquelles l'avocat collaborateur pourra satisfaire aux besoins de sa propre clientèle (article 7 de la loi du 31 décembre 1971) ;
- à la durée de la collaboration ;
- aux périodes d'activité et de congé ;
- aux modalités de cessation de la collaboration ;
- à la faculté d'être déchargé d'une mission contraire à la conscience de l'avocat collaborateur (article 133 du décret du 27 novembre 1991).

En revanche, sont interdites les clauses qui limiteraient la liberté d'établissement ultérieur ou bien celles qui seraient susceptibles de porter atteinte à l'indépendance que comporte le serment de l'avocat (article 133 du décret du 27 novembre 1991). La dénaturation de la collaboration en salariat²⁷ a débouché sur un contentieux bien avant la réforme de 1990, à l'occasion duquel les tribunaux ont pu qualifier de salariés des collaborateurs.

B) Le salarié

1) Le contrat de travail

Le contrat de travail de l'avocat, comme le contrat de collaboration est soumis à un ordre public de protection²⁸. Il doit être écrit. Certaines clauses sont obligatoires, d'autres sont prohibées. C'est ainsi que la rémunération ne peut être qu'un salaire et non une rétrocession

²⁷ Une loi interprétative du 30 juin 1977 modifiant l'article 7-1 de la loi du 31 décembre 1971 est alors intervenue pour rappeler que l'avocat ne pouvait avoir la qualité de salarié.

²⁸ Le salariat est prévu par les articles 136 à 153 du décret du 27 novembre 1991.

d'honoraires. L'avocat salarié ne peut avoir de clientèle personnelle. Il peut toutefois travailler à temps partiel et en même temps pour deux employeurs à condition de veiller au respect du secret professionnel et aux règles relatives aux conflits d'intérêts.

Le lien de subordination à l'égard de l'employeur ne concerne que « *la détermination des conditions de travail* »²⁹. Le contrat de travail ne peut porter atteinte au principe déontologique de l'égalité entre avocats (cf. article 137 du décret du 27 novembre 1991). Il bénéficie d'une clause de conscience, c'est à dire qu'il peut demander à être déchargé d'une mission qu'il estime contraire à sa conscience ou susceptible de porter atteinte à son indépendance. Le contrat de travail ne peut comporter de stipulations limitant la liberté d'établissement ultérieur du salarié (cf. article 7 alinéa 5 de la loi du 31 décembre 1971).

Comme le contrat de collaboration, le contrat de travail de l'avocat salarié est soumis au contrôle du conseil de l'ordre qui vérifie que les clauses du contrat sont conformes à la loi et au règlement (cf. article 139 du décret 27 novembre 1991). Le procureur général près la cour d'appel peut demander communication du contrat de travail (cf. article 140 du décret du 27 novembre 1991).

2) L'exécution du contrat de travail

L'avocat salarié, dans son exercice professionnel, indique, outre son propre nom, le nom de l'avocat pour le compte duquel il agit (cf. article 136 du décret du 27 novembre 1991). Ce dernier est civilement responsable des actes professionnels accomplis pour son compte par son salarié (cf. article 138 du décret du 27 novembre 1991). Il est tenu, pour le compte de l'avocat salarié, au paiement des cotisations dues par cet avocat pour le fonctionnement de l'ordre et celui du Conseil national des barreaux (CNB).

L'avocat salarié est sujet aux commissions d'office et son employeur ne peut entraver leur accomplissement. Les indemnités versées par l'aide juridictionnelle sont acquises à l'employeur.

3) Le contentieux du contrat de travail

Les litiges nés à l'occasion du contrat de travail entre avocats ne sont pas portés devant la juridiction prud'homale, mais sont soumis en première instance à l'arbitrage du bâtonnier, et en appel à la cour d'appel. Les décisions du bâtonnier sont rendues exécutoires par le président du tribunal de grande instance (cf. article 153 alinéa 2 du décret du 27 novembre 1991). Il tranche le litige en droit et non comme amiable compositeur.

II. L'indépendance de l'avocat exerçant en entreprise

Le salariat autrefois impossible dans la profession d'avocat est désormais bien installé. Il existe une convention collective des avocats salariés³⁰. Les textes distinguent bien l'avocat salarié et l'avocat collaborateur. Le groupe de travail a examiné dans quelle mesure la réglementation actuellement applicable à l'avocat salarié pourrait être transposée à la situation de l'avocat exerçant en entreprise. En effet, titulaire d'un contrat de travail, l'avocat exerçant

²⁹ Article 7 de la loi du 31 décembre 1971.

³⁰ Convention collective nationale du 17 février 1995 étendue par arrêté du 10 juin 1996 JORF 28 juin 1996

en entreprise serait un salarié de l'entreprise. Son employeur ne serait pas membre de la profession.

Le groupe de travail est parvenu à un accord sur les différentes questions relatives à l'indépendance de l'avocat exerçant en entreprise. Il a retenu le principe selon lequel le contrat de travail de l'avocat exerçant en entreprise serait nécessairement régi par le code du travail, sauf dérogation expresse par la loi spéciale, justifiée par le respect de l'indépendance technique et de la déontologie professionnelle. Il serait soumis au contrôle du conseil de l'ordre des avocats.

Le groupe de travail a examiné successivement : la conclusion et l'exécution d'une part (A) la rupture d'autre part (B) du contrat de travail de l'avocat exerçant en entreprise.

A) Conclusion et exécution du contrat de travail de l'avocat exerçant en entreprise

En créant un nouveau mode d'exercice de la profession d'avocat, le législateur préciserait le statut de l'avocat exerçant en entreprise et devrait donc énumérer les clauses obligatoires et les clauses prohibées de son contrat de travail. Au regard du droit du travail, l'avocat exerçant en entreprise serait dans une situation proche de l'actuel avocat salarié. Il serait soumis à un lien de subordination à l'égard de son employeur pour la détermination de ses conditions de travail. En revanche, son indépendance technique et intellectuelle serait garantie par son statut. Le groupe de travail s'est donc largement inspiré des dispositions des articles 136 à 139 du décret du 27 novembre 1991 pour proposer une énumération des clauses obligatoires et des clauses prohibées du contrat de travail.

C'est ainsi qu'aucune clause limitant la liberté d'établissement ultérieur de l'avocat exerçant en entreprise ne pourrait figurer dans son contrat de travail. L'avocat exerçant en entreprise aurait la faculté de demander à son employeur à être déchargé d'un dossier contraire à sa conscience (clause de conscience). Toute clause susceptible de porter atteinte à l'indépendance que comporte le serment de l'avocat serait prohibée. Ces deux règles seraient inscrites dans la loi et chaque contrat de travail y ferait expressément référence ou bien les reproduirait *in extenso*.

En revanche, le monde de l'entreprise s'accommoderait mal d'un statut trop contraignant ou rigide de l'avocat en entreprise. En dehors des clauses garantissant le respect de l'indépendance, la liberté contractuelle pourrait s'exercer pleinement. C'est ainsi que les clauses de non-concurrence seraient laissées à la libre appréciation des parties.

L'avocat se consacrerait exclusivement aux intérêts de l'entreprise. Il n'aurait aucune obligation relative aux commissions d'office puisqu'il n'aurait pas le droit de plaider devant les juridictions répressives. En conséquence, aucune clause relative à l'aide juridictionnelle ou aux commissions d'office ne figurerait dans son contrat de travail.

Le respect du statut de l'avocat et de son indépendance relève de l'ordre public. Le groupe de travail a considéré que le respect des principes essentiels rendait légitime un contrôle systématique des institutions ordinales sur les stipulations du contrat de travail. L'avocat devrait se soumettre spontanément à ce contrôle. A la suite de la conclusion du contrat ou d'une modification de l'un de ses éléments substantiels, il serait tenu d'en communiquer une copie au conseil de l'ordre du barreau auprès duquel il serait inscrit. Le

conseil de l'ordre pourrait lui demander des explications et lui adresser des observations. L'intéressé serait alors dans l'obligation de régulariser la situation. Le cas échéant, en cas de refus de sa part, le conseil de l'ordre pourrait utiliser ses attributions administratives ou disciplinaires³¹ pour sanctionner d'éventuelles manquements ou irrégularités révélés par son contrôle. Un avocat ne pourrait donc exercer dans une entreprise lui imposant des clauses illicites dans son contrat de travail.

Le conseil de l'ordre contrôlerait l'absence de clause limitant la liberté d'établissement ultérieure, l'existence d'une clause prévoyant la faculté pour l'avocat de demander à être déchargé d'un dossier contraire à sa conscience (clause de conscience³²), l'absence de clause susceptible de porter atteinte à l'indépendance que comporte le serment de l'avocat. En revanche, il est essentiel de souligner que ce contrôle serait strictement limité au respect des règles statutaires et des principes essentiels de la profession. Il ne pourrait porter aucune appréciation sur les clauses relevant des conditions de travail et de la liberté de contractuelle des parties³³.

Le groupe de travail a évoqué le système allemand dans lequel l'ordre des avocats exige une déclaration signée de l'employeur attestant que le *syndikusanwalt* agit en tant qu'avocat, qu'il dispose de l'indépendance nécessaire et qu'il n'est donc soumis à aucune instruction en matière juridique. Le groupe de travail n'a pas jugé utile de reprendre un tel dispositif. Enfin, il a considéré qu'il ne fallait pas imposer aux avocats exerçant en entreprise un contrôle du parquet général sur leur contrat de travail.

S'agissant de la responsabilité civile pour les actes professionnels accomplis pour le compte de l'entreprise, le groupe de travail s'est clairement prononcé pour l'application des règles de droit commun. L'employeur serait civilement responsable des actes professionnels accomplis pour son compte par l'avocat salarié, son préposé. Cette règle aurait des conséquences s'agissant de l'obligation d'assurance en matière de responsabilité civile professionnelle³⁴. L'avocat exerçant en entreprise n'aurait pas à contracter une assurance spécifique puisqu'il serait couvert par celle de son employeur.

Après avoir entendu les représentants des entreprises (cf. supra), le groupe de travail a retenu le principe selon lequel l'avocat devait avoir un statut individuel et collectif aussi proche que possible des autres cadres de l'entreprise. L'avocat exerçant en entreprise serait soumis à la convention collective de l'entreprise comme c'est le cas des médecins, des pharmaciens ou des architectes exerçant en entreprise. Il ne bénéficierait donc pas de la convention collective applicable aux avocats salariés exerçant dans un cabinet d'avocat. Au sein de l'entreprise, il bénéficierait des mêmes droits qu'un autre salarié : droit de négocier sa

³¹ Article 17 1° et 2° de la loi du 31 décembre 1971 : il a pour tâche notamment de statuer en matière d'omission du tableau de concourir à la discipline.

³² Cette clause de conscience ne reposerait pas sur le même mécanisme celle des journalistes prévue par les articles L.761-4 et suivants du code du travail. Celle-ci prend effet au moment de la rupture du contrat sous la forme de l'octroi d'une indemnité en cas de changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou du périodique. Il parfois aussi fait référence au droit de retrait dont bénéficient en vertu des articles L.231-8 et L.231-8-1 certains salariés en cas de danger grave et imminent. Là encore le mécanisme est assez différent Le salarié qui s'estime en danger sur le plan physique signale le danger à l'employeur et se retire alors que l'avocat doit « demander » à être déchargé du dossier.

³³ L'avocat exerçant en entreprise bénéficierait en tout état de cause du principe de proportionnalité en droit du travail tel que prévu par l'article L. 120-2 du code du travail.

³⁴ Cf. article 27 de la loi du 31 décembre 1971.

rémunération, droit syndical, représentation au sein de l'entreprise. Il pourrait être élu délégué syndical, délégué du personnel, conseiller prud'homal³⁵.

Dans le même temps, cet avocat serait tenu personnellement, comme tout avocat, au paiement des cotisations dues pour le fonctionnement de l'ordre et du Conseil national des barreaux (CNB).

B) Rupture du contrat de travail

Les avocats exerçant en entreprise ne seraient, bien sûr, pas considérés comme constituant une catégorie de salariés particulièrement protégés. Les procédures de licenciement de droit commun devraient s'appliquer. Les représentants des entreprises ont clairement indiqué qu'une remise en cause de la liberté d'embauche et du pouvoir de direction du chef d'entreprise à l'égard de l'avocat ne serait pas acceptable pour eux.

Il est essentiel de déterminer la juridiction compétente en cas de litige lié à la rupture du contrat de travail. Le groupe de travail a retenu la compétence du conseil des prud'hommes³⁶ pour concilier et juger ces litiges mais s'est toutefois interrogé sur la nécessaire distinction entre, d'une part, le juge disciplinaire et déontologique et, d'autre part, le juge du contrat de travail. En effet, l'avocat exerçant en entreprise serait à la fois soumis à l'autorité hiérarchique de son employeur et à l'autorité ordinale (le bâtonnier, le conseil de l'ordre, le conseil de discipline des avocats de la cour d'appel) pour ce qui concerne le respect de la déontologie. Le conseil des prud'hommes compétent pour les litiges relatifs au contrat de travail ne pourrait pas, comme c'est le cas en Allemagne, trancher une question déontologique.

Ainsi, l'avocat pourrait faire l'objet d'une sanction, notamment d'un licenciement, à la suite d'une peine disciplinaire prononcée par le conseil de discipline du barreau auquel il serait inscrit. En revanche, un manquement aux règles de déontologie non encore reconnu par les instances professionnelles ne pourrait donner lieu de la part du chef d'entreprise qu'à une mesure conservatoire. Si la solution du litige dépendait du règlement d'une question déontologique, le conseil des prud'hommes devrait obligatoirement en saisir, par une voie similaire à une question préjudicielle, le bâtonnier ou le conseil de l'ordre du barreau auprès duquel l'avocat serait inscrit. La loi et son décret d'application devraient préciser ce mécanisme.

Enfin, le groupe de travail a considéré que l'avocat exerçant en entreprise, quel que soit le mode ou les circonstances de rupture de son contrat de travail, serait tenu d'en informer le conseil de l'ordre du barreau auprès duquel il serait inscrit.

C) Exemple d'une profession médicale exerçant en entreprise : le pharmacien responsable de l'industrie pharmaceutique

Le groupe de travail a souhaité entendre le représentant d'une profession qui admet d'ores et déjà l'idée de la compatibilité du contrat de travail et de l'indépendance intellectuelle. Les

³⁵ L'alinéa 2 de l'article 115 du décret du 27 novembre 1991 prévoit que cette fonction est compatible avec la profession d'avocat.

³⁶ Art L511-1 du code du travail : « Ils règlent par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs ou leurs représentants. Ils jugent les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti ».

70 511 pharmaciens en activité, titulaires du même diplôme, relèvent de la même institution ordinale. Suivant leur statut, leur spécialité, leur lieu d'exercice ils sont répartis en six sections de l'ordre des pharmaciens. Il convient de signaler la spécificité de la situation des pharmaciens responsables de l'industrie pharmaceutique qui dépendent de la section B de l'ordre des pharmaciens. Ils sont à la fois salariés et mandataires sociaux de leurs entreprises. Ils exercent, en toute indépendance, un certain nombre de missions dans l'intérêt de la santé publique. Ils sont à la fois soumis à l'autorité hiérarchique du chef d'entreprise et à l'autorité déontologique et disciplinaire de l'ordre³⁷.

³⁷ Article 5124-36 du code de la santé publique : « *En vue de l'application des règles édictées dans l'intérêt de la santé publique, le pharmacien responsable défini à l'article R. 5124-34 assume les missions suivantes dans la mesure où elles correspondent aux activités de l'entreprise ou organisme dans lequel il exerce :*

1° Il organise et surveille l'ensemble des opérations pharmaceutiques de l'entreprise ou de l'organisme, et notamment la fabrication, la publicité, l'information, la pharmacovigilance, le suivi et le retrait des lots, la distribution, l'importation et l'exportation des médicaments, produits, objets ou articles concernés ainsi que les opérations de stockage correspondantes ;

2° Il veille à ce que les conditions de transport garantissent la bonne conservation, l'intégrité et la sécurité de ces médicaments, produits, objets ou articles ;

3° Il signe, après avoir pris connaissance du dossier, les demandes d'autorisation de mise sur le marché présentées par l'entreprise ou organisme et toute autre demande liée aux activités qu'il organise et surveille ;

4° Il participe à l'élaboration du programme de recherches et d'études ;

5° Il a autorité sur les pharmaciens délégués et adjoints ; il donne son agrément à leur engagement et est consulté sur leur licenciement, sauf s'il s'agit d'un pharmacien chimiste des armées ;

6° Il désigne les pharmaciens délégués intérimaires ;

7° Il signale aux autres dirigeants de l'entreprise ou organisme tout obstacle ou limitation à l'exercice de ces attributions.

Dans le cas où un désaccord portant sur l'application des règles édictées dans l'intérêt de la santé publique oppose un organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance au pharmacien responsable, celui-ci en informe le directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé ou, s'agissant des pharmaciens chimistes des armées, l'inspecteur technique des services pharmaceutiques et chimiques des armées, à charge pour celui-ci, si nécessaire, de saisir le directeur général de l'agence ».

Conclusions du groupe de travail :

Le groupe de travail est parvenu aux conclusions suivantes sur le thème : Indépendance et contrat de travail de l'avocat exerçant en entreprise.

