

# LA SOCIÉTÉ PROFESSIONNELLE D'AVOCATS

**Actualités déontologiques,  
fiscales, comptables et financières**

Olivier Bertin  
Barend Blondé  
Jean-Pierre Buyle  
Gilles Carnoy  
Étienne de Callataÿ  
Michel De Wolf  
Patrick De Wolf  
Michel Gatz

Préface de Jean-Pierre de Bandt



# La participation de tiers dans les sociétés d'avocats : nouvelle forme de gestion patrimoniale ou nouvelles sources de financement des cabinets ?

Jean-Pierre BUYLE

Avocat au barreau de Bruxelles  
Maître de conférences à l'U.L.B.

Libéralisation, libre concurrence ou encore compétitivité sont autant de concepts qui ont pris, dans les relations économiques et financières, des connotations nouvelles qui interrogent le droit contemporain, dans ses fondements mais aussi dans ses pratiques au sein des professions juridiques. On peut prédire que les réformes déjà mises en œuvre ne sont que l'amorce d'un mouvement que l'on pressent bien plus ample, imposant le renversement des habitudes acquises, et ce, notamment sous l'impulsion de la nécessité d'une libéralisation accrue des services juridiques, que semble vouloir insuffler le marché, relayé sur ce point par les législations de certains pays et, dans une moindre mesure, par l'Union européenne.

Certes, les barreaux ne sont pas restés inertes face à ces bouleversements. On voudrait cependant ici élargir le champ des perspectives, jusqu'à maintenant débattues dans des cercles trop restreints.

Dans le contexte actuel de concurrence interne et externe, la question du financement de l'activité des cabinets d'avocats a pris des dimensions inédites. En effet, certains cabinets, en particulier ceux qui affrontent une concurrence internationale, ont besoin de capitaux importants pour couvrir leurs besoins en fonds de roulement, investir dans l'outil, recruter les meilleurs juristes, développer des implantations complémentaires ou encore restructurer leur organigramme. Ces besoins peuvent être couverts soit par les fonds propres des associés, soit par des emprunts bancaires. Ce dernier mode de financement est assez limité dans la mesure où les banques craignent de prêter des capitaux substantiels à des cabinets

n'ayant que peu d'actifs matériels ou dont le modèle repose sur une relation *intuitu personae* forte entre certains membres du cabinet et leurs clients.

Dans ce contexte, on ne s'étonnera pas qu'ait été envisagé un troisième mode de financement des cabinets d'avocats. Il s'agit de la participation de tiers, membres ou non de professions réglementées et non soumis à de strictes règles déontologiques, au capital des sociétés d'avocats. Cette participation se manifeste par l'apport de fonds rémunérés par des dividendes, dont les titres ainsi monnayés peuvent conférer à leur titulaire des droits politiques.

Ce mode de financement soulève de nombreuses objections, dont les plus tenaces sont liées au respect des devoirs de confidentialité ou d'indépendance de l'avocat, ou encore à la résurgence d'éventuels conflits d'intérêts entre bailleurs de fonds et avocats. Le client du cabinet pourrait, *in fine*, en être la victime.

À ces objections, les tenants des thèses les plus libérales opposent les principes de libre concurrence, d'autorégulation des marchés, de nécessaire protection de l'intérêt général ou d'optimisation de l'accès à la justice.

Ce troisième mode de financement a été encadré dans plusieurs pays européens par des dispositions législatives et réglementaires plus ou moins permissives, qui pourraient servir d'outils à la transposition, en Belgique, de nouvelles dispositions en la matière.

Cette contribution a d'abord pour objet de passer en revue les règles applicables au système capitalistique des sociétés d'avocats établies dans certains États européens.

Ensuite, nous épingleons quelques règles contraignantes issues de la réglementation de l'Union européenne et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

Enfin, différentes pistes seront tracées afin, d'une part, d'appréhender l'autonomie d'appréciation, au regard du droit européen notamment, dont les autorités législatives ou ordinales belges peuvent disposer et, d'autre part, d'envisager certaines réformes pouvant être mises sur pied<sup>1</sup>.

