

N° 453192

Conseil national des barreaux

1<sup>ère</sup> et 4<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 30 mars 2022

Lecture du 26 avril 2022

## CONCLUSIONS

### M. Arnaud SKZRYERBAK, Rapporteur public

La prestation de conseil en ressources humaines est un dispositif créé par l'Etat en 2016 au bénéfice des très petites entreprises et des petites et moyennes entreprises. Elle est destinée à répondre aux difficultés résultant de ce que ces entreprises ont généralement peu de temps, de moyens ou de compétences à consacrer à la gestion des ressources humaines. Concrètement, il s'agit d'une aide destinée à financer l'intervention d'un prestataire qui doit proposer, sur des thématiques identifiées, un accompagnement personnalisé débouchant sur des solutions opérationnelles. L'aide est octroyée par convention, après instruction par les services du ministère chargé de l'emploi au vu d'un cahier des charges de la prestation.

Une instruction ministérielle du 4 juin 2020 a adapté la prestation de conseil en ressources humaines au contexte sanitaire né de l'épidémie de covid-19. Elle a également revu les règles relatives aux prestataires. La procédure de référencement qui existait depuis 2016 a été supprimée au profit d'un contrôle de la qualité du prestataire lors de l'instruction de la demande. De plus, et c'est l'origine du présent litige, l'instruction a prévu que les cabinets d'avocat ne pourraient pas être prestataires, complétant ainsi une liste d'exclusions qui comprenait déjà les chambres consulaires, les cabinets d'experts comptables et les organisations professionnelles.

L'exclusion des cabinets d'avocats est présentée comme une confirmation de la pratique qui avait cours à l'époque où les prestataires devaient être référencés. Elle a néanmoins déplu au Conseil national des barreaux qui a demandé à la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion de retirer l'instruction ou d'y inclure les avocats. Son recours gracieux a été rejeté le 13 août 2020 au motif que la prestation de conseil en ressources humaines n'avait pas vocation à financer une consultation juridique. Le Conseil national des barreaux vous saisit d'un recours pour excès de pouvoir.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

L'unique moyen de légalité externe s'écarte aisément. Le Conseil national des barreaux soutient, en invoquant les missions de la direction des affaires civiles et du sceau à l'égard des professions juridiques, que le garde des sceaux était seul compétent pour prévoir l'exclusion des avocats. Outre que nous doutons du raisonnement consistant à déduire des textes d'organisation des administrations centrales la compétence d'un ministre pour prendre un acte, l'instruction attaquée ne réglemente pas la profession d'avocat. Elle fixe les conditions d'attribution d'une aide aux entreprises relevant de la politique de l'emploi. Le moyen tiré de l'incompétence du ministre chargé de l'emploi n'est donc pas fondé, étant précisé cependant, sur un tout autre terrain, que l'on peut avoir des hésitations sur la base textuelle de l'aide en litige mais qu'elle est à rechercher dans les dispositions du code du travail relatives aux aides au maintien et à la sauvegarde de l'emploi.

Les deux moyens de légalité interne sont plus délicats car ils conduisent à s'interroger sur la frontière entre prestation de conseil en ressources humaines et prestation de conseil juridique. Le Conseil national des barreaux soutient, d'une part, que les avocats ne pouvaient être exclus d'une prestation qu'ils sont autorisés à offrir et, d'autre part, que l'instruction attaquée ne prévoit pas de mécanisme permettant de vérifier que les prestataires retenus remplissent les conditions requises pour donner des consultations juridiques.

Avant d'examiner ces moyens, il nous faut vous exposer les domaines d'activité des avocats.

Si la profession d'avocat dispose d'un monopole sur les activités judiciaires de plaidoirie et d'assistance, ce n'est pas le cas pour la consultation en matière juridique. L'article 54 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques réserve cette activité aux personnes justifiant d'une « compétence juridique appropriée ». Les professions du droit énumérées à l'article 56 de la loi sont réputées posséder cette compétence. Les personnes exerçant une autre activité professionnelle peuvent elles aussi donner des consultations juridiques mais à la condition que ces consultations relèvent de leur activité principale, soit dans le cadre de leur profession réglementée, soit dans les limites d'un agrément accordé pour chaque activité non réglementée par un arrêté fixant les conditions de qualification ou d'expérience juridique exigées des intéressés. L'agrément a été donné en particulier aux consultants ou ingénieurs-conseils qui exercent leurs activités dans les secteurs du conseil pour les affaires et la gestion et de la sélection et mise à disposition de personnel, et vous avez jugé que cet agrément était légal dans une décision CNB et Ordre des avocats à la cour de Paris de 2002<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> CE, 3 juin 2002, Conseil national des barreaux – Ordre des avocats à la cour de Paris, n° 230823

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Les représentants de la profession d’avocat veillent de près à ce que les consultations juridiques offertes par les professionnels agréées demeurent l’accessoire d’une activité principale de nature non juridique. La Cour de cassation a eu plusieurs reprises l’occasion de juger que des activités présentées comme du conseil aux entreprises consistaient en réalité en elles-mêmes à délivrer des prestations à caractère juridique. L’arrêt le plus notable a été rendu en 2010 à propos de la société Alma Consulting group qui offrait des prestations d’optimisation de charges sociales<sup>2</sup>. Un arrêt similaire a été rendu en 2016 à propos d’une société d’audit de la taxe professionnelle<sup>3</sup>. Les arrêts relèvent que les consultants étaient amenés à porter une appréciation sur la situation de l’entreprise au regard des critères légaux d’assujettissement aux prélèvements en cause.