A) Principe

- 1) Le contrat de travail de l'avocat exerçant en entreprise serait régi par le code du travail, sauf dérogation expresse par la loi ou le règlement, justifiée par le respect de l'indépendance technique et de l'éthique professionnelle.*

B) Conclusion et exécution du contrat de travail

- 2) L'avocat exerçant en entreprise ne serait tenu à aucune obligation professionnelle en matière d'aide juridictionnelle ou de commission d'office. En conséquence, aucune clause relative à l'aide juridictionnelle ou aux commissions d'office ne figurerait dans son contrat de travail.*
- 3) Aucune clause limitant la liberté d'établissement ultérieur de l'avocat exerçant en entreprise ne pourrait figurer dans son contrat de travail.*
- 4) Les clauses de non-concurrence seraient laissées à la libre appréciation des parties.*
- 5) L'avocat exerçant en entreprise aurait la faculté de demander à son employeur de demander à être déchargé d'un dossier contraire à sa conscience (clause de conscience). Toute clause susceptible de porter atteinte à l'indépendance que comporte le serment de l'avocat serait prohibée. Ces deux règles seraient inscrites dans la loi. Chaque contrat de travail y ferait expressément référence ou bien les reproduirait in extenso.*
- 6) A la suite de la conclusion du contrat de travail ou d'une modification de l'un de ses éléments substantiels, l'avocat exerçant en entreprise serait tenu d'en communiquer une copie au conseil de l'ordre du barreau auprès duquel il serait inscrit. Le conseil de l'ordre pourrait lui demander des explications et lui faire des observations. Le conseil de l'ordre contrôlerait notamment, à l'exclusion des clauses relatives aux conditions de travail :
 - l'absence de clause limitant la liberté d'établissement ultérieur ;*
 - l'existence d'une clause prévoyant la faculté pour l'avocat de demander à être déchargé d'un dossier contraire à sa conscience (clause de conscience) ;*
 - l'absence de clause susceptible de porter atteinte à l'indépendance que comporte le serment de l'avocat.**
- 7) En application du droit commun de la responsabilité civile, l'employeur serait civilement responsable des actes professionnels accomplis pour son compte par l'avocat salarié.*

- 8) *L'avocat exerçant en entreprise serait tenu personnellement au paiement des cotisations dues pour le fonctionnement de l'ordre et du Conseil national des barreaux.*
- 9) *L'avocat exerçant en entreprise serait soumis à la convention collective de l'entreprise. Il ne bénéficierait pas de la convention collective applicable aux avocats salariés exerçant dans un cabinet d'avocat.*

*

C) Rupture du contrat de travail

- 10) *Quel que soit le mode de rupture du contrat de travail, l'avocat exerçant en entreprise serait tenu d'en informer le conseil de l'ordre du barreau auprès duquel il serait inscrit.*
- 11) *Dans les conditions prévues par le code du travail, l'avocat exerçant en entreprise serait soumis au pouvoir hiérarchique du chef d'entreprise. Il pourrait faire l'objet d'une sanction, notamment d'un licenciement, à la suite d'une peine disciplinaire prononcée par le conseil de discipline du barreau auquel il serait inscrit. En revanche, un manquement aux règles de déontologie non encore reconnu par les instances professionnelles ne pourrait donner lieu de la part du chef d'entreprise qu'à une mise à pied conservatoire.*
- 12) *Le conseil des prud'hommes serait compétent pour concilier ou juger les litiges pouvant s'élever à l'occasion du contrat de travail de l'avocat exerçant en entreprise (cf. articles L.511-1 et suivants du code du travail).*
- 13) *Si la solution du litige dépendait du règlement d'une question déontologique, le conseil des prud'hommes devrait obligatoirement en saisir, par une voie similaire à une question préjudicielle, le conseil de l'ordre du barreau auprès duquel l'avocat serait inscrit.*

CHAPITRE IV : DEONTOLOGIE ET DISCIPLINE DE L'AVOCAT EXERCANT EN ENTREPRISE

Membres d'une profession libérale et indépendante mais aussi réglementée, les avocats sont soumis à des règles professionnelles strictes. Cette déontologie fonde la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client et peut-être demain entre l'avocat et son employeur n'appartenant pas à la profession. Les dispositions qui actuellement s'y réfèrent, forment un ensemble complexe qui trouve sa source dans plusieurs textes s'inscrivant dans la hiérarchie des normes :

- la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ;
- le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat et le décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat³⁸ ;
- La décision à caractère normatif n° 2005-003 portant adoption du règlement intérieur national (RIN) des barreaux de France adoptée par l'Assemblée générale du Conseil National des Barreaux, réunie les 9 juillet, 10 septembre et 4 novembre 2005³⁹ ;
- les règlements intérieurs des 181 barreaux de France.

Le groupe de travail est parvenu à un accord unanime sur l'idée essentielle selon laquelle l'avocat salarié d'une entreprise serait soumis aux mêmes règles ou principes déontologiques que ses confrères ayant choisi l'un des modes d'exercice énumérés à l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. Seules seraient écartées les règles intimement liées à l'activité judiciaire ou manifestement inadaptées à l'exercice en entreprise. Le groupe de travail a estimé qu'il convenait de poser le principe de l'application des règles professionnelles au nouveau mode d'exercice institué par la réforme.

³⁸ Ce décret relatif à la déontologie de la profession d'avocat n'a pas pour objet d'instituer un nouveau « code de déontologie » à vocation exhaustive mais de rassembler dans un corpus clair et cohérent, les principales règles déontologiques de la profession. Il reprend largement les règles professionnelles énumérées par les dispositions des articles 155 à 161 du décret du 27 novembre 1991 qui se trouvent par là même abrogées et intègre par ailleurs un certain nombre de dispositions du RIU qui acquièrent ainsi une valeur supérieure et deviennent opposables aux tiers. La Cour de cassation (1^{ère} ch. civ. 16 décembre 2003) a en effet rappelé, qu'un règlement professionnel, fût-il national, ne s'applique qu'aux membres de la profession concernée et ne saurait donc faire échec aux droits des tiers.

³⁹ La loi n°2004-130 du 11 février 2004 modifiant la loi du 31 décembre 1971 prévoit que le CNB : « unifie, par voie de dispositions générales, les règles et usages de la profession d'avocat ». Ce pouvoir normatif du CNB, qui intervient, « dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur », complète celui qui appartient au Gouvernement en matière de déontologie. La portée du RIU a été précisée par l'arrêt du Conseil d'Etat rendu le 17 novembre 2004 (C.E, 17 novembre 2004, SEL Landwell et associés et EY Law et associés ; rapport de M. Aguila) qui annule l'article 16 du RIU relatif aux réseaux pluridisciplinaires. Le règlement intérieur national (RIN) adopté par l'assemblée générale du CNB se substitue au règlement intérieur unifié (RIU). Il a été notifié aux conseils de l'ordre afin qu'ils en assurent l'exécution conformément à l'article 17 10° de la loi du 31 décembre 1971.

I) L'adaptation de la déontologie à l'exercice en entreprise.

Le groupe de travail a examiné attentivement les différentes règles professionnelles actuellement applicables aux avocats afin de distinguer celles qui seraient parfaitement adaptées à l'exercice en entreprise et celles qui seraient manifestement sans objet, soit parce qu'elles régissent l'activité judiciaire ou juridictionnelle, soit parce qu'elles relèvent de l'exercice libéral de la profession.

A) Règles spécifiques à l'activité juridictionnelle

Celui qui conseille l'entreprise ou établit des actes pour son compte (statuts de société, contrats etc) n'a pas en principe d'adversaire. Les principes déontologiques qui régissent une telle activité purement juridique sont dès lors à la fois communs et différents de ceux s'imposant à l'avocat qui a une activité de défense et de plaidoirie.

D'une manière générale, les règles concernant directement les procédures juridictionnelles (respect du principe du contradictoire, port du costume d'audience) trouveraient difficilement à s'appliquer pour l'avocat exerçant en entreprise. Ce dernier ne pourrait en principe ni postuler, ni plaider pour l'entreprise⁴⁰. Il convient néanmoins de réserver les cas de figure dans lesquels l'avocat exerçant en entreprise représenterait son employeur devant les juridictions où la représentation par avocat n'est pas obligatoire. Aujourd'hui, le juriste d'entreprise n'est pas soumis à une déontologie impérative (sinon celle à laquelle adhère l'association dont il est éventuellement membre). L'avocat exerçant en entreprise ne serait plus dans la même situation.

1) L'obligation de conduire l'affaire jusqu'à son terme (article 13 du décret du 12 juillet 2005 et ancien article 156 du décret du 27 novembre 1991)

L'avocat exerçant en entreprise serait salarié. Il conduirait donc son dossier jusqu'à la rupture du contrat de travail ou jusqu'à son « dessaisissement » par l'employeur qui exerce le pouvoir hiérarchique. Il pourrait y avoir une hiérarchie entre les avocats de l'entreprise. Il pourrait exister au sein d'un même service un « avocat directeur juridique » dirigeant d'autres avocats. Il pourrait éventuellement invoquer la clause de conscience (cf. supra) pour demander à être dessaisi d'un dossier.

Pour les mêmes raisons, l'article 9 du RIN (succession d'avocat dans un même dossier) serait sans objet. Il n'aurait évidemment pas à se préoccuper de la façon dont son prédécesseur serait payé. L'article 12 du RIN serait aussi sans objet puisqu'il ne pourrait procéder aux ventes à la barre du tribunal.

2) L'absence de droit de rétention des pièces dont il est dépositaire (article 14 du décret du 12 juillet 2005 et ancien article 157 du décret du 27 novembre 1991):

Cette formulation a une forte connotation judiciaire. Le salarié de l'entreprise n'aurait évidemment aucun droit de rétention sur les pièces appartenant à l'entreprise.

⁴⁰ Il ne pourrait postuler devant le tribunal de grande instance et, en cas de réforme de la procédure commerciale, devant le tribunal de commerce.

3) L'obligation de se présenter au président, au procureur de la République et au bâtonnier lorsque l'avocat plaide devant une juridiction extérieure.(ancien article 158 du décret du 27 novembre 1991 et article 1 bis du RIN):

L'avocat exerçant en entreprise n'aurait pas le droit de postuler devant le tribunal de grande instance ou d'assister son employeur devant le tribunal correctionnel. Ce principe aurait donc une portée très limitée.

4) L'obligation de déférer aux commissions d'office (article 9 de la loi du 31 décembre 1971 ; article 6 du décret du 12 juillet 2005 et ancien article 159 du décret du 27 novembre 1991)

L'avocat exerçant entreprise n'aurait pas d'obligation à respecter en matière d'aide juridictionnelle, d'accès au droit ou de commissions d'office. Il n'aurait pas vocation à donner des consultations juridiques gratuites dans les mairies et les maisons de justice et du droit.

5) Les règles du décret du 27 novembre 1991 modifié par le décret n° 96-610 du 5 juillet 1996, concernant les managements de fonds

Elles n'auraient pas vocation à s'appliquer. Le compte CARPA ne présenterait aucun intérêt pour l'avocat exerçant en entreprise.

B) Règles spécifiques à l'exercice libéral

Les règles liées à l'exercice libéral ne trouveraient pas à s'appliquer s'agissant de professionnel exerçant dans le cadre d'un contrat de travail.

1) Les règles relatives à la détermination des honoraires, notamment la prohibition du pacte de *quota litis* (article 10 de la loi du 31 décembre 1971 et article 10 du décret du 12 juillet 2005)

Les avocats exerçant en entreprise seraient essentiellement rémunérés par un salaire, comme n'importe quel cadre de l'entreprise. Les règles relatives aux honoraires n'auraient pas lieu à s'appliquer.

2) les règles relatives à la publicité personnelle et à la prohibition du démarchage, (article 15 du décret du 12 juillet 2005 et ancien article 161 du décret du 27 novembre 1991 ; article 10 du RIN)

Les règles concernant la publicité personnelle seraient sans objet pour un avocat salarié d'une entreprise. Pour autant, les principes essentiels s'appliqueraient pour ce qui concerne la publicité indirecte, notamment les publications, les colloques, les interventions dans les médias, les interventions sur les supports publicitaires (sites internet...) appartenant à l'employeur.

II) L'adhésion à la déontologie de la profession d'avocat

A) La discipline de l'avocat exerçant en entreprise

L'avocat salarié d'une entreprise serait soumis aux mêmes principes ou règles déontologiques que ses confrères ayant choisi l'un des modes d'exercice énumérés à l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. Le groupe de travail a tiré toutes les conséquences de ce principe au plan de la discipline, qui constitue le pendant répressif de la déontologie. Ainsi, les manquements aux principes essentiels, les contraventions aux règles professionnelles, même se rapportant à des faits extra professionnels, seraient susceptibles d'entraîner des poursuites disciplinaires. L'avocat exerçant en entreprise pourrait être poursuivi et jugé devant la même juridiction disciplinaire et selon la même procédure⁴¹ que ses confrères ayant choisi un autre mode d'exercice. Les poursuites disciplinaires seraient donc exercées soit par le procureur général près la cour d'appel, soit par le bâtonnier de l'ordre dont dépendrait l'intéressé, devant le conseil de discipline. Un rapporteur serait désigné par le conseil de l'ordre pour procéder à l'instruction contradictoire de l'affaire. En cas d'urgence, le conseil de l'ordre pourrait prononcer une suspension provisoire⁴² de l'avocat. L'audience disciplinaire se tiendrait devant le conseil de discipline dans la commune où siège la cour d'appel⁴³. L'intéressé comparaitrait en robe. Les mêmes peines disciplinaires⁴⁴ seraient encourues. L'avocat bénéficierait des mêmes voies de recours.

Là encore, le groupe de travail s'est interrogé sur l'articulation entre le pouvoir hiérarchique du chef d'entreprise et le pouvoir disciplinaire des institutions ordinales. Les procédures relatives au contrat de travail (code du travail et conseil des prud'hommes) et les procédures disciplinaires (réglementation professionnelle et conseil de discipline) seraient bien évidemment distinctes. Toutefois, une sanction prononcée par le conseil de discipline, pour des contraventions aux règles professionnelles ou des manquements se rapportant à des faits extra-professionnels auraient *de facto* une incidence sur le contrat de travail de l'avocat exerçant en entreprise. Une entreprise pourrait difficilement conserver parmi son personnel un avocat, membre du service juridique ou directeur juridique, frappé d'une interdiction provisoire ou *a fortiori* radié du barreau. Une procédure de licenciement pour faute serait la conséquence logique d'une sanction disciplinaire ordinale.

En outre, le chef d'entreprise pourrait adresser une demande d'enquête déontologique⁴⁵ ou une plainte à l'encontre de son salarié avocat soit au bâtonnier, soit au procureur général. Comme tout plaignant, il ne serait pas partie au « procès disciplinaire » mais serait informé de la décision de poursuite du bâtonnier et, le cas échéant, du dispositif de la décision disciplinaire passée en force de chose jugée.

Les dispositions relatives à la discipline souligneraient l'appartenance des avocats exerçant en entreprise à la profession d'avocat. Une même juridiction disciplinaire, une même procédure disciplinaire et une même échelle des peines garantiraient le respect des mêmes principes essentiels.

⁴¹ Les règles relatives à la discipline sont prévues par les articles 22 et suivants de la loi du 31 décembre 1971 et 180 et suivants du décret du 27 novembre 1991.

⁴² Article 24 de la loi du 31 décembre 1971 ; 198 et 199 du décret du 27 novembre 1991.

⁴³ Article 193 du décret du 27 novembre 1991

⁴⁴ L'échelle des peines disciplinaires est prévue par l'article 184 du décret du 27 novembre 1991 : 1° l'avertissement ; 2° le blâme ; 3° l'interdiction temporaire, 4° la radiation du tableau ou le retrait de l'honorariat

⁴⁵ Article 187 du décret du 27 novembre 1991

B) Les principes essentiels de la profession d'avocat

Chacun des principes essentiels trouve son fondement dans un texte législatif ou réglementaire et figure aussi au titre 1^{er} du décret du 12 juillet 2005 et dans le RIN :

- la loi : article 3 (le serment⁴⁶) et article 17 (pouvoirs du conseil de l'ordre) ;
- le décret : article 183 du décret du 27 novembre 1991: les manquements pouvant donner lieu à poursuites, le titre 1^{er} du décret du 12 juillet 2005.
- Le RIN reprend également ces principes dans son titre 1^{er} :

- indépendance (serment : article 3 de la loi du 31 décembre 1971)
- dignité (serment : article 3 de la loi du 31 décembre 1971)
- conscience (serment : article 3 de la loi du 31 décembre 1971)
- probité (serment ; article 17 3^o loi du 31 décembre 1971 ; article 183 du décret du 27 novembre 1991)
- humanité (serment)
- honneur (article 183 du décret du 27 novembre 1991)
- loyauté
- désintéressement (article 17 de la loi du 31 décembre 1971 et 183 du décret du 27 novembre 1991)
- confraternité (article 17 3^o de la loi du 31 décembre 1971)
- délicatesse (article 183 du décret du 27 novembre 1991)
- modération (article 17 3^o de la loi du 31 décembre 1971)
- courtoisie
- compétence (devoir de conseil au mieux des intérêts du client et/ou de l'employeur compte tenu de l'incertitude éventuelle de la jurisprudence)
- dévouement
- diligence
- prudence (implique la nécessité de refuser les dossiers qu'il n'est pas en mesure de traiter)

Le groupe de travail a considéré qu'aucun de ces principes essentiels ne devait être considéré comme incompatible avec l'exercice de la profession au sein d'une entreprise. Le comportement de l'avocat exerçant en entreprise serait, en toutes circonstances, guidé par les principes essentiels de la profession d'avocat énumérés au titre 1^{er} du décret du 12 juillet 2005 et par l'article 1^{er} du règlement intérieur national (RIN) des barreaux de France.

C) Secret professionnel et confidentialité des correspondances

Le respect du secret professionnel et de la confidentialité des avis juridiques et correspondances est considéré par les deux professions comme un enjeu essentiel d'une réforme.

⁴⁶ « *Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité* »

Les avocats ne sont pas directement visés dans le code pénal⁴⁷ qui constitue le fondement légal du secret professionnel. En revanche, l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 et l'article 4 du décret du 12 juillet 2005 les concernent directement. Il n'y a pas de distinction à opérer entre l'activité juridique et l'activité judiciaire puisque la règle s'applique « en toutes matières que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense »⁴⁸.