## Section 1

### Le financement des cabinets d'avocats en droit comparé

La question de l'ouverture du capital des cabinets d'avocats a été débattue dans de nombreux pays, sous l'influence des cabinets anglo-saxons, soumis, en cette matière, à une législation plus permissive<sup>2</sup>. Confrontées à une concu-

<sup>1</sup> Je remercie très chaleureusement M<sup>e</sup> Gilles Dejemeppe pour son aide précieuse dans le cadre de la préparation de cet article.

<sup>2</sup> Cf. *infra*, Section 1, D.

rence accrue de ces cabinets, certaines structures continentales pâtissent d'un manque de fonds propres, lesquels ne leur permettent pas de contrecarrer le développement de cabinets étrangers sur leur propre terreau ou de dynamiser leur essor à l'international.

La question a été tranchée dans certains États – souvent de manière provisoire – par le législateur, qui a parfois permis d'ouvrir le capital des sociétés d'avocats à des tiers, dont certains ne sont pas soumis aux mêmes règles déontologiques. Nous examinerons la situation en Autriche, en France, en Espagne et en Angleterre.

## A. L'Autriche

L'abrogation, en 2007, du Code de commerce autrichien a été l'élément à l'origine d'un débat et d'une modification législative relative au financement des cabinets d'avocats.

Le nouveau système doit être appréhendé de manière nuancée en ce qu'il présente des particularités qui découlent des spécificités, d'une part, de la législation autrichienne relative au droit civil, au droit commercial et au droit des sociétés, ainsi que, d'autre part, de la législation fédérale relative à la profession d'avocat, contenue dans la *Rechtsanwaltsordnung* (R.A.O.).

### 1. Les formes des sociétés d'avocats en droit autrichien

Une controverse a été résolue par l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2007, du Code fédéral relatif aux entreprises<sup>3</sup>, qui a abrogé le Code de commerce, jusque-là en application en Autriche<sup>4</sup>. Avant cette date, l'on considérait que les règles professionnelles et déontologiques n'autorisaient que la seule constitution d'une société civile, laquelle, selon le droit autrichien, ne disposait pas de la personnalité juridique<sup>5</sup>. Cette conception très stricte permettait de sauvegarder le principe de l'indépendance de l'avocat face à ses pairs ou à ses bailleurs de fonds.

En substituant au concept de « commerçant » celui d'« entreprise », la nouvelle législation posait alors la question de savoir si elle pouvait s'appliquer aux professions libérales, en ce compris à celle d'avocat. En effet, en ne se référant plus spécifiquement à des commerçants, cette législation permettait que soient

<sup>3</sup> En allemand: *Unternehmensgesetzbuch*.

<sup>4</sup> La République d'Autriche avait, en 1938, transposé dans sa législation le Code de commerce allemand.

<sup>5</sup> Sur l'ensemble de cette question, voy. G. BENN-IBLER, « Kapitalbeteiligungen an Rechtsanwaltskanzleien », *Osterreichsches Anwaltsblatt*, 2008/10, pp. 389 à 394. L'auteur est avocat, professeur à l'université de Vienne et président de l'Ordre fédéral des barreaux autrichiens (O.R.A.O.).

transposées à des professions libérales certaines formes de sociétés, pour autant qu'elles ne s'opposent pas aux règles professionnelles ou déontologiques.

La question a été résolue, en ce qui concerne la profession d'avocat, par l'introduction du § 1, a, dans la législation fédérale relative à la profession d'avocat. Aux termes de cette disposition<sup>6</sup>, les cabinets d'avocats peuvent dorénavant se constituer – outre la société civile, qui ne dispose toujours pas de la personnalité juridique<sup>7</sup> – sous trois nouvelles formes :

- la société en nom collectif<sup>8</sup>;
- la société en commandite<sup>9</sup>;
- la société de personnes à responsabilité limitée<sup>10</sup>.