En revanche, dans une affaire dans laquelle l’assureur en responsabilité civile d’une société de conseil en ressources humaines avait entendu faire jouer une clause excluant de la couverture les activités juridiques protégées par la loi de 1971, la Cour de cassation a confirmé par un arrêt rendu en 2019 que cette clause était inapplicable à la mission dévolue à la société, qui avait consisté à accompagner son client dans une procédure de licenciements économiques, alors même que cette mission impliquait d’établir l’ordre des licenciement au regard des critères légaux<sup>4</sup>.

On le voit, la frontière entre les activités réservées aux professionnels du droit et les activités juridiques exercées à titre accessoire par d’autres professionnels n’est pas nette. Il est tout aussi malaisé de délimiter ce que les avocats peuvent faire et ce qui leur est interdit.

Les choses sont en apparence simples puisque l’article 115 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d’avocat pose le principe de l’incompatibilité de la profession d’avocat avec toute autre profession. L’incompatibilité ne vise pas seulement les activités commerciales - c’est l’objet d’une disposition spécifique plus ancienne destinée à assurer le caractère libéral de la profession d’avocat. L’incompatibilité vise toute autre profession, y compris libérale ou salariée. Vous avez jugé, par une décision B... de 2004<sup>5</sup>, que cette incompatibilité de principe était justifiée par la nécessité de « *garantir l’indépendance économique et morale des membres d’une profession réglementée, qui participent, en qualité d’auxiliaire, au service public de la justice* ».

Certaines exceptions sont expressément prévues par les textes, par exemple pour les activités de formation, de mandataire d’agent sportif ou de syndic professionnel de copropriété. En outre, l’article 111 du décret du 27 novembre 1991 atténue l’interdiction

---

<sup>2</sup> Civ 1<sup>ère</sup> 15 novembre 2010, n° 09-66.319

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 28 septembre 2016, n° 15-18.269

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mai 2019, n° 18-11.032

<sup>5</sup> CE, 28 juin 2004, M. B..., n° 251897, aux tables

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

d'exercer les activités de caractère commercial en autorisant la commercialisation, à titre accessoire, de biens ou de services connexes à l'exercice de la profession d'avocat.

Cette dernière disposition ne peut trouver à s'appliquer à des prestations intellectuelles de conseil, qui doivent donc rester dans le domaine d'activité de l'avocat, qui est le droit. Mais on retombe alors sur la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer le conseil en matière juridique et le conseil tout court. Le règlement intérieur national de la profession d'avocat retient d'ailleurs une conception extensive du domaine d'activité professionnelle de l'avocat, son article 6 indiquant que l'avocat « *fournit à ses clients toute prestation de conseil et d'assistance ayant pour objet, à titre principal ou accessoire, la mise en œuvre des règles ou principes juridiques, la rédaction d'actes, la négociation et le suivi des relations contractuelles* ». Le droit étant partout, l'avocat pourrait tout faire.

Nous partageons le postulat du Conseil national des barreaux selon lequel exclure une catégorie de prestataires qui a vocation à proposer les prestations financées par l'aide pose une difficulté au regard du principe d'égalité et du principe de libre concurrence. Nous ne nous séparons de ce postulat que sur l'opérance de la liberté d'entreprendre, qui n'est pas réellement en cause ici dès lors que l'instruction attaquée ne réglemente pas, même indirectement, l'exercice d'une activité économique.

En revanche, il nous semble que les avocats n'ont pas vocation à assurer la prestation de conseil en ressources humaines prévue par l'instruction attaquée.

L'instruction précise les thématiques d'intervention des prestataires. Au titre du recrutement et de l'intégration des salariés dans l'entreprise, on peut citer l'identification et la levée des freins à la décision d'embauche, la définition des profils de poste, la conduite de l'entretien de recrutement, l'équilibre vie professionnelle et vie privée. En matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, il peut s'agir d'élaborer un plan de développement des compétences des salariés, de construire des parcours professionnels ou de mettre en place un plan de gestion des âges et de transmission des savoir-faire. On peut encore mentionner la professionnalisation de la fonction RH dans l'entreprise ou l'amélioration des relations sociales.