De leur côté, les juristes d'entreprises sont tenus au respect du secret professionnel sur le fondement de l'article 55 de la loi de 1971 qui renvoie au code pénal⁴⁹ mais leurs écrits ne bénéficient d'aucune protection dans le cadre des procédures d'enquête judiciaires ou administratives.

L'avocat exerçant en entreprise respecterait et ferait respecter le secret professionnel. Il s'agit d'un devoir particulièrement exigeant touchant l'ordre public et une obligation pénalement sanctionnée. Il est en principe général, absolu et illimité dans le temps. L'avocat ne peut pas être relevé de son secret par le client (cf. supra chapitre 1^{er}). En conséquence, le chef d'entreprise ne pourrait relever l'avocat salarié de l'entreprise de son secret professionnel.

1) Respect du secret professionnel, confidentialité et exercice en entreprise

Pour l'application des articles 66-5 de loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et 5 du décret du 12 juillet 2005, le groupe de travail a considéré que l'entreprise ou le groupe de sociétés serait assimilé au client de l'avocat. Sur un plan pratique, l'employeur devrait fournir à son salarié avocat les moyens matériels (bureau fermé, coffre etc.) de faire respecter son secret professionnel au sein de l'entreprise. Il a été souligné que l'organisation du service juridique devrait nécessairement prendre en compte les différences de statut de ses membres (avocats et juristes d'entreprise non avocats). L'ensemble des règles découlant du secret professionnel s'appliqueraient à l'avocat qui, par exemple, ne pourrait témoigner dans une procédure dirigée contre son employeur.

Toutefois, comme tous ses confrères, l'avocat exerçant en entreprise aurait la possibilité de se défendre lorsqu'il serait personnellement mis en cause. Les strictes exigences de sa propre défense devant une juridiction autoriseraient dans les mêmes conditions qu'aujourd'hui la divulgation de faits couverts par le secret. Cette règle d'abord admise par la jurisprudence est prévue par l'article 4 du décret du 12 juillet 2005. De même, les règles du code monétaire et financier⁵⁰ applicables en matière de blanchiment qui imposent des obligations de vigilance et des déclarations de soupçons seraient applicables à l'avocat exerçant en entreprise.

La confidentialité des correspondances entre avocats ne constitue pas une norme pénalement sanctionnée mais plutôt une règle déontologique liée au principe de confraternité et au principe de loyauté. Elle interdit de produire en justice les correspondances entre

⁴⁷ Ils ne l'étaient pas dans l'ancien article 378 du code pénal. Ils ne le sont pas dans l'article 226-13 du code pénal.

⁴⁸ cf. loi du 4 janvier 1993 puis loi du 7 avril 1997 modifiant l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.

⁴⁹ L'art 55 de la loi du 31 décembre 1971 vise : « Toute personne autorisée par le présent chapitre à donner des consultations juridiques ou à rédiger des actes sous seing privé, pour autrui, de manière habituelle et rémunérée (...) En outre, elle doit respecter le secret professionnel conformément aux dispositions des articles 226-13 et 226-14 ... ». Or, l'article 58 consacré aux juristes d'entreprise figure dans ce chapitre premier

⁵⁰ Articles L562-1 et suivants du code monétaire et financier modifié en dernier lieu par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004

avocats, sauf celles portant la mention « officielle ». Elle est néanmoins rattachée par la loi à la notion de secret professionnel (cf. article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971). Elle interdit également à l'avocat de remettre au client un double d'une lettre de l'avocat de la partie adverse. La confidentialité serait donc opposable à l'employeur. L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 permettrait de garantir la confidentialité des échanges entre l'avocat salarié de l'entreprise et les avocats externes. Le dialogue entre avocats et le débat juridique mené dans l'intérêt de l'entreprise pourrait avoir lieu en toute confiance entre professionnels soumis à la même déontologie et la même discipline.

Afin d'éviter un usage illicite des archives de l'avocat, notamment lorsque ce dernier quitte l'entreprise et que son successeur n'est pas avocat, le groupe de travail a proposé que la confidentialité soit attachée non pas à la personne de l'avocat mais au document protégé.

2) Respect du secret professionnel, droits de la défense et garanties procédurales en matière de perquisitions, visites domiciliaires et saisies

S'agissant des règles relatives aux perquisitions, le groupe de travail a souligné que l'entreprise dans laquelle un avocat exercerait en qualité de salarié ne pourrait recevoir, pour elle-même, de protection particulière. Le bureau de l'avocat ne saurait être ainsi érigé en sanctuaire inviolable. En revanche, l'avocat exerçant en entreprise bénéficierait des mêmes garanties procédurales que celles de ses confrères ayant choisi un autre mode d'exercice (cf. article 56-1 du code de procédure pénale) pour la protection du secret professionnel et des droits de la défense.

L'article 56-1⁵¹ du code de procédure pénale dispose que les perquisitions sont effectuées par un magistrat (le juge d'instruction ou bien le procureur de la République en

⁵¹ **Article 56-1 du code de procédure pénale modifié en dernier lieu par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005** : « Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.

Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat.

Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document à laquelle le magistrat a l'intention de procéder s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document doit alors être placé sous scellé fermé. Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué, qui n'est pas joint au dossier de la procédure. Si d'autres documents ont été saisis au cours de la perquisition sans soulever de contestation, ce procès-verbal est distinct de celui prévu par l'article 57. Ce procès-verbal ainsi que le document placé sous scellé fermé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure.

Dans les cinq jours de la réception de ces pièces, le juge des libertés et de la détention statue sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours.

A cette fin, il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que l'avocat au cabinet ou au domicile duquel elle a été effectuée et le bâtonnier ou son délégué. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes.

S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document, le juge des libertés et de la détention ordonne sa restitution immédiate, ainsi que la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document ou à son contenu qui figurerait dans le dossier de la procédure.

Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure. Cette

flagrance et non un officier de police judiciaire) et en présence du bâtonnier ou de son délégué qui peut s'opposer à la saisie de documents. Le conflit est alors tranché par le juge des libertés et de la détention.

Des règles particulières s'appliquent s'agissant des visites domiciliaires effectuées par les agents des douanes ou par l'administration fiscale⁵² ou encore l'Autorité des marchés financiers (AMF). Elles s'appliqueraient aussi en cas de visite domiciliaire dans les bureaux de l'avocat exerçant en entreprise.

D) Les règles relatives au conflit d'intérêt

L'avocat ne peut prendre en charge les intérêts de plus d'une personne lorsqu'elles sont en conflit d'intérêt. Le groupe de travail s'est interrogé sur la notion de conflit d'intérêt (article 7 du décret du 12 juillet 2005 ; ancien article 155 du décret du 27 novembre 1991 et article 4 du RIN) appliqué à l'avocat n'ayant qu'un seul client, son employeur. L'avocat pourrait être confronté à des situations de conflits d'intérêt (qu'il faut distinguer de l'opposition d'intérêts) au sein d'un groupe de sociétés. Le groupe de travail considère que les règles de la profession d'avocat devraient s'appliquer. Les représentants des juristes d'entreprise ont d'ailleurs souligné qu'ils appliquaient déjà des règles similaires au sein des groupes de sociétés.

E) Déontologie de la rédaction d'actes et rapports avec la partie adverse

L'avocat exerçant en entreprise ne rédigerait pas d'actes pour plusieurs parties. Il n'aurait donc pas en principe d'obligations à respecter à l'égard d'une partie adverse. Il serait le conseil d'un seul client, son employeur. Il ne pourrait plaider dans une instance relative à l'acte rédigé puisque l'entreprise aurait nécessairement recours à un avocat extérieur.

Toutefois, les règles relatives à la rédaction d'actes prévues notamment par l'article 9 du décret du 12 juillet 2005 et l'article 7 du RIN seraient applicables à l'avocat exerçant en entreprise. La rédaction d'un acte illicite caractériserait une faute professionnelle. Ainsi, l'avocat en entreprise aurait une attitude loyale lorsqu'il rechercherait un règlement amiable

décision n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats. Dans ce cas, les attributions confiées au juge des libertés et de la détention sont exercées par le président du tribunal de grande instance qui doit être préalablement avisé de la perquisition. Il en est de même en cas de perquisition au cabinet ou au domicile du bâtonnier.

⁵² *L'administration adresse une requête motivée au juge judiciaire afin d'obtenir l'autorisation d'y procéder ».*

avec une partie, notamment pendant les pourparlers. Il ne profèrerait aucune menace ou ne procéderait pas par intimidation.

Enfin, le groupe de travail est favorable à l'obligation de formation continue pour l'avocat exerçant en entreprise, dans les mêmes conditions que ses confrères.

Conclusions du groupe de travail :

*Le groupe de travail est parvenu aux conclusions suivantes sur le thème :
Déontologie de l'avocat exerçant en entreprise*

A) Principe

1) L'avocat salarié d'une entreprise serait soumis aux mêmes règles ou principes déontologiques que ses confrères ayant choisi l'un des modes d'exercice énumérés à l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. Seules seraient écartées les règles intimement liées à l'activité judiciaire et manifestement inadaptées à l'exercice en entreprise.

B) Dispositions écartées

2) Dans le décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat seraient donc écartées les dispositions suivantes :

- article 13 du décret du 12 juillet 2005 (obligation de conduire jusqu'à son terme l'affaire dont il est chargé) ;*
- article 14 du décret du 12 juillet 2005 et ancien article 157 du décret du 27 novembre 1991) (obligation de restituer les pièces dont il est dépositaire) ;*
- obligation de se présenter lorsqu'il plaide devant une juridiction extérieure (RIN et ancien article 158 du décret du 27 novembre 1991) ;*
- article 9 de la loi du 31 décembre 1971 et article 6 du décret du 12 juillet 2005 (obligation de déférer aux désignations et commissions d'office) ;*
- article 15 du décret du 12 juillet 2005 (réglementation de la publicité personnelle et prohibition du démarchage).*
- article 10 de la loi du 31 décembre 1971 et article 10 du décret du 12 juillet 2005 (règles relatives à la détermination des honoraires notamment la prohibition du pacte de quota litis).*

Toutefois, ces règles reprendraient toute leur vigueur lorsque l'avocat salarié représenterait son entreprise devant une juridiction devant laquelle la représentation par un avocat n'est pas obligatoire.

3) L'avocat exerçant en entreprise ne serait soumis à aucune obligation de contracter une assurance spécifique, distincte de celle de son employeur.

C) Dispositions à conserver

- 4) *Le comportement de l'avocat exerçant en entreprise serait, en toutes circonstances, guidé par les principes essentiels de la profession d'avocat énumérés par l'article 1^{er} du règlement intérieur national (RIN) des barreaux de France :*
 - i. *indépendance, dignité, conscience, probité, humanité (serment de l'avocat : article 3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971) ;*
 - ii. *probité, désintéressement, modération, confraternité (article 17 3° de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971) ;*
 - iii. *probité, honneur, délicatesse (article 183 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991) ;*
 - iv. *prudence, diligence ;*
 - v. *loyauté, courtoisie, compétence, dévouement (RIN).*
- 5) *Les manquements aux principes essentiels, les contraventions aux règles professionnelles, même se rapportant à des faits extra professionnels, seraient susceptibles d'entraîner des poursuites disciplinaires. L'avocat exerçant en entreprise serait jugé devant la même juridiction disciplinaire et selon la même procédure que ses confrères ayant choisi un autre mode d'exercice. Les mêmes peines disciplinaires seraient encourues.*
- 6) *Les règles relatives au conflit d'intérêt seraient applicables, notamment au sein d'un groupe de sociétés.*
- 7) *Fondées sur le principe de loyauté, les règles relatives aux rapports avec la partie adverse (article 8 du RIN) seraient applicables à l'avocat exerçant en entreprise.*
- 8) *L'obligation de formation continue serait applicable à l'avocat exerçant en entreprise.*
- 9) *Les règles relatives à la rédaction d'actes (article 7 du RIN) seraient applicables à l'avocat exerçant en entreprise. La rédaction d'un acte illicite caractériserait une faute professionnelle. Le devoir de vérifier la licéité de l'acte à rédiger serait distinct de la clause de conscience fondée sur le principe d'indépendance.*

D) Le secret professionnel de l'avocat exerçant en entreprise

- 10) *Pour l'application des articles 66-5 de loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et 5 du décret du 12 juillet 2005, l'entreprise ou le groupe de sociétés serait assimilé au client de l'avocat. Le groupe de travail a considéré que l'employeur devrait fournir à son salarié avocat les moyens matériels (bureau fermé, coffre etc) de faire respecter son secret professionnel en interne. Les*

règles relatives au témoignage, aux correspondances, seraient applicables à l'avocat exerçant en entreprise.

11) S'agissant des règles relatives aux perquisitions et saisies, le groupe de travail a souligné que l'entreprise dans laquelle un avocat exerce en qualité de salarié ne pourrait recevoir, pour elle-même, de protection particulière et être ainsi érigée en sanctuaire inviolable. En revanche, l'avocat bénéficierait des mêmes garanties procédurales que ses confrères ayant choisi un autre mode d'exercice (cf. article 56-1 du code de procédure pénale).

12) La confidentialité des correspondances échangées entre avocats serait opposable à l'employeur comme à un client.

13) Afin d'éviter un usage illicite des archives de l'avocat, notamment lorsque ce dernier aurait quitté l'entreprise, la confidentialité serait attachée non pas à la personne de l'avocat mais au document protégé.

CHAPITRE V : STATUT SOCIAL DE L'AVOCAT EXERCANT EN ENTREPRISE ET PARTICIPATION A LA VIE COLLECTIVE DE LA PROFESSION

La question des retraites a suscité beaucoup de discussion en 1990, à l'occasion de l'élaboration de la loi du 31 décembre 1990. Quel serait le régime des retraites et le statut social des avocats⁵³ exerçant en entreprise ?

I. Evolution du statut social des avocats

A) Fonctionnement du système des retraites : la Caisse nationale des barreaux français (CNBF)

Historiquement, les avocats ont souhaité conserver leur particularité y compris vis à vis des autres professions libérales.

Quelques étapes de la mise en place du système des retraites :

- 1938 : création de la Caisse centrale des barreaux français (CCBF), chargée de recouvrer les droits de plaidoirie et de les reverser à chaque ordre.
- 1948 (Loi du 12 janvier 1948) : La CCBF devient la CNBF. Unification du régime de retraite des avocats qui avait débuté en 1938 – La CNBF succède à une caisse de retraite à caractère facultatif
- 1954 : La CNBF quitte la Caisse nationale des professions libérales (CNAVPL).

Prévue par l'article L 723-1 du code de la sécurité sociale, la CNBF a le statut de personne morale de droit privé. Elle assure l'entière gestion des risques vieillesse et invalidité décès sur l'ensemble du territoire national au bénéfice des avocats. Le régime de retraite de base ainsi que le régime complémentaire sont gérés par deux instances de démocratie sociale : l'assemblée générale et le conseil d'administration. Des commissaires du Gouvernement représentant les autorités compétentes de l'Etat y siègent aussi.

1. L'affiliation

Les avocats inscrits à un barreau français, sauf exception, sont obligatoirement affiliés à la CNBF. L'affiliation est interrompue dès lors que l'avocat n'est plus inscrit au tableau (démission, radiation, omission).

La règle vaut pour les avocats aux Conseils, les avocats et avocats stagiaires (métropole et DOM), les anciens conseils juridiques, les avocats salariés sauf les anciens conseils juridiques salariés qui restent affiliés depuis le 1^{er} janvier 1992 au régime général et aux caisses complémentaires dont ils relevaient. Pour les autres risques sociaux (maladie, chômage...), ils relèvent du régime général de la sécurité sociale.

⁵³ Les développements techniques du titre V ont pu être rédigés grâce à l'aide de M. Jacques Lécuyer, directeur de la CNBF, rencontré en préparation de la réunion du groupe de travail consacrée à ce thème. Il doit aussi beaucoup à Maître Jacques Barthélémy cf. note n°34.

2. Les ressources de la CNBF

Tous les avocats affiliés à la CNBF versent des cotisations⁵⁴ obligatoires et déductibles (en deux parties cotisation forfaitaire et cotisation proportionnelle). Il est tenu compte, pour le calcul de ces cotisations, de l'ancienneté et du revenu de l'avocat.

Le droit de plaidoirie⁵⁵, alloué aux avocats pour leur plaidoirie devant certaines juridictions, en contrepartie de la contribution du barreau français au service public de la Justice, finance en partie la retraite de base des avocats. Les avocats dont l'activité ne génère pas suffisamment de droits de plaidoirie participent à ce financement par le biais d'une contribution équivalente. Ces droits sont à la charge de l'Etat lorsque l'avocat est désigné au titre de l'aide juridictionnelle⁵⁶. Ils sont encaissés par les comptables du Trésor.

L'article 105. 2° du décret du 27 novembre 1991 dispose que l'avocat qui, sans motif valable, n'acquiesce pas les sommes dues (cotisation CNBF, CNB, droit de plaidoirie) peut être omis du tableau.

3) Les prestations servies par la CNBF

L'avocat cotise à la CNBF pendant sa vie active. Il acquiert ainsi des droits à la retraite qui pourront être liquidés à partir de l'âge de 60 ans. Ces droits seront fonction de la durée de son exercice professionnel d'avocat (régime de base) et du nombre de points inscrits à son compte (régime complémentaire obligatoire et régime supplémentaire optionnel).

L'avocat dans l'impossibilité totale d'exercer sa profession, temporairement ou définitivement, peut bénéficier de prestations journalières, puis d'une pension d'invalidité. Au décès d'un avocat en activité, la CNBF peut servir un capital-décès, une pension de réversion, une rente orphelin. Au décès d'un avocat retraité, la CNBF peut verser une participation aux frais d'obsèques et une pension de réversion.

En matière d'action sociale, la caisse peut, dans la limite de ses ressources, attribuer à certaines conditions des secours à des personnes relevant ou ayant relevé de la CNBF ou à leur entourage.