La même disposition précise toutefois que ces sociétés doivent avoir pour objet exclusif l'exercice de la profession d'avocat. Elle stipule aussi que toute société constituée doit être inscrite sur la liste des sociétés d'avocats reconnues par l'ordre du barreau<sup>11</sup> dont elle relève territorialement.

## 2. Les limitations et les dérogations imposées par la législation fédérale relative à la profession d'avocat (R.A.O.)

La législation fédérale relative à la profession d'avocat (R.A.O.) ne s'est pas satisfaite de cette première démarche. Elle devait encore limiter – voire y apporter des dérogations sur certains aspects – la législation générale nouvelle. Elle devait le faire pour protéger les intérêts des clients, l'indépendance et la règle du secret professionnel, qui s'imposent aux avocats, ainsi que pour préserver les cabinets d'avocats de toute forme de conflits d'intérêts.

Le § 21, c, de la R.A.O. énumère ainsi dix limitations<sup>12</sup>, parmi lesquelles on retiendra d'abord que la règle générale veut que le capital social, dans chacune des formes autorisées, soit uniquement détenu par des avocats. Une exception toutefois est prévue: les avocats honoraires, les conjoints<sup>13</sup> et les enfants<sup>14</sup> d'avocats associés ou honoraires, les veuves et veufs d'avocats associés ainsi que certaines fondations privées peuvent détenir une minorité du capital social. En toute hypothèse, cependant, les avocats associés doivent détenir la

<sup>6</sup> § 1, a, (1), du R.A.O.

<sup>7</sup> L'article 1175 de l'A.B.G.B. (Code civil autrichien) confirme que la société civile n'a pas de personnalité juridique, qu'elle soit passive ou active.

<sup>8</sup> En allemand: *Offene Gesellschaft*.

<sup>9</sup> En allemand: *Kommanditgesellschaft* ou encore *Rechtsanwalts-Partnerschaft*.

<sup>10</sup> En allemand: *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*.

<sup>11</sup> En allemand: *Liste der Rechtsanwalts-Gesellschaften*.

<sup>12</sup> Pour un exposé complet de celles-ci, G. BENN-IBLER, *op. cit.*, p. 391.

<sup>13</sup> Pendant la durée de l'union.

<sup>14</sup> Jusqu'à l'âge de 35 ans.

majorité du capital. Seuls les avocats peuvent représenter la société et, le cas échéant, en être les liquidateurs. Aucun des actes professionnels des avocats associés ne peut être subordonné à un avis ou une autorisation des associés tiers au capital de la société. Les associés tiers ne peuvent pas appartenir à une autre entreprise autrichienne. La transmission des droits sociaux à des tiers autres que ceux visés par les exceptions ou l'exercice par ceux-ci de ces droits sont prohibés.

On le voit, ce système ne permet pas la création de capital par des tiers, mais autorise uniquement la transmission de parts et, par là même, de droits sociaux à des personnes qui ont des liens proches avec la société d'avocats.

### 3. L'interdiction de la constitution de cabinets d'avocats sous la forme de sociétés anonymes<sup>15</sup>

Les formes de sociétés étant énumérées de manière limitative dans la législation fédérale relative à la profession d'avocat (R.A.O.), il est exclu de voir se constituer, en Autriche, des cabinets d'avocats sous la forme de sociétés par actions<sup>16</sup>. Les mêmes motifs d'ordre déontologique et d'ordre professionnel que ceux invoqués à propos de cette énumération<sup>17</sup> justifient cette interdiction.