Certaines thématiques ont une dimension juridique plus marquée, par exemple la lutte contre toute forme de discrimination à l'embauche et au cours de la carrière ou l'accompagnement à la mise en place d'un comité social et économique et à la gestion des seuils sociaux. Le CNB relève en outre qu'il est demandé aux prestataires de justifier d'une expertise en droit du travail. Cela ne signifie pas pour autant que la prestation qui est attendue soit une prestation de conseil juridique.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

La consultation juridique n'a pas de définition légale mais le CNB propose de longue date la définition suivante : « *une prestation intellectuelle personnalisée tendant, sur une question posée, à la fourniture d'un avis ou d'un conseil fondé sur l'application d'une règle de droit en vue, notamment, d'une éventuelle prise de décision* »<sup>6</sup>. Pour qu'il y ait consultation juridique, il faut donc qu'il y ait une analyse juridique, quel que soit son degré de complexité<sup>7</sup>.

Ce n'est pas le cas lorsqu'un consultant informe une entreprise sur les règles applicables en matière de gestion des ressources humaines. L'information documentaire, qui « *consiste à renseigner un interlocuteur sur l'état du droit ou de la jurisprudence relativement à un problème donné* »<sup>8</sup>, est libre en vertu de l'article 66-1 de la loi du 31 décembre 1971.

Il n'y a pas non plus consultation juridique lorsque le conseil donné ne porte pas sur l'application de la règle de droit mais sur la gestion de l'entreprise. La distinction est tenue dans un domaine très normé comme la gestion des ressources humaines mais la distinction existe : la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt de 2019 que nous avons déjà mentionné et qui juge que l'on peut accompagner une entreprise dans la mise en œuvre d'un licenciement collectif sans pour autant exercer une activité juridique.

Cette distinction nous paraît correspondre à la réalité d'un marché dans lequel les cabinets de conseil en ressources humaines assistent leurs clients dans des opérations dont les aspects juridiques sont ensuite validés par des cabinets d'avocats, même si les frontières ne sont pas toujours étanches.

Et c'est bien le « pur » conseil en ressources humaines que l'instruction attaquée a entendu viser. L'aide s'inscrit, on l'a dit, dans le cadre de la politique de l'emploi. Elle tend à développer l'emploi dans les petites entreprises par l'amélioration de la gestion des ressources humaines. Elle n'a pas pour objet de sécuriser juridiquement les relations de travail dans ces entreprises. D'ailleurs, l'instruction exclut explicitement les prestations de mise aux normes réglementaires.

Le CNB explique que les avocats ne se bornent pas à accompagner les entreprises sur le terrain juridique. Sans doute mais leur activité de conseil doit nécessairement prendre appui sur une activité de conseil juridique sans quoi il ne s'agit pas d'une activité d'avocat et elle se heurte à l'incompatibilité prévue par l'article 115 du décret du 27 novembre 1991.

---

<sup>6</sup> Proposition de l'assemblée générale du CNB en mai 2020

<sup>7</sup> Civ 1<sup>ère</sup> 15 novembre 2010, n° 09-66.319 précité

<sup>8</sup> Rép. min. AN, 8 juin 1992, JOAN Q, 8 juin 1992, p. 2523; JCP G 1992, V, p. 95

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Les prestations que l'instruction attaquée a pour objet de financer ne sont pas des prestations à caractère juridique. Il s'en déduit que les avocats n'ont pas vocation à les assurer et que l'instruction attaquée pouvait légalement les exclure du dispositif.

Deux précisions cependant.

D'une part, l'exclusion concerne les « cabinets d'avocats » mais il faut entendre par là les avocats. Ainsi, la décision de rejet du recours gracieux évoque l'hypothèse d'un cabinet d'avocat disposant d'une filiale spécialisée dans le conseil en ressources humaines et elle indique que les consultants de cette filiale peuvent être prestataires dans le cadre de l'instruction attaquée. Les consultants, et non les avocats. Le CNB n'évoque pas cette hypothèse dans ses écritures.

D'autre part, les avocats peuvent librement assurer des formations, en matière de ressources humaines comme dans tout autre domaine. L'instruction indique cependant que l'aide n'a pas vocation à financer les coûts pédagogiques et salariaux afférents à des actions de formation. Par ce biais-là non plus les avocats n'ont pas vocation à participer au dispositif en litige.

Vous rejetterez donc les moyens tirés de la méconnaissance du principe d'égalité, du principe de libre concurrence et, en tout état de cause, de la liberté d'entreprendre.

Et si vous nous suivez pour considérer que les prestations en litige ne portent pas sur des consultations juridiques, même à titre accessoire, vous écarterez comme inopérant le moyen tiré de ce que l'instruction attaquée aurait dû garantir que les prestataires justifiaient d'une compétence juridique appropriée dans les conditions prévues par la loi du 31 décembre 1971. En tout état de cause, l'instruction ne pourrait être lue comme ayant pour objet ou pour effet de déroger aux exigences de la réglementation de la délivrance des consultations juridiques.

**PCMNC au rejet**

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*