B) Difficultés suscitées par l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1990

En 1990, la fusion des avocats et des conseils juridiques a suscité quelques difficultés techniques.

Dans la mesure où il s'agissait d'une petite caisse autonome (à peine 19 000 affiliés), si le salariat rencontrait un large succès, la CNBF craignait d'être contrainte d'augmenter sensiblement le montant des cotisations.

Il apparaissait difficilement concevable pour les membres de la profession de ne pas pouvoir, en fin de carrière, prétendre aux mêmes droits selon le mode d'exercice choisi (en qualité de salarié ou exercice libéral). Un régime unique était souhaitable.

⁵⁴ Article L. 723-5 du code de la sécurité sociale

⁵⁵ Article L.723-3 du code de la sécurité sociale

⁵⁶ Le décret n° 95-161 du 15 février 1995 a précisé les conditions de recouvrement du droit de plaidoirie.

En matière de retraite de base ou de retraite complémentaire, le régime de la CNBF était beaucoup plus intéressant que le régime général pour les employeurs comme pour les salariés. En effet, en 1990, le régime complémentaire était en plein essor d'où un rendement de 25% pour un taux d'appel de 50% alors qu'à la même époque, à l'AGIRC, le rendement n'était que de 16% pour un taux d'appel de 125 %.

Les difficultés ont été réglées par l'article 42 de la loi du 31 décembre 1971 issu de l'article 19 de la loi du 31 décembre 1990, qui a prévu, d'une part l'affiliation d'office des avocats à la CNBF et, d'autre part, le transfert des droits acquis par les conseils juridiques au sein de la CIPAV⁵⁷.

Deux mécanismes de compensation ont été nécessaires :

D'une part, il a été décidé que les conseils juridiques salariés devenant avocats salariés resteraient au régime général alors que les avocats qui opteraient pour le salariat cotiseraient à la CNBF pour la vieillesse.

Les conseils juridiques salariés devenant avocats salariés (qui cotisaient auparavant à l'AGIRC et de l'ARRCO) allaient constituer un groupe fermé, c'est à dire arrêter de se renouveler. La mise en place d'une compensation en faveur de l'AGIRC et de l'ARRCO devait donc être instituée. C'est cette mesure de compensation qui a été mise en place par le décret n° 93-1263 du 29 novembre 1993, conséquence de l'article 42 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 dans sa rédaction issue de la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990.

Aujourd'hui, les salariés représentent seulement environ 3200 avocats sur un effectif total d'environ 44 000 affiliés. Sans cette option en faveur de l'accueil des nouveaux salariés, l'effectif de la CNBF serait bien moindre aujourd'hui, ce qui aurait vraisemblablement conduit à une hausse sensible des cotisations.

D'autre part, les conseils juridiques libéraux, jusque là affiliés à la CIPAV (Caisse interprofessionnelle qui regroupe notamment les architectes et les conseils en tout genre), soit environ 2900 personnes, actifs et retraités confondus, allaient être transférés vers la CNBF avec tous leurs droits, y compris avec quelques avantages supplémentaires que ce qu'offrait cette caisse à ses affiliés. Cette population allait entraîner un coût à la charge de la CNBF. Il fallait donc instituer un autre mécanisme de compensation, cette fois au bénéfice de la CNBF.

Ce mécanisme de compensation n'est intervenu qu'en 1998. La CNBF et la CIPAV ont rencontré quelques difficultés à se mettre d'accord. Cette mesure de compensation a finalement été mise en œuvre par le décret n° 98-463 du 16 juin 1998, conséquence de

⁵⁷ L'article 42 de la loi du 31 décembre 1971 : « Les membres de la nouvelle profession d'avocat, à l'exception des avocats salariés qui, avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, exerçaient en tant que salarié la profession de conseil juridique, et des mandataires sociaux qui relevaient du régime des salariés, sont affiliés d'office à la Caisse nationale des barreaux français prévue à l'article L.723-1 du code de la sécurité sociale.

Un décret en Conseil d'Etat prévoit les conditions dans lesquelles, après consultation des caisses de retraite complémentaire, pourront être compensés entre elles les conséquences financières contractuelles des dispositions de l'alinéa précédent ».

l'article 42 de la loi du 31 décembre 1971 dans sa rédaction issue de la loi du 31 décembre 1990.

Ces difficultés techniques ont nécessité des discussions et des négociations entre les caisses de retraites. Toutefois, les problèmes techniques ont été surmontés et n'ont donc pas fait obstacle à la mise en place de la réforme.

II. Statut social de l'avocat exerçant en entreprise : pistes de réflexion

L'exercice de la profession d'avocat en entreprise était au cœur du débat, dès la réforme de 1990. Le groupe de travail n'est pas exactement confronté au même cas de figure. En 1990, il s'agissait de la fusion de deux professions réglementées. L'idée du rapprochement entre les avocats et les juristes d'entreprise correspond non pas à un projet de fusion mais plutôt à la création d'un nouveau mode d'exercice : l'avocat exerçant en entreprise.

Le groupe de travail a examiné les effets d'un éventuel rapprochement sur le statut social des avocats ayant choisi ce nouveau mode d'exercice de la profession en ayant pour objectif la préservation des droits sociaux des intéressés. Le précédent de 1990 démontre l'existence de difficultés techniques liées à la nécessité de maintenir l'équilibre financier des caisses dans un système de retraite par répartition. Il convient en outre de tenir compte de l'attachement profond de la profession d'avocat à la CNBF, comme l'un des symboles de l'unité et de la vie collective de la profession.

Le groupe de travail a examiné des hypothèses ou des pistes de réflexion mais, il n'est pas parvenu à conclure sur un sujet technique et complexe qui relève en grande partie du ministère chargé de la sécurité sociale. Il s'est estimé insuffisamment informé et a souhaité bénéficier de l'expertise de Maître Jacques Barthélémy, avocat honoraire et ancien conseil, spécialiste en droit social, qui a largement contribué au débat sur la question du statut social de l'avocat qui a précédé l'adoption de la loi du 31 décembre 1990.

A) Le maintien de l'avocat exerçant en entreprise dans le régime général

Au sein du groupe de travail, les représentants des juristes d'entreprise ont clairement indiqué leur préférence pour un système selon lequel le mode d'exercice choisi par l'avocat déterminerait son statut social.

Dans cette option, les juristes d'entreprise qui deviendraient avocats devraient pouvoir continuer à cotiser aux mêmes caisses de retraite et seraient donc maintenus dans le régime général et dans les régimes complémentaires obligatoires AGIRC et ARRCO. L'avocat exerçant en entreprise aurait le même statut social individuel et collectif qu'un cadre de l'entreprise.

A l'appui de cette orientation, il est souligné que, contrairement à la réforme de 1990, il ne s'agit pas aujourd'hui de procéder à la fusion de deux professions libérales. Faire cotiser les salariés d'une entreprise à la CNBF poserait des problèmes juridiques considérables. Comme pour les médecins ou les pharmaciens exerçant en entreprise, qui relèvent exclusivement de la CNAV, de l'ARRCO et de l'AGIRC, bien qu'ils soient membres du même ordre que ceux

exerçant en cabinet, le mode d'exercice doit déterminer le statut social. L'avocat changeant de mode d'exercice devrait donc changer de régime social.

Il peut être également avancé que les deux régimes devaient pouvoir coexister. L'avocat ayant changé de mode d'exercice en cours de carrière demanderait la liquidation de la quote-part des droits acquis dans chacun des deux régimes. Il y aurait néanmoins un risque d'inégalités entre avocats suivant le mode d'exercice choisi.

La solution du maintien dans le régime général des avocats exerçant en entreprise paraît la plus simple. Elle pourrait néanmoins laisser subsister des difficultés pratiques notamment pour les avocats qui, au cours de leur carrière, passeraient d'un mode d'exercice à l'autre. Actuellement le passage d'un régime à l'autre est possible :

- Un avocat cotisant à la CNBF démissionne pour devenir juriste ou directeur juridique : ses droits acquis à la CNBF sont gelés, il cotise alors au régime général.
- Un juriste d'entreprise devient avocat. Il cotisait jusqu'alors au régime général. Ses droits se trouvent gelés.

Au terme de leur carrière, ils demandent la liquidation de la quote-part des droits acquis dans chacun des deux régimes.

Enfin, Maître Jacques Barthelemy (cf. supra note n° 34) a évoqué, dans sa contribution écrite aux travaux du groupe de travail, l'hypothèse d'une double affiliation, c'est à dire l'adhésion au régime complémentaire obligatoire de la CNBF malgré le maintien au régime général. Cette possibilité a d'ailleurs été prévue par la loi de 2002 portant réforme des retraites pour les dirigeants salariés de société d'exercice libéral.

B) L'affiliation à la CNBF de l'avocat exerçant en entreprise

Au sein du groupe de travail, les représentants de la profession d'avocat se sont déclarés majoritairement attachés à l'unicité de leur régime social.

Les représentants de la profession d'avocat ont cependant admis que les conséquences techniques d'un tel choix devaient faire l'objet d'une évaluation précise. En outre, le nombre de professionnels concernés par la réforme aurait nécessairement des conséquences sur la question du statut social puisqu'il s'agit de maintenir l'équilibre financier des caisses de retraites et, le cas échéant, d'organiser des mécanismes de compensation entre elles.

En tout état de cause, le rapprochement entre les deux professions induit une plus grande mobilité dans le déroulement des carrières des avocats, qui pourraient changer de mode d'exercice à plusieurs reprises. Le système adopté doit donc être souple. Il faut par conséquent faire preuve de pragmatisme et évaluer les conséquences économiques et juridiques d'un statut social unique.

1) Conséquences techniques de l'affiliation à la CNBF

Maître Barthélémy a indiqué, dans sa contribution écrite, que les juristes d'entreprise intégrant la profession d'avocat pourraient difficilement être affiliés rétroactivement à la CNBF. Une solution cohérente consisterait à maintenir les anciens juristes d'entreprise

devenus avocats à l'AGIRC et à l'ARRCO. Seuls seraient affiliés à la CNBF les avocats exerçant en entreprise après l'entrée en vigueur de la réforme. Comme lors de la réforme de 1990, un mécanisme de compensation serait prévu par la loi et il appartiendrait à la CNBF de verser une somme à l'AGIRC et à l'ARRCO.

2) Participation des avocats exerçant en entreprise à la vie collective de la profession

D'un point de vue institutionnel, la CNBF est dotée d'une assemblée générale et d'un conseil d'administration.

L'assemblée générale est composée de 145 délégués élus dans 36 groupements correspondant le plus souvent au ressort d'une cour d'appel (exceptions : le groupement de la Guyane ou encore le groupement des avocats retraités). Ces délégués sont élus pour un mandat de six ans. L'assemblée générale est un relais entre la direction de la Caisse et la base constituée par l'ensemble des avocats. Elle vote des résolutions, suivies ou non par les autorités de tutelle et la revalorisation des taux de cotisations et prestations laquelle est validée (et non décidée) par les autorités de tutelle. Elle élit en son sein un conseil d'administration de 38 membres titulaires et autant de membres suppléants. Le mandat des membres du conseil d'administration est également de six ans. Les administrateurs ont un rôle un peu plus important que celui des délégués.

A son tour, le conseil d'administration élit, d'une part, un bureau (8 vice-présidents, un secrétaire, un président soit un total de 10 membres), et d'autre part, un président auquel incombe notamment un rôle de représentation de la caisse auprès des pouvoirs publics.

La CNBF a donc des institutions représentatives. La participation des avocats aux élections pour l'assemblée générale de la CNBF est un acte de participation à la vie collective de la profession⁵⁸. L'adhésion à une même caisse de retraite serait un élément de cohésion de la profession.

Le groupe de travail a admis, de manière unanime, le principe selon lequel les avocats exerçant en entreprise auraient le droit de vote à part entière. Ils participeraient aussi aux élections du bâtonnier, des membres du conseil de l'ordre, des membres du CNB. Ils pourraient adhérer à des organisations syndicales d'avocat. Ils éliraient donc indirectement les membres des conseils de discipline des barreaux de la cour d'appel (sauf pour Paris) qui seraient compétents pour les sanctionner disciplinairement.

* * *

⁵⁸ Article R. 723-2 du code de la sécurité sociale

Réflexions et/ou propositions du groupe de travail :

Le groupe de travail est parvenu aux conclusions suivantes :

1) Participation à la vie collective de la profession.

L'avocat exerçant en entreprise participe pleinement à la vie collective de la profession. En particulier, il est électeur et éligible pour l'ensemble des élections professionnelles (ordre des avocats, Conseil national des barreaux, conseil de discipline des barreaux de la cour d'appel, etc...).

2) Statut social et régime de retraite des avocats exerçant en entreprise

Le groupe de travail n'est pas parvenu à conclure sur la question complexe au plan technique du régime des retraites des avocats exerçant en entreprise. S'estimant insuffisamment informé, il a souhaité bénéficier d'un avis technique sur les différentes hypothèses envisageables⁵⁹.

⁵⁹ A la suite de la réunion consacrée au statut social, à la demande du groupe de travail, Maître Jacques Barthélémy, avocat honoraire, ancien professeur associé à la Faculté de droit de Montpellier a fait parvenir au groupe de travail une étude intitulée LE STATUT SOCIAL DU FUTUR AVOCAT SALARIE D'UNE ENTREPRISE

CHAPITRE VI : INTEGRATION DE CERTAINS JURISTES D'ENTREPRISE A LA PROFESSION D'AVOCAT ET CREATION D'UN NOUVEAU MODE D'EXERCICE

En même temps qu'elle autoriserait les avocats à exercer leur profession en qualité de salarié d'une entreprise, la réforme envisagée permettrait à des juristes d'entreprise, répondant à des critères que la loi préciserait, de choisir de devenir avocat. Ces derniers, désormais inscrits au tableau de l'ordre des avocats, pourraient conserver leur fonction de juriste au sein de l'entreprise.

La réflexion du groupe de travail a porté sur la détermination des critères permettant de sélectionner les juristes d'entreprise autorisés à devenir avocat mais également les règles de procédure permettant aux candidats remplissant ces critères d'intégrer la profession. Ce processus d'intégration se déroulerait pendant une période transitoire dont la durée serait fixée par la loi.

Aujourd'hui, certains juristes d'entreprise peuvent accéder à la profession d'avocat en étant dispensés de la formation théorique et pratique et du certificat d'aptitude (CAPA) sur le fondement de l'article 98 3° du décret du 27 novembre 1991⁶⁰. Le contentieux de cette « passerelle » a donné lieu à une abondante jurisprudence de la Cour de cassation qui a permis de mieux définir la notion de juriste d'entreprise et qui constitue une référence importante pour la détermination des critères de sélection des juristes d'entreprise qui, demain, pourraient intégrer la profession d'avocat.

⁶⁰ L'article 98 du décret du 27 novembre 1991 se présente sous la forme d'une énumération assez hétérogène : Sont dispensés de la formation théorique et pratique et du certificat d'aptitude à la profession d'avocat :

1° Les notaires, les huissiers de justice, les greffiers des tribunaux de commerce, les administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises, les anciens syndics et administrateurs judiciaires, les conseils en propriété industrielle et les anciens conseils en brevet d'invention ayant exercé leurs fonctions pendant cinq ans au moins ;

2° Les maîtres de conférences, les maîtres assistants et les chargés de cours, s'ils sont titulaires du diplôme de docteur en droit, en sciences économiques ou en gestion, justifiant de cinq ans d'enseignement juridique en cette qualité dans les unités de formation et de recherche ;

3° Les juristes d'entreprise justifiant de huit ans au moins de pratique professionnelle au sein du service juridique d'une ou plusieurs entreprises ;

4° Les fonctionnaires et anciens fonctionnaires de catégorie A, ou les personnes assimilées aux fonctionnaires de cette catégorie, ayant exercé en cette qualité des activités juridiques pendant huit ans au moins, dans une administration ou un service public ou une organisation internationale ;

5° Les juristes attachés pendant huit ans au moins à l'activité juridique d'une organisation syndicale.

Les personnes mentionnées aux 3°, 4°, 5° et 6° peuvent avoir exercé leurs activités dans plusieurs des fonctions visées dans ces dispositions dès lors que la durée totale de ces activités est au moins égale à huit ans ;

6° Les juristes salariés d'un avocat, d'une association ou d'une société d'avocats, d'un office d'avoué ou d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, justifiant de huit ans au moins de pratique professionnelle en cette qualité postérieurement à l'obtention du titre ou diplôme mentionné au 2° de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1971 susvisée ;

7° Les personnes agréées par le président du tribunal supérieur d'appel dans la collectivité départementale de Mayotte justifiant de huit ans au moins de pratique professionnelle.

I . La notion de juriste d'entreprise au sens de l'article 98 3° du décret du 27 novembre 1991

Le décret n° 72-468 du 9 juillet 1972 définissait le juriste d'entreprise comme « *la personne exclusivement attachée au service juridique ou fiscal d'une entreprise publique ou privée employant au moins trois juristes* ». Cette définition n'a pas été conservée par le décret du 27 novembre 1991, ce qui nécessite un examen attentif de la jurisprudence. La « passerelle » de l'article 98 3° se justifie par l'idée que la profession doit s'enrichir d'apports extérieurs mais la Cour de cassation s'est refusée à toute interprétation extensive de la notion de juriste d'entreprise.

Le juriste d'entreprise remplissant les critères prévus par l'article 98 3° doit présenter sa demande d'inscription au Conseil de l'ordre du barreau choisi qui vérifie les conditions de moralité de l'impétrant et l'effectivité de l'activité professionnelle. La condition de diplôme⁶¹ n'est pas écartée. L'impétrant doit être titulaire d'au moins une maîtrise en droit ou d'un diplôme reconnu comme équivalent pour l'exercice de la profession d'avocat.

A) L'exercice d'une activité juridique exclusive au sein de l'entreprise

La jurisprudence prévoit que le juriste doit avoir exercé dans une entreprise définie comme une entité à finalité économique ; l'activité doit avoir été exercée à titre exclusif.