En l'occurrence, le système autrichien de conseil de surveillance<sup>18</sup> des sociétés par actions limiterait, de manière incompatible avec le droit professionnel, l'indépendance des avocats ayant à exercer leur profession dans ce cadre juridique. Le conseil de surveillance est un organe qui contrôle la société et dont les membres sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires. Les membres du conseil de surveillance ne peuvent pas être salariés ou faire partie du conseil d'administration. La structuration bicéphale des sociétés anonymes n'est pas propre au droit autrichien : elle existe dans d'autres législations européennes<sup>19</sup>. Le conseil de surveillance doit être convoqué par le conseil d'administration au moins une fois par an pour l'informer sur les questions fondamentales relatives à la politique de la société. Il doit encore le réunir au moins quatre fois par an pour l'informer de toutes les évolutions de la société<sup>20</sup>. Ainsi le conseil de surveillance opère-t-il un contrôle effectif sur les activités

<sup>15</sup> En allemand : *Aktiengesellschaften*.

<sup>16</sup> Dans le même sens et pour un exposé plus précis, voy. G. BENN-IBLER, *op. cit.*, pp. 391-392.

<sup>17</sup> Cf. *supra*.

<sup>18</sup> En allemand : *Aufsichtsrat*; voy. les §§ 75, 86, 87 et 95 du Code des sociétés autrichien (*Aktiengesetz*). Le conseil de surveillance est nommé par l'assemblée générale des actionnaires (§ 87) et doit être composé d'au moins trois personnes physiques (§ 86).

<sup>19</sup> Notamment en droit allemand et en droit luxembourgeois.

<sup>20</sup> Voy. § 81 de l'*Aktiengesetz*.

du conseil d'administration. Dans certaines hypothèses<sup>21</sup> prévues par la loi, le conseil de surveillance dispose d'un droit de veto à l'encontre des décisions du conseil d'administration. De même, ce conseil de surveillance, même s'il ne détient pas un pouvoir de direction directe de la société, peut faire des interventions qui, dans le cas de l'exercice de la profession d'avocat, pourraient mettre en péril leur indépendance<sup>22</sup>. C'est le conseil de surveillance qui nomme et révoque les membres du conseil d'administration<sup>23</sup>.

L'ouverture du capital à des tiers, seraient-ils même avocats, et l'existence même du conseil de surveillance pourraient se heurter au respect du secret professionnel et, ainsi, porter atteinte aux intérêts du client. On comprend les réserves très nettes des autorités ordinales autrichiennes pour admettre les sociétés par actions au rang des sociétés ouvertes à des avocats.

#### 4. Conclusion

On peut se demander dans quelle mesure la législation autrichienne est en conformité avec le droit européen, en particulier au regard de l'article 43 du traité C.E., qui protège la liberté d'établissement. Conformément à la jurisprudence européenne, des limitations à cette liberté peuvent être admises si, notamment, elles sont justifiées par des spécificités du droit interne tenant à l'intérêt général<sup>24</sup>. Selon G. Benn-Ibler<sup>25</sup>, ce serait le cas en l'espèce, l'interdiction de voir se constituer des cabinets d'avocats sous la forme de sociétés par actions se heurtant à des principes fondamentaux touchant à l'essence même de la profession et à l'exercice de celle-ci dans le respect de règles déontologiques essentielles.

Le même auteur, enfin, et ce point de vue ne paraît pas contestable, considère que l'on ne pourrait pas permettre à des cabinets d'avocats constitués sous la forme de sociétés par actions de s'établir en Autriche sans créer automatiquement une discrimination à rebours, dans la mesure où, dans le chef des avocats autrichiens, pareille organisation est interdite.

#### B. La France

L'exercice de la profession d'avocat en France est actuellement possible, au regard de la loi 90-1258 du 31 décembre 1990, modifiée par la loi 2004-130 du 11 février 2004<sup>26</sup>, sous de multiples formes, dont seules deux permettent

<sup>21</sup> Par exemple, la fixation des principes fondamentaux de la société doit être approuvée par les deux conseils.

<sup>22</sup> Voy., pour l'énumération des compétences du conseil de surveillance, le § 95 de l'Aktiengesetz.

<sup>23</sup> Voy. le § 75 de l'Aktiengesetz.