La notion d'entreprise au sens de l'article 98 3° a été consacrée comme une entité à finalité économique⁶². C'est ainsi que le responsable du service juridique d'une caisse d'allocation familiale, organisme de droit privé assurant une mission de service public⁶³ ou bien un inspecteur du contentieux à l'URSSAF⁶⁴ a pu revendiquer la qualité de juriste d'entreprise. En revanche, une collectivité locale, « *même si elle est amenée à favoriser le maintien ou le développement de l'économie sur son territoire* » n'est pas une entité à finalité économique. Les fonctionnaires affectés à son service juridique quelles que soient leurs fonctions ne peuvent être qualifiés de « juristes d'entreprise ». Il en était de même, sous l'empire du décret de 1972, du juriste d'une organisation syndicale.

La dispense ne bénéficie qu'aux juristes qui exercent une activité juridique permanente et effective. Par plusieurs arrêts rendus le 14 novembre 1995, la première chambre civile de la Cour de cassation a exigé formellement que l'activité juridique de l'impétrant, au sein de l'entreprise, ait été exercée à titre exclusif. Toutefois, le juriste ne doit pas nécessairement être en activité au sein de l'entreprise au moment où il présente sa demande d'inscription au barreau. La possibilité de prendre en compte une activité exercée antérieurement à la demande et qui a cessé à l'époque a été reconnue par la Cour de cassation⁶⁵.

⁶¹ Article 11-2° de la loi du 31 décembre 1971.

⁶² La Cour d'appel de Basse-Terre par un arrêt du 19 décembre 1990 (Basse-Terre 19 décembre 1990) précise : « *celui qui exerce ses fonctions dans un département chargé, au sein d'une entreprise publique ou privée, considérée comme étant la réunion de moyens matériels et humains coordonnés et organisés en vue de réaliser un objectif économique déterminé, de connaître les problèmes juridiques ou fiscaux se posant à celle-ci (...)* ».

⁶³ Cass, 1^{ère}, civ 26 mai 1994.

⁶⁴ Cass, 1^{ère}, civ 13 mars 1996.

⁶⁵ Cass, 1^{ère}, civ, 15 décembre 1998.

La condition d'exercice d'une activité juridique permanente et effective implique nécessairement une pratique professionnelle au sein d'un service spécialisé et structuré chargé de résoudre les problèmes juridiques et fiscaux posés par l'activité de l'entreprise.

B) Une pratique professionnelle au sein d'un service structuré et spécialisé de l'entreprise.

1) Un service structuré et spécialisé

Aucune condition d'organisation minimale du service ou de diversification des activités n'est posée. Le juriste doit travailler au sein d'un service spécialisé et structuré quand bien même il serait le seul employé de ce service juridique. L'article 98 3° n'exige pas non plus qu'il ait diversifié son activité dans plusieurs branches du droit. Le salarié du service juridique d'une centrale d'achats dont les responsabilités s'exerçaient dans le domaine spécifique du droit social ou bien un inspecteur du contentieux de l'URSSAF (législation et réglementation de la sécurité sociale)⁶⁶ ont été considérés comme des juristes d'entreprise.

2) Une fonction juridique au service de l'entreprise et non de ses clients

L'activité de juriste d'entreprise doit être exercée non pas au bénéfice des clients de l'entreprise mais au bénéfice de l'entreprise elle-même. C'est ainsi que le juriste employé par une société d'assurances mutuelles dont les fonctions se rapportaient tantôt au fonctionnement de la société tantôt à la protection juridique et au contentieux de la clientèle ne pouvait à ce titre se prévaloir de la qualité de juriste d'entreprise.

L'exclusion des prestations juridiques à la clientèle du domaine de la dispense⁶⁷ a eu longtemps pour conséquence l'exclusion des juristes salariés d'un cabinet d'avocat. La Cour de cassation s'était prononcée clairement en ce sens (cf. en dernier par un arrêt de la Chambre mixte du 6 février 2004). L'article 98 du décret du 27 novembre 1991 a été récemment modifié par un décret n° 2005-1381 du 4 novembre 2005⁶⁸ au bénéfice des « *juristes salariés d'un avocat, d'une association ou d'une société d'avocats, d'un office d'avoué ou d'avocat au conseil d'Etat et à la Cour de cassation, justifiant de huit ans au moins de pratique professionnelle en cette qualité postérieurement à l'obtention du titre ou du diplôme mentionné au 2° de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1971* ».

⁶⁶ Cass, 1^{ère}, Civ 26 janvier 1999.

⁶⁷ Cass, civ. 1^{ère} 4 mai 1999 pour un employé d'un cabinet d'expertise comptable.

⁶⁸ J.O.R.F du 6 novembre 2005 texte n° 11

II. Le processus d'intégration de certains juristes d'entreprise à la profession d'avocat

Au sein du groupe de travail, les représentants des deux professions ont manifesté leur attachement aux critères de la « passerelle » mais ne sont pas parvenus à un accord total sur les critères de sélection des juristes d'entreprise qui pourraient intégrer la profession d'avocat. La réflexion doit aussi se poursuivre sur le maintien ou la suppression de la « passerelle » de l'article 98 3° du décret du 27 novembre 1991 si les avocats étaient autorisés à exercer en entreprise.

A) Conditions de l'intégration des juristes d'entreprise

Le changement de statut professionnel ne pourrait être automatique, puisqu'il ne s'agit pas de la fusion entre deux professions libérales et réglementées. Il serait donc nécessaire d'opérer un examen des candidatures selon des critères prévus par la loi. Tous les juristes d'entreprise ne répondant pas à ces critères continueraient à travailler en entreprise sans avoir le statut d'avocat. La situation française serait proche du modèle allemand et donc totalement opposée au système en vigueur en Grèce où tous les juristes d'entreprise jouissent du titre d'avocat (cf. supra).

1) La détermination de critères d'intégration.

A titre préalable, les juristes d'entreprise pouvant s'inscrire au barreau seraient nécessairement ceux remplissant les conditions légales d'accès à la profession d'avocat. Celles-ci sont énumérées par l'article 11 de la loi du 31 décembre 1971⁶⁹. Elles concernent essentiellement la moralité et la compétence attestée par un diplôme.

⁶⁹ Article 11 de la loi du 31 décembre 1971 : « Nul ne peut accéder à la profession d'avocat s'il ne remplit les conditions suivantes :

1° Etre français, ressortissant d'un Etat membre des Communautés européennes ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ou ressortissant d'un Etat ou d'une unité territoriale n'appartenant pas à ces Communautés ou à cet Espace économique qui accorde aux Français la faculté d'exercer sous les mêmes conditions l'activité professionnelle que l'intéressé se propose lui-même d'exercer en France, sous réserve des décisions du conseil des Communautés européennes relatives à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté économique européenne ou avoir la qualité de réfugié ou d'apatride reconnue par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ;

2° Etre titulaire, sous réserve des dispositions réglementaires prises pour l'application de la directive C.E.E. n° 89-48 du Conseil des communautés européennes du 21 décembre 1988, et de celles concernant les personnes ayant exercé certaines fonctions ou activités en France, **d'au moins une maîtrise en droit** ou de titres ou diplômes reconnus comme équivalents pour l'exercice de la profession par arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé des universités ;

3° Etre titulaire du certificat d'aptitude à la profession d'avocat, sous réserve des dispositions réglementaires mentionnées au 2°, ou, dans le cadre de la réciprocité, de l'examen prévu au dernier alinéa du présent article ;

4° N'avoir pas été l'auteur de faits ayant donné lieu à condamnation pénale pour agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes moeurs ;

5° N'avoir pas été l'auteur de faits de même nature ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ;

6° N'avoir pas été frappé de faillite personnelle ou d'autre sanction en application du titre VI de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises ou, dans le régime

La loi devrait réserver le cas des juristes d'entreprise titulaires du CAPA, n'ayant jamais exercé la profession d'avocat, ou ayant demandé leur omission du tableau pour travailler en entreprise. Ces derniers pourraient demander une nouvelle inscription au tableau sans contrôle préalable. Sous réserve de l'accord de leur employeur, ils conserveraient leur poste et exerceraient la profession selon le nouveau mode d'exercice, avocat en entreprise.

Les juristes d'entreprise, de nationalité étrangère, exerçant leur fonction dans une entreprise française, mais ayant auparavant acquis la qualification d'avocat dans leur pays d'origine pourraient bénéficier des dispositions des articles 99 à 100 du décret du 27 novembre 1991. En outre, le principe de liberté d'établissement s'appliquerait pleinement pour des juristes d'entreprise, ressortissants communautaires ayant obtenu la qualification d'avocat dans leur pays d'origine. Ils bénéficieraient des dispositions du titre IV de la loi du 31 décembre 1971 modifiée par loi du 11 février 2004 relatif à l'exercice permanent en France de la profession d'avocat par les ressortissants communautaires ayant acquis leur qualification dans un autre Etat membre.

En revanche, les juristes d'entreprise n'ayant pas la qualification d'avocat devraient, pour intégrer la profession, remplir les conditions fixées par la loi. Le groupe de travail a indiqué son attachement à la définition en grande partie prétorienne du juriste d'entreprise qui résulte de la passerelle de l'article 98 3° du décret du 27 novembre 1991. La jurisprudence abondante de la Cour de cassation constitue un socle de règles sur lequel le législateur pourrait s'appuyer pour déterminer les critères de sélection des juristes d'entreprise. C'est ainsi que les juristes d'entreprise, candidats à l'intégration, devraient avoir exercé une activité juridique exclusive, dans un service juridique spécialisé et structuré, au service de l'entreprise et non des clients de celle-ci.

Les représentants de la profession d'avocat ainsi que le Cercle Montesquieu ont aussi plaidé pour l'adoption du critère du niveau d'autonomie et de responsabilité au sein de l'entreprise, en particulier lorsqu'elle est fondée sur une délégation de pouvoir. Ce critère est actuellement souvent pris en compte par les conseils de l'ordre statuant sur l'inscription au barreau des juristes d'entreprise. Seuls les juristes ayant un certain rang hiérarchique, une autonomie de décision, un niveau de responsabilité suffisant pour exprimer une analyse ou une position au nom du service juridique de l'entreprise pourraient intégrer la profession d'avocat. En conséquence, dans les entreprises importantes où existe un service juridique structuré, seuls quelques juristes de ce service pourraient prétendre au titre d'avocat.

antérieur à cette loi, en application du titre II de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

Les titulaires de la licence en droit qui ont obtenu ce diplôme sous le régime antérieur à celui fixé par le décret n° 54-343 du 27 mars 1954 relatif au nouveau régime des études et des examens en vue de la licence en droit sont considérés, pour l'application de la présente loi, comme titulaires d'une maîtrise en droit. Il en est de même pour les licenciés en droit ayant obtenu ce titre lorsque la licence a été organisée sur quatre années.

L'avocat ressortissant d'un Etat ou d'une unité territoriale n'appartenant pas aux Communautés européennes ou à l'Espace économique européen, s'il n'est pas titulaire du certificat d'aptitude à la profession d'avocat, doit subir, pour pouvoir s'inscrire à un barreau français, les épreuves d'un examen de contrôle des connaissances en droit français selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Il en est de même d'un ressortissant d'un Etat membre des Communautés européennes ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen qui aurait acquis la qualité d'avocat dans un Etat ou une unité territoriale n'appartenant pas à ces Communautés ou à cet Espace économique ».

L'AFJE a indiqué que les critères de sélection des juristes d'entreprise devaient être objectifs. Elle ne retient pas le critère du niveau de responsabilité au sein du service juridique, la réforme ne devant pas bénéficier uniquement aux directeurs juridiques en ignorant les cadres juristes. L'AFJE a indiqué qu'il fallait éviter de faire cohabiter au sein d'un même service juridique des cadres relevant de statuts différents (avocats et simples juristes). Elle s'oppose également à la reprise du délai de huit années de pratique professionnelle actuellement prévu par l'article 98 3° du décret du 27 novembre 1991 considérant que ce délai pourrait être réduit à deux ans de pratique professionnelle.

Au total, les critères doivent donc être affinés même s'il est clair que seuls certains juristes d'entreprise auraient vocation à devenir avocat. Enfin, il convient de souligner que le processus d'intégration des juristes d'entreprise, remplissant les conditions fixées par la loi, à la profession d'avocat se ferait de manière progressive. L'autorité chargée d'effectuer l'examen des candidatures aurait à statuer au cours d'une période transitoire dont la durée (plusieurs années) serait fixées par la loi. Elle pourrait fixer la date d'inscription au barreau en fonction de la durée de la pratique professionnelle de l'impétrant.

2) La procédure d'intégration des juristes d'entreprise à la profession d'avocat

Seule une faible minorité de juristes d'entreprise, ceux remplissant les conditions fixées par la loi (moralité, diplôme, pratique professionnelle exclusive dans le service spécialisé et structuré d'une entreprise, niveau de responsabilité au sein de ce service ...) pourrait intégrer la profession d'avocat. L'examen des candidatures serait effectuée par une commission nationale *ad hoc* chargée d'examiner les requêtes individuelles des candidats à l'intégration, ce qui aurait pour avantage d'unifier la jurisprudence et de rendre le processus cohérent. Chaque candidat devrait établir un dossier destiné à démontrer qu'il satisfait l'ensemble des critères prévus par la loi. La commission serait composée majoritairement d'avocats membres du CNB ou représentant les instances ordinales. Les associations de juristes d'entreprise y seraient également représentées. La commission pourrait être présidée par une personnalité qualifiée, par exemple un magistrat. Ses décisions seraient susceptibles d'être attaquées devant le juge. La loi ou le règlement envisagerait donc les voies de recours applicables.

Il appartiendrait ensuite à chaque conseil de l'ordre de procéder à l'inscription du juriste d'entreprise sur un « tableau B de l'ordre » ou plutôt sur une liste spéciale du tableau. Il serait indispensable d'établir cette liste spéciale afin de pouvoir clairement identifier les avocats exerçant en entreprise puisque ces derniers ne seraient pas soumis exactement aux mêmes règles statutaires et déontologiques que leurs confrères (cf. supra : notamment interdiction de plaider et postuler devant le tribunal de grande instance, compétence du conseil des prud'hommes etc...). Les avocats exerçant en entreprise pourraient être inscrits soit au barreau du siège de l'entreprise, soit, dans un souci de regroupement, au barreau du siège de la cour d'appel.

3) Les effets de l'intégration sur le contrat de travail

L'employeur ne pourrait évidemment s'opposer au choix du juriste d'entreprise, remplissant les conditions, d'intégrer la profession d'avocat. Le juriste se porterait candidat avec ou sans l'accord de son employeur. Il est toutefois inconcevable d'imposer au chef d'entreprise d'avoir un avocat parmi son personnel s'il ne le souhaite pas.

Plusieurs hypothèses paraissent envisageables :

- Le juriste d'entreprise qui remplit les conditions demande son inscription avec l'accord de son employeur. Il devient avocat et conserve les mêmes fonctions au sein de l'entreprise.
- Le juriste d'entreprise demande son inscription, sans l'accord de l'employeur :
 - L'intéressé peut exercer la profession selon l'un des modes prévus par l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 (individuel, associé, collaborateur ...) Auparavant, il démissionne de l'entreprise.
 - Il y a un changement que l'on ne peut imposer au chef d'entreprise donc une modification substantielle du contrat de travail qui pourrait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. La loi préciserait les effets du changement de statut sur les contrats de travail en cours.

B) Conséquences de l'intégration des juristes d'entreprise au sein de la profession d'avocat

1) Maintien ou suppression de la « passerelle » de l'article 98.3° du décret du 27 novembre 1991

L'intégration d'un certain nombre de juristes d'entreprise à la profession d'avocat (« le stock ») et sa contrepartie, l'exercice de la profession d'avocat en entreprise, par de jeunes titulaires du C.A.P.A choisissant ce mode d'exercice, aurait nécessairement des effets importants sur les règles relatives aux conditions d'accès à la profession. Le groupe de travail s'est en particulier interrogé sur le maintien ou la suppression de la « passerelle » de l'article 98 3° du décret du 27 novembre 1997 à l'issue de la période transitoire d'intégration des juristes d'entreprise.

Pourrait-on encore devenir avocat en étant d'abord juriste d'entreprise pendant huit ans et en demandant ensuite à intégrer la profession d'avocat ? Il semble a priori plus cohérent de fermer cette voie puisqu'un avocat⁷⁰ pourrait désormais choisir d'exercer en entreprise dès le début de sa carrière. Pour autant, le refus d'apports extérieurs pourrait constituer un danger de sclérose pour la profession. Le groupe de travail a estimé que cette question méritait d'être approfondie.

2) L'adaptation de la formation des avocats

Enfin, la création d'un nouveau mode d'exercice de la profession au sens de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971, l'avocat en entreprise nécessitera une adaptation de la formation initiale des avocats au sein des CRFPA et de l'EFB qui doit être en adéquation avec les besoins des entreprises. La réflexion doit se poursuivre sur cet effort d'adaptation de la formation initiale de l'avocat.

⁷⁰ Les entreprises devraient pour cela recruter de jeunes titulaires du CAPA.

CONCLUSION

Les débats auxquels le groupe de travail relatif au rapprochement des professions d'avocat et de juriste d'entreprise a procédé démontrent qu'il n'existe aucun obstacle dirimant à une réforme. Il n'y a plus désormais d'opposition de la part des chefs d'entreprises. Ces derniers ont pris conscience que le rapprochement constituerait un réel atout pour les entreprises françaises.

La réflexion doit être poursuivie dans plusieurs domaines, notamment l'interdiction pour l'avocat exerçant en entreprise de plaider pour son employeur ou de le représenter devant les juridictions, la répartition des compétences entre le conseil des prud'hommes (relation de travail) et les instances ordinales (discipline et déontologie), le régime de retraite applicable à l'avocat exerçant en entreprise, ou encore la procédure et les critères de choix des juristes d'entreprise pouvant intégrer la profession .

Pour autant, les réflexions du groupe de travail permettent de tracer l'ébauche du statut d'un avocat exerçant en entreprise qui serait très proche de celui de son homologue anglais, allemand ou espagnol.

Annexe 1: Composition du groupe de travail

I. avocats

- Conseil national des barreaux (CNB) : **André Boyer** (ancien bâtonnier de Lyon, membre du bureau du CNB)
- Conférence des bâtonniers : **Pascal Mayeur** (vice-président de la Conférence des bâtonniers)
- Barreau de Paris : **Jean-François Prat** (membre du conseil de l'Ordre au barreau de Paris)
- Fédération nationale des unions de jeunes avocats (FNUJA) : **Philippe Nugue** (co-responsable de la commission prospective de la FNUJA)
- Association des avocats conseils d'entreprise (ACE) : **Jean-Jacques Caussain** (président du conseil régional de Paris de l'ACE)
- Confédération nationale des avocats (CNA) : **Guillaume le Foyer de Costil** (président de la CNA)
- Syndicat des avocats de France (SAF) : **Gérard Tcholakian** (avocat au barreau de Paris ; membre du SAF)
- **Patrick Bignon** (ancien avocat au barreau des Hauts de Seine ; à titre individuel)

II. juristes d'entreprise

- Association française des juristes d'entreprise (AFJE): **Francis Hoppenot** (président d'honneur de l'AFJE) ; **Sabine Lochmann** (présidente de l'AFJE Johnson and Johnson,)
- Cercle Montesquieu : **Dominique Durand** (président du Cercle Montesquieu, SAMSE) ; **Carol Xueref** (ancienne présidente du Cercle Montesquieu, Essilor) Suppléant : Noël Melin.
- Association des juristes de l'industrie pharmaceutique (AJIP) : **Laurent Pitet** (vice-président de l'AJIP ; Glaxo Smith Kline). Suppléant : Yannick Vernay (président de l'AJIP)
- Association des juristes d'assurance et de réassurance (AJAR) : **Bernard Cerveau** (président de l'AJAR ; Axa). Suppléant : Emmanuel Bus (vice-président de l'AJAR) ;
- Association nationale des juristes de banque (ANJB) : **Gérard Gardella** (président de l'ANJB ; Société générale). Suppléant : Thierry Samin (secrétaire général de l'ANJB, Société générale)
- **Nicolas David** (juriste d'entreprise ; à titre individuel).

Rapporteurs des travaux du groupe de travail : MM. **Marc Guillaume**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, directeur des affaires civiles et du Sceau, **Jean Quintard**, Magistrat, sous-directeur de professions judiciaires et juridiques, **Serge Roques**, Magistrat, adjoint au chef du bureau de la réglementation des professions.

Annexe 2 : Liste des personnes entendues par le groupe de travail

- 1) **7 mars 2005**: audition de **M. Patrick Ayache** (cabinet de recrutement de juristes Intuitu personae), auteur d'une enquête d'opinion sur le rapprochement des avocats et des juristes d'entreprises.
- 2) **23 mars 2005**: Jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) et exemple britannique. **M. Philippe Léger**, avocat général à la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), **Sir David.O.A Edward**, Juge en Grande-Bretagne, ancien président de chambre à la CJCE, ancien président du CCBE.
- 3) **13 avril 2005**: exemple espagnol et entreprises (première partie): **Me Juan-Antonio Cremades** (avocat aux barreaux de Paris et de Madrid), **Mme Odile de Brosses** et **M. Emmanuel Lulin** (Association française des entreprises privés AFEP), **M. Pascal Labet** et **Me Gérard Orsini** (Confédération générale des petites et moyennes entreprises CGPME).
- 4) **27 avril 2005**: entreprises (deuxième partie : secteurs des banques et des assurances): **M. Jean-Louis Guillot** (Président du comité juridique de la Fédération bancaire française) ; **MM. Poiget et Giraudel** (Fédération française des sociétés d'assurances).
- 5) **18 mai 2005** à 15 heures: entreprises (troisième partie) et ordre des pharmaciens: **Mme Joëlle Simon** et **M. Bernard Field** (Medef), **M. Jean-Pierre Paccioni** (pharmacien responsable chez GSK - vice-président de la section B de l'ordre des pharmaciens).
- 6) **8 juin 2005** : audition de **M. Peter Herbel**, (avocat allemand et directeur juridique de Total).

Annexe 3 : Repères bibliographiques

Droit de la profession d'avocat :

- Bernard Beignier, Bernard Blanchard, Jean Villacèque (sous la direction de), *Droit et déontologie de la profession d'avocat* ; PUF 1^{ère} édition 2002
- Raymond Martin, *Déontologie de l'avocat* ; Litec
- Jacques Hamelin, André Damien, *Les règles de la profession d'avocat*. 9^{ème} édition Dalloz

Doctrine et tribunes :

- Mireille Delmas-Marty, *A propos du secret professionnel*. Dalloz 1982 page 267
- Louis Lalande, *Les avocats salariés anciens conseils juridiques et la CNBF face aux prétentions de l'AGIRC et de l'ARRCO* Gazette du Palais du 26 juin 1993
- Jacques Barthélémy, *Contrat de travail et activité libérale* JCP 1990 n° 3450
- Jacques Barthélémy, *Conséquences sociales de la création de la nouvelle profession d'avocat* ; JCP 1992 page 19 n° 3549
- François Taquet, *La clause de conscience chez l'avocat salarié* JCP 1994 page 463
- Alain Hollande, Georges Flécheux, *Le juriste d'entreprise et l'avocat* Gaz Pal 13 avril 1995
- Serge Guinchard, *La prétendue voie longue : un vrai danger pour la profession d'avocat* Gaz Pal 13 avril 1995
- Jacques Barthélémy, *L'avocat nouveau n'est pas arrivé* JCP 1996 n° 3931
- Christine Boudineau, *La retraite des avocats* Les petites affiches 10 avril 1996 n° 44
- Jean-Louis Halperin (sous la direction de) *Avocats et notaires en Europe. Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine*. page 287 et suivantes. LGDJ
- Stéphane Bortoluzzi, *Article 98-3° du décret du 27 novembre 1991. Accès des juristes d'entreprise à la profession d'avocat : les critères de la voie longue* ; Gazette du Palais 24-25 novembre 2000
- Anne Benoit-Moury et Eric Jacques, « *Bienvenue à l'institut des juristes d'entreprise* », *commentaire de la loi du 1^{er} mars 2000* ; Journal des tribunaux n° 5985 ; 4 novembre 2000
- Muriel Denruyter *Le droit européen de la concurrence à l'épreuve du secret professionnel des juristes* RDAI/IBLJ n°6 2004
- Anne Benoit-Moury, Nicolas Thirion, *Secret professionnel, confidentialité et juriste d'entreprise : La nouvelle donne* ; Journal des tribunaux n° 6029 ; 10 novembre 2001.
- Bertrand Hohl, *L'avocat et les spécialisations.*; Les annonces de la Seine jeudi 21 novembre 2002 n° 69
- Bertrand Hohl *Les juristes d'entreprise et le secret professionnel*; Les annonces de la Seine jeudi 18 mars 2004 n° 19
- *Avocats-juristes d'entreprise : à la folie, pas du tout*. Droit et patrimoine n° 128 juillet août 2004
- Daniel Joseph, Claude Michel, Myriam Plet, *Avocats et juristes d'entreprises : même combat ?* La Lettre du Syndicat des avocats de France octobre 2004

- Dominique Durand, Guillaume Le Foyer de Costil, Sabine Lochmann, Bruno Marguet, Pierre Conil, Thierry Wickers *Vers l'avocat dans l'entreprise ?*; AvocaTempo Avocat & Droit
- Jacques Barthelemy ; *Indépendance ? indépendance !*; *Les clefs de l'indépendance du juriste interne et de l'avocat* ; La revue de l'avocat conseil d'entreprises 2005 n° 93
- Jacques Buhart, *La confidentialité des avis rendus par des juristes d'entreprise exerçant dans l'Union européenne* ; Journal des tribunaux, droit européen, février 2005 n°116
- Raymond Martin, *Avocats et juristes d'entreprise : promesse de fiançailles* ; Gazette du Palais, mercredi 2, jeudi 3 mars 2005.

Discours, rapports et études :

- Jean-Marc Varaut, *Mission de réflexion et de propositions en vue de l'élaboration d'un code des professions judiciaires et juridiques* (pages 277 à 280) La documentation française 1998
- Henri Nallet, *Les réseaux pluridisciplinaires et les professions du droit, Rapport au Premier ministre*, La documentation française 1999
- *Une profession, un titre, une déontologie, rapport de la commission Avocats et Juristes d'entreprise sur le rapprochement des deux professions* ; 7 juin 1999 ACE ; AFJE ; ANJB ; Cercle Montesquieu ; ARJE
- *Enquête 2004 sur les salaires des juristes d'entreprise en France, enquête réalisée à l'initiative de l'AFJE, en collaboration avec l'AJAR, l'ANJB et l'AJIP.*
- *Rapprochement dans le cadre de la grande profession du droit, Exercice de la nouvelle profession d'avocat en entreprises. Rapport d'étape du Cercle Montesquieu ; Cercle Montesquieu, Lettre d'information trimestrielle 3^{ème} trimestre 2004*
- *Rapport du Conseil national des barreaux : commission ad hoc présidée par le bâtonnier André Boyer, Le rapprochement des professions d'avocat et de juriste d'entreprise avril 2004*
- Loïc Dusseau, *60^{ème} Congrès de la FNUJA: Les avocats ont-ils intérêt à pouvoir exercer en entreprises ?* 18 mai 2004
- Conseil de l'ordre des avocats du barreau des Hauts de Seine en date du 23 septembre 2004 ; *Le rapprochement des professions d'avocats et de juriste d'entreprise*
- *Rapport de la Conférence des bâtonniers ; octobre 2004*
- *Résolution du 8 juin 2004 du Conseil de l'ordre des avocats du barreau de Paris.*
- *Conseil national des barreaux : Commission ad hoc présidée par le bâtonnier André Boyer, novembre 2004 : Exercice de l'avocat en entreprise.*
- *Avocats et juristes d'entreprise : vers un rapprochement ? – une enquête d'opinion par Intuitu personae et le Village de la justice JCP 2004 n°51 page 2299*
- *Intervention de Monsieur Dominique Perben, garde des Sceaux, ministre de la justice devant l'Assemblée générale de l'AFJE, le 15 décembre 2004 ; Lettre des juristes d'entreprise n° 24 janvier-avril 2005.*
- *Avocats / Juristes d'entreprise Le rapprochement en questions(s)...et réponses AFJE Janvier 2005.*
- Dominique Durand ; *Pour une nouvelle profession d'avocat en entreprise* entretien à la Semaine juridique édition entreprise et affaires n° 24 16 juin 2005 page 1000.
- *Avocats : faits et chiffres : une profession qui avance* ; Les cahiers du Conseil national des barreaux ; Année 2005.

Annexe 4

Les avocats salariés en Espagne

Par

**Juan Antonio Cremades
Avocat aux barreaux de Paris et de Madrid
Président d'Honneur de l'Union Internationale des Avocats**

Le Bulletin du barreau de Saragosse commençait la page nécrologique qu'il a consacrée à mon père en rappelant une phrase prononcée par le prêtre pendant ses obsèques : « Aujourd'hui est décédé un avocat » .

Car avocat, mon père l'a été toute sa vie :

- depuis le 24 janvier 1934, où il a plaidé pour la première fois devant la Cour de Saragosse pour défendre les intérêts d'un enfant de six ans écrasé par une automobile alors qu'il allait tout seul à l'école ;
- jusqu'à sa mort le 26 décembre 1992,
- même si depuis 1986 il avait demandé à l'ordre de Saragosse de l'inscrire sur la liste des avocats n'exerçant pas la profession :
 - lors de l'entrée de l'Espagne dans la Communauté,
 - « puisque le droit communautaire va changer une bonne partie de l'ordonnement juridique espagnol, je n'ai pas le courage à 76 ans de recommencer mes études à la Faculté. »

Et cependant mon père n'aurait pas pu être avocat à Paris.

Pourtant le mot « avocat » a le même sens que le mot « *abogado* »

- Règlement de la profession d'avocat en Espagne : « La profession d'avocat est libre et indépendante » « Sont avocats ceux qui, faisant partie d'un ordre comme « exerçant la profession » (par opposition à ceux qui sont inscrits à l'ordre sans exercice) se consacrent de forme professionnelle au conseil, la concorde et la défense des intérêts juridiques d'autrui, publics ou privés » articles 1.1 et 1.2, 6 et 9.1
- Cette définition pourrait parfaitement être celle de l'avocat en France : « La profession d'avocat est une profession libérale et indépendante » (art. 1-I de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971).

Les traditions des deux barreaux sont identiques

Les deux barreaux, dont je me vante de faire partie, celui de Saragosse et celui de Paris, sont les plus anciens de leur pays :

- A Paris, ordonnance du 23 octobre 1274 sur les fonctions et honoraires des avocats
- La compilation du droit de l'Aragon, ordonnée par les « Cortès », les Etats Généraux convoqués à Huesca par le roi Jacques 1^{er} le Conquérant en 1247, contient une belle réglementation de la mission de l'avocat : Il est comparé à un chevalier errant dont les armes sont la raison, la patience, l'ordonnement des mots et la langue.

La langue étant l'épée « *qui doit couper et éloigner de soi les choses graves et excessives et couper les choses dites par la partie contraire pour les enlever de l'oreille comme si elles n'avaient pas été dites ou entendues* ».

- La première liste des avocats parisiens date de 1340 :
- Le barreau de Saragosse existait le 10 mai 1399, puisque l'on connaît un testament de cette date qui parle du Régisseur de la Confrérie du Seigneur Saint-Yves, ce saint étant encore aujourd'hui le patron des avocats de Saragosse.
- Et les premières ordonnances connues de la Confrérie du Seigneur Saint-Yves, datent du 15 mai 1578, antérieures à celles des autres barreaux espagnols.

Et elles sont identiques dans leur volonté de faire de l'avocat le professionnel du droit, indépendant, au service des justiciables.

Mon père n'aurait pas pu faire partie d'un barreau français parce que l'une de ses activités comme avocat était celle de juriste d'entreprise.

A côté de son cabinet, qu'il a toujours eu chez lui avec des bons clients, il faisait partie des services juridiques de la première société aragonaise, celle qui produisait et distribuait l'électricité.

C'est très simple : en Espagne, il n'y a qu'une seule catégorie d'avocats :

- quels que soient les liens contractuels avec les clients
- ou avec d'autres avocats.

L'ordre contrôle peu souvent a priori les liens que l'avocat peut avoir avec d'autres confrères ou avec les clients :

- a posteriori en cas de conflit déontologique ou d'infraction disciplinaire.
- mais les ordres peuvent exiger la présentation des contrats de collaboration et de travail pour vérifier qu'ils « respectent la liberté et l'indépendance basiques pour l'exercice de la profession ». Bien entendu, cela ne s'applique pas à un contrat de travail qu'un avocat peut avoir pour des prestations qui n'ont pas trait à cet exercice professionnel. (art. 27, 4, 5).

Accès à la profession : contrôlé par le barreau. Le serment est reçu par le Conseil de l'ordre.

Seule exigence actuelle : le titre de licencié en droit. Plus évidemment moralité, etc. Ecoles de Pratique juridique : facultatives et organisées souvent par les universités.

Le régime des incompatibilités est très souple :

- rien à voir avec les articles 111 et suivants du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, qui interdisent toutes activités commerciales et l'exercice de toute autre profession, sauf exception (enseignements, arbitre, médiateur...)

- en Espagne les incompatibilités pour exercer la profession d'avocat sont définies au cas par cas : magistrats, avoués, ministres, etc. (art.22).

- toute activité est en principe autorisée à l'avocat.

Cela explique le nombre d'avocats existant en Espagne : voir statistiques.

Cela augmente le poids social du barreau mais rend plus éthérée l'appartenance à celui-ci.

L'avocat est de ce fait entièrement intégré dans l'entreprise. Mon père est devenu secrétaire général, puis secrétaire du conseil d'administration. Enfin administrateur délégué, la plus haute autorité de la société.

Je souligne que l'ordre ne voit pas d'inconvénient à ce que l'avocat ait avec un client des liens de salariat et avec d'autres ceux d'une prestation libérale de services. Le fait d'être avocat salarié d'une entreprise est compatible avec l'exercice de la profession à titre libéral.

- cela dépend des accords entre l'entreprise et l'avocat, qui doivent indiquer si la relation salariale est sous régime d'exclusivité (art. 27.4).

- cela permet même aux jeunes de créer plus facilement leur cabinet.

Cela va plus loin : Pedro Rius, bâtonnier de Madrid, essayait de ne pas se présenter aux réélections les mains vides :

- Une fois, c'était la TVA au taux zéro : cela a duré le temps que Bruxelles l'apprenne, mais entre temps il avait été réélu.

- Mais avant cela avait été l'intervention obligatoire de l'avocat dans les conseils d'administration des sociétés grandes ou moyennes. Cf. décret royal du 5 août 1977.

Secret professionnel :

Le même que celui des autres avocats : art. 32 du règlement et 437 de la loi organique sur le pouvoir judiciaire. Mais les juges seront tentés de dire facilement que ce n'est pas l'avocat qui sait quelque chose, mais l'employé. C'est vrai même pour l'avocat extérieur secrétaire du conseil d'administration ; imputé. Cour de Justice de Luxembourg : arrêt AM&S du 18 mai 1982 exclut dans son paragraphe 21 de la protection du secret professionnel les avocats liés au client par un rapport d'emploi : Je suis sûr que cette jurisprudence ne sera pas maintenue après l'entrée des avocats espagnols dans la Communauté. Les autorités doivent demander la présence du bâtonnier en cas registre dans le cabinet d'un avocat (art. 32).

Confidentialité :

On applique la règle générale de la confidentialité des communications entre avocats : art. 34.e. Mais, bien entendu, il faut faire attention aux communications adressées à l'entreprise.

Ils peuvent plaider pour leur entreprise :

Comme quelqu'un qui veut plaider sa propre affaire : art. 17.5.

Procédure facilitait les exigences : tout écrit et avoué. En appel, pas de nouvelles preuves, mais plaidoirie.

Nouveau code : le contraire, oralité en début de procédure.

Reste oral : et DVD : diminue, d'ailleurs, le nombre des incidents entre juges et avocats.

Problèmes qui se posent à eux. Le Président du Conseil général des avocats d'Espagne, ancien bâtonnier de Saragosse, me disait :

- Le chef d'entreprise confie volontiers les affaires sensibles à des cabinets extérieurs.
 - la spécialisation certes.
 - Mais aussi la volonté d'éviter la responsabilité des échecs.
- Parfois une ou deux personnes du service juridique sont des avocats, le reste non.
- Compagnies d'assurances : décret de 1975.
- Dépens : comprennent les honoraires de l'avocat et avoué.
 - c'est un service rentable pour les banques où les mauvais débiteurs sont très souvent condamnés aux dépens
 - en principe, ils reviennent au client. Mais l'avocat doit faire une note d'honoraires. Conflits ont été soumis à l'Ordre.
 - Dans des banques : rémunérés au fixe ou avec les dépens. Externaliser le service juridique des recouvrements mais avec des internalisations ultérieures.

Quant à l'indépendance, elle est considérée essentielle pour tout avocat.

- Vis-à-vis des magistrats, certes. L'avocat plaide assis, au même niveau que le juge ou le procureur, sans tourner le dos au public.
- Mais aussi de son client, que celui-ci soit son employeur ou nono.
 - certains avocats d'entreprise sont plus indépendants que les avocats externes : le droit du travail les protège de la perte du client.
 - c'est avant tout une question d'état d'esprit.
 - L'Ordre confère aux avocats d'entreprise la protection que leur donne l'appartenance au Barreau.

Situation curieuse : avocat français salarié à Madrid (art. 8, Directive du 16 février 1998 sur l'exercice permanent de la profession d'avocat).

Annexe 5

Peter HERBEL
Directeur Juridique Groupe
TOTAL S.A.

8 juin 2005

Groupe de travail relatif au rapprochement des professions d'avocat et de juriste d'entreprise
organisé par le Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du Sceau

Aide-mémoire: l'exemple allemand – le juriste d'entreprise peut être avocat et vice versa

- Formation des juristes en deux temps
 - ❖ Etudes de droit / 1^{er} « Staatsexamen » : environ 5 ans ;
 - ❖ Magistrat stagiaire (« Referendar ») / 2^{ème} « Staatsexamen » : environ 2 ans et demi à 3 ans ; ce 2^{ème} examen d'état confère l'aptitude à la profession de juge et à celle d'avocat (« Volljurist »). Le « Volljurist » peut obtenir l'inscription au barreau sur demande, même s'il a trouvé un emploi en tant que juriste d'entreprise.
- La loi fédérale sur les avocats (« Bundesrechtsanwaltsordnung » BRAO) ne distingue pas entre les avocats exerçant en cabinet et ceux employés par une entreprise (ces derniers communément appelés « Syndikusanwalt »). Son paragraphe 46 indique néanmoins que l'existence d'un contrat de travail permanent empêche l'avocat de représenter son entreprise devant les tribunaux (voir la traduction en anglais de la loi ci-jointe).
- Beaucoup de barreaux exigent du « Syndikusanwalt » une déclaration signée par l'employeur conformément à laquelle ce dernier confirme que le juriste d'entreprise agit en tant qu'avocat, qu'il dispose de l'autonomie nécessaire et qu'en matière de droit il n'est pas soumis à des instructions (clause de conscience). Par ailleurs, l'employeur confirme que l'avocat-juriste d'entreprise a le droit de prendre en charge d'autres clients.
- A côté des barreaux, institutions publiques régulées, existe le « Deutscher Anwalt Verein », l'association des avocats en Allemagne ; l'adhésion à cette association n'est pas obligatoire. Plusieurs groupes de travail cohabitent au sein de cette association dont celui des « Syndikusanwälte ». Il n'existe pas de chiffres officiels concernant le

nombre d'avocats-juristes d'entreprise, mais on estime qu'ils représentent environ 10 % de l'ensemble des avocats (environ 133 000 en 2004), donc entre 10 000 et 15 000 Syndikusanwälte.

- Les juristes d'entreprise ne sont pas tous des avocats, loin de là ; la plupart du temps il s'agit des directeurs juridiques ou des responsables de services juridiques.
- Le Syndikusanwalt est soumis à l'ensemble des droits et obligations régissant la profession d'avocat. L'association des avocats a édité une brochure confirmant à nouveau ce principe. L'avocat-juriste d'entreprise est tenu aux obligations de secret (paragraphe 43a BRAO). Il jouit du privilège du refus de témoigner et ses dossiers ne peuvent être confisqués, y compris dans le cadre de ses activités d'avocat au sein de son entreprise.
- Comme tout avocat, le Syndikusanwalt est tenu à souscrire une assurance couvrant sa responsabilité civile. Il cotise au barreau et, le cas échéant, à l'association des avocats. Par ailleurs, il contribue au régime de retraite spécifique des avocats (au niveau des Länder »). Il participe aux élections de l'ordre des avocats.
- Le barreau n'intervient pas, en principe, en matière de litiges relatifs au contrat de travail de l'avocat-juriste d'entreprise.

Annexe 6

LE STATUT SOCIAL DU FUTUR AVOCAT SALARIE D'UNE ENTREPRISE

Etude établie par Jacques BARTHELEMY

Avocat conseil en droit social honoraire

Ancien professeur associé à la Faculté de droit de Montpellier

Octobre 2005

① La présente étude fait suite à une demande conjointe d'André BOYER, Membre du Bureau du Conseil National des Barreaux, et de Dominique DURAND, Président du Cercle Montesquieu. Des réflexions sont actuellement conduites par les représentants des institutions ordinales et syndicales de la profession d'avocat et des associations de juristes d'entreprise sous l'autorité de Marc GUILLAUME, Directeur des Affaires Civiles et du Sceau, visant à définir les conditions et les modalités de l'intégration éventuelle des juristes d'entreprise dans la profession d'avocat. Dans le cadre de ces travaux, le statut social de ces nouveaux avocats mérite d'autant plus d'attention que, sans que soit remise en cause l'existence d'un contrat de travail avec une entreprise, leur qualité de juriste ne concrétisera plus une **fonction** dans la grille des emplois mais l'appartenance à une **profession**.

Les membres de la commission « ad hoc » travaillant sur ce dossier ont sollicité l'avis de l'auteur de la présente étude en raison du rôle qui fut le sien lors de la conception de la nouvelle profession en 1990 dans l'élaboration du statut de l'avocat salarié. Tout spécialement s'impose un examen des effets potentiels de l'adoption de telle ou telle solution, à la fois pour la préservation des droits sociaux des intéressés et pour la sécurisation du régime de protection sociale des avocats. Cela nécessite une approche non seulement de l'environnement juridique dans lequel va prospérer ce nouveau mode d'exercice de la profession, mais encore de l'impact de la technique de répartition, en vigueur dans les régimes tant de base que complémentaires, sur les solutions imaginées.

Afin qu'il n'y ait aucune ambiguïté sur le sens et la portée de la présente étude, il est indispensable de préciser qu'il n'appartient pas à son auteur de prendre position en faveur de telle ou telle solution. La mission d'expert qui lui incombe consiste seulement à fournir aux représentants des organisations parties prenantes dans les discussions ainsi qu'à la Chancellerie les informations leur permettant de préconiser une orientation en toute connaissance de cause, notamment de ses effets. Dans cette perspective, le travail d'expert ne saurait, par souci d'efficacité, se limiter à identifier des solutions possibles ; il doit également explorer toutes les difficultés résultant de l'adoption de chacune d'elles, donc, par voie de conséquence, les moyens de les réduire voire de les résorber.

② En préambule, il convient de rappeler que le salariat n'est pas incompatible avec l'exercice d'une profession libérale. C'est un postulat qu'il est important de marteler dans la mesure où, dans toutes les professions réglementées et pas seulement dans celle d'avocat, il est habituel d'associer activité libérale et statut social de non salarié ce qui relève d'un contresens majeur. La profession d'avocat, comme celle de médecin, est libérale et le professionnel exerce de ce fait une profession libérale quel que soit le mode particulier d'exercice de son art. La confusion entre professionnel libéral et travailleur non salarié est d'autant plus critiquable que, en soi, le statut social, c'est à dire en matière de protection sociale, ne saurait façonner le statut juridique, le droit de la sécurité sociale étant une discipline technique. La remarque ci-dessus est d'autant plus importante que, indépendamment de raisons d'ordre sociologique, la confusion entre travailleur libéral et travailleur non salarié est, consciemment ou non, alimentée par le souci des patrons de cabinet de ne pas acquitter de charges sociales sur les rémunérations versées à un collaborateur !

Il est donc indispensable de rappeler que la notion d'indépendance est une notion divisible : si on est ou on n'est pas indépendant alors qu'on peut être un peu ou beaucoup autonome, on peut être indépendant pour ceci et pas pour cela. Or l'indépendance caractéristique essentielle de toute profession libérale, c'est l'indépendance technique, dans l'exercice de l'art ; elle n'est donc pas, dans son principe, incompatible avec la subordination juridique, c'est à dire au plan

des conditions de travail, critère identitaire premier du contrat de travail, notion d'ordre public eu égard à la fonction protectrice génétique du droit du travail. Tout au plus l'indépendance technique confèrera une spécificité à ce contrat de travail dans la mesure où elle induit d'une part inévitablement un degré élevé d'autonomie qui écarte, de fait plus que de droit, l'application d'une partie de la réglementation du travail, d'autre part la responsabilité personnelle dans les actes professionnels alors que, même pour un cadre supérieur, celle-ci n'est engagée qu'en cas de faute lourde.

De ce fait, est éminemment critiquable le dispositif de l'article 18 de la loi d'août 2005 sur les PME aux termes duquel est réservée la qualification de « libéral » au collaborateur non salarié, l'avocat salarié exerçant tout autant une profession libérale. On retrouve du reste derrière cette modification des textes l'expression de la confusion, par conservatisme, entre statut de non salarié et exercice d'une profession libérale. Du reste on peut affirmer que le problème de la compatibilité entre profession libérale et salariat est d'ordre strictement culturel. En atteste le fait que, en invoquant le même argument, celui de l'indépendance, les professions de médecins et d'avocats en arrivent à des solutions diamétralement opposées : dans la première est autorisé le salariat avec une entreprise et prohibé le salariat avec un confrère ; dans la seconde le salariat est possible avec un confrère et prohibé avec une entreprise !

La compatibilité entre exercice d'une profession libérale et salariat est admise depuis longtemps en jurisprudence. La Cour de cassation a eu l'occasion de le démontrer pratiquement pour toutes les professions, par exemple dans les rapports d'un expert-comptable (cass. soc., 16 juin 1963) avec un confrère ou d'un pharmacien avec une clinique (cass. soc., 19 nov. 1986). L'attendu de cet arrêt est particulièrement éloquent : « ... *sans que son indépendance sur le plan technique exclue l'existence d'une subordination juridique* ». Ce n'est donc qu'en l'absence de subordination au plan des conditions de travail que le statut de non salarié s'impose comme le précise la Cour de cassation dans son arrêt du 7 mars 1979 : « *qui disposait d'une liberté d'action excédant l'indépendance technique du praticien* », liberté dont il est tiré « *l'absence de lien de subordination* ». Sur cette question essentielle pour l'approche du statut du futur avocat qu'est l'actuel juriste d'entreprise, on se rapportera utilement à l'article de l'auteur de cette étude publié dans le n° 93 de la Revue trimestrielle de l'ACE sous le titre « Indépendance ? Indépendance ! ». On y prendra connaissance que la Cour d'appel de Paris n'avait pas hésité à tirer d'éléments de fait attestant d'un état de subordination juridique qu'un collaborateur inscrit à l'Ordre d'un cabinet d'avocat était salarié (TGI, 8 avril 1977 ; Cour d'appel 7 nov. 1977)... ce qui a incité la profession à faire pression sur le Parlement pour faire doter le statut de non salarié du collaborateur d'une présomption irréfragable ; solution heureusement (au nom de la rigueur juridique) écartée par la loi du 31 décembre 1990 qui a donné naissance à l'avocat salarié.

③ La divisibilité de la notion d'indépendance ne peut qu'influencer la manière dont va se décliner le droit du travail, notamment au regard de la répartition des compétences entre le bâtonnier et le Conseil des Prud'hommes en matière de contentieux. Elle ne peut qu'avoir aussi un effet sur le statut social du professionnel. Il n'est pas inutile de rappeler ici que, dans un arrêt de principe, la Cour de cassation a défini de manière identique la subordination en droits du travail et de la sécurité sociale (cass. soc., 13 nov. 1996, Société Générale c/ URSSAF de Toulouse : Dr. Soc. 1996, p. 1067, obs. J.J. DUPEYROUX – JCP Edition Entreprise 1997, obs. J. BARTHELEMY). Dès lors, les seules différences pouvant exister entre ces deux disciplines ne peuvent naître que des listes exhaustives émanant du code du travail ou du code de la sécurité sociale et assimilant à des salariés certains travailleurs qui,

dans la situation de droit commun, ne le seraient pas, spécialement en l'absence de subordination juridique. Ce sont les activités énumérées au Livre VII du code du travail et à l'article L.311-3 du code de la sécurité sociale.

Par voie de conséquence, le futur avocat actuellement juriste d'entreprise étant lié à une entreprise par un contrat de travail rendu possible parce que sa subordination au plan des conditions de travail n'altère pas son indépendance technique relèvera en principe du régime général de sécurité sociale, donc de l'ARRCO et de l'AGIRC, sauf à compléter l'article L.311-3 du code de la sécurité sociale pour créer un statut autre... comme cela a été fait pour l'avocat salarié.

Il n'est pas inutile de préciser ici que la quasi-totalité des contentieux intéressant la requalification du statut de professionnels libéraux dont la Cour de cassation a eu à connaître concernait le droit de la sécurité sociale. Il n'y a rien d'étonnant à cela. Si le régime d'assurance maladie des « non-non » est commun à tous les non salariés non agricoles, des régimes particuliers existent en matière d'assurance vieillesse pour les commerçants (ORGANIC), les artisans (CANCAVA), les professions libérales (CNAVPL) sauf pour les avocats qui ont privilégié l'autonomie de la CNBF. Dès lors, l'inscription à l'Ordre pouvait d'autant plus inciter les caisses de professions libérales à revendiquer l'affiliation du professionnel que pendant longtemps l'exercice d'une telle profession n'a été possible qu'en nom personnel, puis seulement dans le cadre de sociétés civiles. Et il faut bien reconnaître que de ce fait sans doute les textes créent l'ambiguïté. Ainsi l'article L.642-1 du code de la sécurité sociale stipule que « *toute personne exerçant une activité professionnelle relevant de l'organisation autonome d'assurance vieillesse des professions libérales est tenue de verser des cotisations...* ». De même et de façon plus nette, l'article L.723-1 du code de la sécurité sociale précise que sont affiliés de plein droit (à la CNBF)... « *tous les avocats et avocats stagiaires en activité dans les barreaux* ». Au vu de ces articles, on pourrait supposer que ce soit l'appartenance à une profession qui conditionne le statut social de professionnel et non l'existence (ou non) d'un état de subordination juridique.

④ Les contentieux ont généralement été engagés par l'une des treize sections professionnelles de la CNAVPL en vue de faire triompher la thèse selon laquelle, quelles que soient leurs conditions de travail, les experts-comptables, pharmaciens... devaient relever du régime des professions libérales du seul fait de leur inscription à l'Ordre. On peut à priori être tenté de traiter ironiquement cette volonté hégémonique, spécialement depuis que, sous les effets du droit communautaire, le droit de la concurrence devient peu à peu une matière fondamentale à l'instar du droit civil. Il y a pourtant une justification noble à cette attitude : les régimes de sécurité sociale ont recours à la technique de répartition ; celle-ci est l'instrument le plus approprié pour concrétiser un objectif de solidarité, notamment en facilitant l'octroi de droits non contributifs. C'est au demeurant par leur objet social et leur objectif de solidarité que sont identifiés, en droit communautaire, les régimes du premier pilier de la protection sociale, lesquels, de ce fait, échappent aux exigences du droit de la concurrence et de la libre prestation de services. Avec le réalisme qui la caractérise, la Cour de Justice des Communautés Européennes ne distingue pas les organismes de sécurité sociale d'un côté, les opérateurs d'assurances de l'autre par leur nature juridique mais par cet objet et cet objectif. Elle a ainsi pu considérer que, bien que la caisse de retraite des agriculteurs soit un organisme de sécurité sociale lorsqu'elle gère le régime de base obligatoire, elle devient une entreprise pour la gestion d'un régime facultatif ; mais à l'inverse qu'une compagnie d'assurance ou une mutuelle sont des organismes de sécurité sociale lorsqu'elles gèrent, dans le cadre d'une convention, le régime légalement obligatoire d'assurance maladie des non salariés. Cette

différence essentielle entre organismes de sécurité sociale et opérateurs d'assurances collectives gérant respectivement le 1^{er} et le 2^{ème} pilier de la protection sociale sort renforcée de ce que, toujours sous la pression du droit communautaire, seuls les organismes gérant le 1^{er} pilier peuvent fonctionner en répartition depuis la loi du 8 août 1994 transposant les directives vie et non vie relatives à la libre prestation de service. Au contraire, le provisionnement des engagements (c'est à dire la technique de capitalisation) s'impose aux opérateurs des garanties collectives matérialisant le 2^{ème} pilier.

Relèvent de ce fait, s'agissant des salariés, du premier pilier non seulement le régime d'assurance vieillesse géré par la CNAV, mais aussi et peu important qu'ils soient d'origine conventionnelle, l'AGIRC et l'ARRCO. S'ils avaient été considérés comme relevant du 2^{ème} pilier, les institutions gestionnaires auraient été qualifiées d'entreprises au regard du droit européen de la concurrence et ceci aurait eu pour objet d'obliger – de fait plus que de droit – à constituer les capitaux de couverture des pensions à servir, donc d'abandonner la technique de répartition. Le rattachement au 1^{er} pilier est renforcé par l'objectif de solidarité nationale interprofessionnelle confié par la loi à ces régimes et par la mission d'intérêt général conférée à leurs institutions gestionnaires.

Dans le souci de parachever l'harmonisation des statuts sociaux entre salariés et non salariés, notamment dans la perspective d'une optimisation de l'emploi et – par le biais du règlement 1408.71 – de la libre circulation des travailleurs dans l'Espace Européen, les régimes de « non-non » se sont dotés aussi de régimes complémentaires obligatoires complétant le régime de base. C'est le cas depuis longtemps pour la CANCAVA des artisans comme pour certaines sections professionnelles de la CNAVPL ainsi que pour la CNBF. Depuis la loi de 2003 portant réforme des retraites, le régime des commerçants (ORGANIC) a transformé son régime complémentaire qui de facultatif est devenu obligatoire. Au demeurant, le Traité de Rome incite les membres de l'Union à créer des régimes complémentaires, au demeurant plus au nom de l'optimisation du marché grâce à l'amélioration du pouvoir d'achat des retraites que pour des considérations d'ordre social.

Cette similitude entre la structure des régimes de salariés et de non salariés ne doit pas occulter une différence importante : la solidarité interprofessionnelle ne joue qu'au niveau des régimes de base. Il n'y a pas de solidarité entre l'AGIRC et l'ARRCO d'un côté, les régimes complémentaires obligatoires de l'ORGANIC, de la CANCAVA, des sections professionnelles des professions libérales, de la CNBF d'un autre côté. Or dès lors que ne sont pas par définition dans un régime fonctionnant en répartition constitués les capitaux de couverture garantissant la rente (au niveau atteint), la sécurité des droits de l'assuré ne peut venir que d'une solidarité à la fois sans faille dans le temps et la plus large possible dans le champ des activités visées. Dès lors et notamment :

- d'une part, les transformations dans la situation juridique de l'entreprise ou dans le statut du travailleur peuvent appauvrir un régime pour lequel la solidarité n'est pas inter-régimes ; en effet, dans un système en répartition, les cotisations des actifs servent à l'alimentation des pensions des retraités, si bien que la baisse du nombre des actifs par suite d'évolution du statut professionnel ne peut que compromettre l'équilibre entre masses des cotisations et des prestations dont dépend la pérennité du régime ;
- d'autre part, seul le champ interprofessionnel protège le régime des vicissitudes, tant économiques que juridiques, d'une profession. Un champ réduit à une seule activité

aurait ainsi, toujours en l'absence de capitaux constitutifs des droits, un effet négatif à moyen terme sur la santé du régime.

De ce qui précède, il ressort que si demain les avocats nouveaux relèvent de la CNAV ou de la CNBF, cela n'a pas grand effet au niveau du régime de base dès lors qu'ici la solidarité interprofessionnelle sévit ; tout au plus se pose un problème délicat dans le régime des avocats concernant les droits de plaidoirie. Par contre, au plan des régimes complémentaires obligatoires, le choix de l'une ou l'autre des solutions possibles ne peut qu'avoir des effets sur la sécurité des droits, spécialement au niveau de la CNBF eu égard à ses effectifs très limités par rapport à ceux de l'ARRCO et même de l'AGIRC.

⑤ Au vu des caractéristiques de la technique de répartition, ce serait une erreur de positionner le débat – comme on a trop tendance à le faire – sur la « rentabilité » actuelle comparée. Au demeurant, le terme de rentabilité, s'il a un sens dans un système fonctionnant en capitalisation, n'a pas de réalité dans un régime par répartition, matérialisé par un pot commun et par l'égalité (théorique) permanente entre masses de cotisations et masses de pensions. Le fait que, eu égard aux valeurs des paramètres utilisés pour transformer une cotisation en pension, des réserves existent à un instant T n'a pas davantage grande signification, ces réserves n'étant pas des capitaux appartenant aux assurés. La « santé » d'un régime par répartition repose sur l'équilibre démographique. La santé florissante de la CNBF repose donc sur un rapport cotisants-retraités excellent. Mais pour que ce rapport subsiste, il faudrait que l'augmentation des effectifs qu'a connue la profession d'avocat depuis 1990 continue et cela aura évidemment une limite. Sous cet angle, l'entrée éventuelle des juristes d'entreprises devenus avocats dans la CNBF aurait un effet bénéfique pendant quelques décennies sur la « rentabilité » du régime. Ceci est important à souligner car une analyse sommaire pourrait conduire à la conclusion inverse sur le fondement du déséquilibre pouvant naître d'un apport massif de nouveaux adhérents.

Ceci étant, on ne peut occulter que, notamment du fait d'un taux d'appel de + 20 % n'augmentant pas le nombre de points, mais aussi de la dégradation du rapport salaire de référence/valeur de point, le coût d'un point de retraite est nettement plus élevé à l'AGIRC qu'à la CNBF, ceci étant la résultante directe d'un différentiel important dans le rapport actifs/inactifs et d'une pyramide des âges moins satisfaisante au plan général que pour la seule profession d'avocat.

Enfin, on ne saurait écarter de l'épure que, en plus du régime de base et du régime complémentaire obligatoire, existe à la CNBF un régime optionnel, à adhésion facultative donc, mais que l'on ne peut abandonner lorsqu'on a commencé à cotiser, ceci étant la conséquence inéluctable du recours à la technique de répartition. Ce dispositif est susceptible d'être influencé par le choix de faire adhérer ces nouveaux avocats à la CNBF ou au contraire de les laisser à l'AGIRC et à l'ARRCO, d'autant que les résultats techniques de ce régime optionnel sont intégrés à ceux du régime complémentaire obligatoire dont ils épousent de ce fait les évolutions.

C'est au vu de ce qui précède qu'il convient d'analyser successivement le maintien de ces avocats nouveaux au régime général puis le fait de les faire relever, comme les avocats salariés, de la CNBF.

© Le maintien dans le régime général.

Disons-le tout de suite, c'est la solution que préconisera le Ministère de la sécurité sociale. Sa doctrine est fondée sur la dualité de régimes, d'un côté celui des salariés, de l'autre celui des « non-non ». Le mixage des deux comme cela existe pour les experts-comptables ou l'affiliation de salariés au seul régime des non-non comme c'est le cas pour les avocats salariés est une solution hérétique pour ce Ministère. On peut assez aisément comprendre qu'il défende cette thèse d'autant que, aujourd'hui, le niveau des prestations nées des régimes de base est, pour les commerçants et artisans, aligné sur celui des salariés et que, pour les professions libérales, il est comparable même si les règles de calcul des droits sont différentes.

Il ne faut toutefois pas occulter les difficultés potentielles pour les régimes de non salariés, conséquences de l'évasion d'assurés. C'est pour compenser « le préjudice » né de la baisse des effectifs liés aux effets de la transformation dans la situation juridique de l'entreprise sur le statut social des dirigeants qu'a été créée la CSSS, appelée habituellement cotisation ORGANIC, acquittée par les sociétés de capitaux. C'est de même pour éviter la fragilisation de la CAVEC que, depuis 1965, on oblige les experts-comptables salariés à relever des deux régimes ; et c'est pour la même raison que, depuis la loi de 2003 portant réforme des retraites, chaque section professionnelle de la CNAVPL peut imposer l'affiliation au régime complémentaire obligatoire des mandataires sociaux des sociétés d'exercice libéral lorsqu'ils relèvent à titre premier du régime des salariés.

Ceci étant, ces solutions présentent de graves inconvénients. Le premier et le plus significatif est, en raison de la double affiliation, d'accroître fortement le niveau des prélèvements obligatoires. Il ne faut pas non plus négliger le fait que, l'adhésion à un régime de non salarié étant par définition personnelle, la cotisation, si elle est acquittée par l'entreprise employeur, est un salaire devant supporter les cotisations dues à l'URSSAF. La Cour de cassation a consacré cette règle pour les cotisations CAVEC des experts-comptables. C'est du reste pour faire échapper les cabinets à cette règle que la loi de 2003 a modifié les textes pour faire supporter directement à l'employeur 60 % de la cotisation totale. Et c'est pour la même raison que la loi de 1990 créant la nouvelle profession d'avocat a mis à la charge de l'employeur d'un avocat-salarié 60 % de la cotisation CNBF ; à défaut, des cotisations auraient été dues à l'URSSAF si le cabinet avait pris à sa charge la cotisation CNBF dès lors que, pour les prestations autres que la retraite, l'avocat salarié relève du régime général.

L'idée de double affiliation doit par principe être écartée pour le régime de base, le risque d'appauvrissement de la CNBF ne concernant que les régimes complémentaire et optionnel puisque le régime de base relève de la compensation interprofessionnelle généralisée. L'adhésion au régime complémentaire obligatoire de la CNBF malgré le maintien au régime général peut se concevoir d'autant que la loi de 2002 portant réforme des retraites a prévu cette possibilité pour les dirigeants salariés de sociétés d'exercice libéral. Ceci étant, des difficultés vont surgir, dans l'hypothèse du maintien dans le régime général, pour les avocats qui exerceront au cours de leur carrière tantôt en entreprise, tantôt en cabinet. Si la durée minimale de cotisations a été supprimée dans le régime de base, le montant des droits acquis proportionnellement n'est pas le même si la durée d'affiliation à la CNBF est inférieure ou supérieure à un seuil. Ainsi le montant de la retraite de base est actuellement égal à 14.000 € pour 40 ans d'exercice professionnel et l'allocation vieillesse pour 15 ans est égale non à $(14.000 \times 15) / 40$ soit 5.250 € mais à 2.850 €. En outre, puisque les résultats techniques du régime optionnel et du régime complémentaire obligatoire sont confondus, le fait, pour un avocat devenant d'entreprise après avoir travaillé en cabinet, de ne plus relever de la CNBF

peut être préjudiciable à la santé de l'un et l'autre de ces régimes dès lors qu'est remise en cause la règle, directement conséquence de la technique de répartition, selon laquelle lorsqu'on a commencé à cotiser au régime optionnel on doit continuer à y rester jusqu'à l'âge de la retraite – bien sûr à condition d'être membre de l'Ordre. Il faudrait alors prévoir que l'intéressé, dans une telle situation, est tenu de continuer à cotiser au régime optionnel. Mais, outre qu'il serait incongru de ne relever éventuellement que du régime facultatif et pas du régime complémentaire obligatoire, pourra-t-on, en pareil cas, conserver le caractère de charges déductibles des revenus professionnels d'une telle cotisation ? Vraisemblablement pas.

Bref : d'un point de vue juridique, le maintien dans le régime général et dans les régimes complémentaires obligatoires AGIRC et ARRCO est parfaitement concevable ; c'est même la solution qui s'impose à priori et c'est celle que défendra le Ministre de la sécurité sociale. Ceci étant, elle peut avoir des effets négatifs sur la santé de la CNBF et pour les avocats, particulièrement pour ceux qui, au cours de leur carrière, passeront de la situation d'avocat entreprise à celle d'avocat en cabinet et l'inverse. En outre, si l'on excepte le cas du stock des juristes d'entreprise entrant dans la profession à la date d'effet de la loi, c'est la possession du CAPA qui confèrera le titre pour la plupart des nouveaux avocats exerçant en entreprise même si la voie longue est maintenue ce qui serait sage. La santé du régime CNBF dépendra donc en partie du mode d'exercice de la profession choisie par les avocats. Enfin, la double affiliation, même réduite au seul régime complémentaire obligatoire et éventuellement au régime optionnel souscrit lorsque l'avocat exerçait en cabinet, pose de grandes difficultés techniques, notamment au regard de la part de cotisations acquittée par l'employeur. Sur cette question, le problème n'est évidemment pas le même pour un professionnel collaborateur d'un membre de l'Ordre ou pour un avocat (futur) travaillant en entreprise. Ceci étant elle est de nature à réduire l'effet négatif pour la CNBF du maintien au régime général. Surtout, cela reviendrait à créer un troisième type de statut social pour la même profession, ce qui, pour le coup, devient aberrant.

Reste à souligner que la non affiliation à la CNBF pour le régime de base peut, en théorie, poser un problème dès lors qu'il est alimenté par les droits de plaidoirie. A qui affectera-t-on les droits acquittés par le justiciable si c'est un avocat d'entreprise qui a plaidé et si celui-ci relève du régime général de sécurité sociale ? Mais il est vrai que le Cercle Montesquieu réclame un tableau B, matérialisé par l'absence d'activité judiciaire. En tous cas, pour des raisons d'ordre déontologique, il sera difficile à l'avocat d'entreprise de plaider pour son employeur. Cette question est essentielle dès lors que la retraite de base est plus importante pour les associés que celle dont bénéficient les autres professionnels libéraux, justement en raison de ce supplément de cotisations né des droits de plaidoirie ; il ne faut pas oublier que, si les cotisations résultant de ces droits acquittés par le justiciable sont insuffisantes, un complément doit être versé par l'avocat. Dans un arrêt très récent, la Cour de cassation précise que ces droits doivent être versés à la CNBF, peu important que l'avocat inscrit dans un barreau français relève d'un régime de sécurité sociale étranger (cass. civ. 2^e, 20 sept. 2005, P. BARBIER) ; la même règle serait à l'évidence retenue si l'avocat relevait d'un autre régime que celui de la CNBF, c'est à dire du régime général.

⑦ L'affiliation à la CNBF.

On se retrouve dans une situation similaire à celle vécue en 1990 dans le cadre de la création de la nouvelle profession d'avocat : de sérieuses difficultés interviennent au niveau des régimes complémentaires obligatoires. Il est impensable que les nouveaux avocats soient

rétroactivement affiliés à la CNBF, d'autant que la date de début de leur carrière sera difficile à identifier. En effet, ce ne seront pas tous les juristes d'entreprise qui seront intégrés dans la profession d'avocat et, en outre, un choix sera offert à ceux répondant aux conditions d'ancienneté et de diplôme requis pour y entrer ou non. Pourtant, l'affiliation rétroactive est logique dans un régime en répartition matérialisé par un « pot commun ».

Si le principe de l'adhésion des avocats d'entreprise à la CNBF est retenue, la solution la plus cohérente est donc le maintien des anciens juristes d'entreprise devenus avocats à l'AGIRC et à l'ARRCO, seuls étant, dans ce cas de figure, affiliés à la CNBF les avocats d'entreprise acquérant cette qualification postérieurement à la date d'effet de la loi. Du fait de la technique de répartition utilisée, les régimes complémentaires de retraite des salariés ne maintiendront les droits, y compris à ceux ayant déjà fait liquider leurs pensions, que si leur est versée une somme correspondant aux capitaux de couverture de tous les droits correspondant aux périodes antérieures pour l'ensemble des juristes d'entreprise intégrés à la profession d'avocat. En effet, les pensions ne seront plus alimentées par les cotisations des nouveaux. Il y aura rupture de la solidarité intergénérationnelle. Le maintien de ces droits suppose un traitement global eu égard à la technique de répartition. C'est donc à la CNBF que reviendrait, en pareil cas, la responsabilité de verser cette somme. Le principe du versement par la CNBF et la règle actuarielle permettant l'évaluation de la somme due à l'AGIRC et à l'ARRCO devront alors figurer dans la loi.

On peut supposer que les responsables de la CNBF militeront pour cette voie. Ils utiliseront plusieurs arguments pour appuyer leur thèse : d'abord la problématique de l'entrée et de la sortie de la CNBF potentiellement plusieurs fois au cours de la carrière sans que pour autant l'intéressé soit omis du tableau. Ensuite la « rentabilité » plus grande (actuellement, c'est exact) de la CNBF au regard des régimes des salariés, aussi bien s'agissant du régime de base que pour le régime complémentaire. Mais surtout l'exigence de l'unicité de la profession, dont il ressortira que, pour eux, l'affiliation à la CNBF doit s'imposer pour tout membre de l'Ordre quel que soit son mode d'exercice de la profession.

La cotisation étant personnalisée puisqu'il s'agit d'un régime de non salariés, il faudra alors gérer la délicate question de l'appel des cotisations d'autant plus difficile à résoudre si, ce qui est logique, une partie des cotisations est mise à la charge de l'employeur. Le problème est évidemment plus délicat que celui rencontré en 1990 pour l'avocat salarié dès lors que l'employeur n'est plus un membre de l'Ordre soumis à la réglementation professionnelle. En particulier comment imposer à une personne morale qui n'est pas régie par les règles de l'Ordre des cotisations dont le volume peut varier suivant les situations (problème des droits de plaidoirie) et même suivant la volonté du seul collaborateur (problème de l'adhésion au régime optionnel) ?

⑧ En conclusion, et sans entrer dans le jeu qui consisterait à influencer les choix, il est évident qu'il est plus facile de laisser l'avocat salarié d'entreprise relever du régime général mais que cela induit des conséquences négatives potentielles pour le régime CNBF qu'il conviendrait de gérer. Ceci étant, le passage à la CNBF crée aussi des difficultés, notamment financières. On ne peut passer sous silence dans cette étude que les professionnels libéraux de la santé travaillant en entreprise (médecins et pharmaciens tout spécialement) relèvent exclusivement de la CNAV, de l'ARRCO et de l'AGIRC, bien qu'ils soient membres du même ordre que ceux exerçant en cabinet.

* * *