<sup>24</sup> Cf. *infra*, Section 2.

<sup>25</sup> G. BENN-IBLER, *op. cit.*, pp. 393-394.

<sup>26</sup> Disponible sur [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

qu'une partie du capital soit détenue par des actionnaires qui n'ont pas la qualité d'avocat associé : la société libérale d'avocats et la société de participations financières de professions libérales.

### 1. La société libérale d'avocats (S.E.L.)

Cette société à forme commerciale et à objet civil est dotée de la personnalité morale. La majorité du capital et des droits de vote doit être détenue par des avocats exerçant au sein de la société et/ou des sociétés de participations financières de professions libérales (S.P.F.P.L.). Une minorité du capital peut être détenue par :

- des avocats personnes physiques ou constitués en société n'exerçant pas leurs activités dans ladite société ;
- des anciens avocats ayant cessé toute activité professionnelle et ayant été associés de ladite société. La détention en cette qualité ne peut durer plus de dix ans ;
- les ayants droit de ces derniers pendant un délai de cinq ans à dater de leur décès ;
- les personnes exerçant d'autres professions juridiques réglementées (huissiers, notaires, avoués...).

### 2. La société de participations financières de professions libérales (S.P.F.P.L.)

La S.P.F.P.L. peut être constituée sous la forme d'une société à responsabilité limitée, d'une société anonyme, d'une société par actions simplifiées ou d'une société en commandite par actions. Cette société holding est composée de personnes physiques ou morales exerçant une ou plusieurs professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

La société a pour objet social la détention de parts ou d'actions de S.E.L. ayant pour objet l'exercice d'une même profession et la participation à tout groupement de droit étranger ayant pour objet l'exercice de la même profession. La S.P.F.P.L. peut détenir la majorité du capital d'une S.E.L. si ses membres exercent leur profession au sein de ladite S.E.L.

La majorité du capital et des droits de vote doit être détenue par des avocats en exercice. Néanmoins, une minorité de capital peut être détenue par :

- des anciens avocats ayant cessé toute activité professionnelle. La détention en cette qualité ne peut durer plus de dix ans ;
- les ayants droit de ces derniers, pendant un délai de cinq ans à dater de leur décès ;

- les personnes exerçant d'autres professions juridiques réglementées (huissiers, notaires, avoués...).

Les organes doivent être composés majoritairement d'avocats. Les S.P.F.P.L. doivent être inscrites au tableau de l'ordre.

### 3. Le Rapport Darrois

Le Président de la République, Monsieur Nicolas Sarkozy, a demandé, le 30 juin 2008, à Maître Jean-Michel Darrois de rédiger un rapport relatif à la réforme des professions du droit, dans le but de créer une grande profession du droit. La commission Darrois<sup>27</sup> (ci-après «la commission») a articulé son examen autour de trois postulats :

- favoriser l'émergence de professions plus fortes et plus ouvertes ;
- inciter les professions du droit à travailler ensemble ;
- faciliter l'accès au droit et à l'aide juridictionnelle.

La commission recommande, notamment, d'inciter «les avocats à exercer en commun par une amélioration du fonctionnement des S.E.L. et une modernisation des sociétés de personnes, ainsi que par le développement du financement de ces structures<sup>28</sup>». En annexe<sup>29</sup> du rapport sont développées les différentes mesures qui pourraient inspirer le législateur. Outre la possibilité de permettre à tous les cabinets d'avocats de prendre une participation dans un autre cabinet, y compris multidisciplinaire, la commission préconise que le capital des S.E.L. et des S.P.F.P.L. puisse «faire l'objet de placements auprès d'un cercle restreint d'investisseurs ou de placements privés», à la condition que la majorité des droits de vote soit détenue par des «professionnels». Cette hypothèse devrait néanmoins être encadrée par d'autres mesures telles que :

- seuls les avocats pourraient être dirigeants sociaux d'une S.E.L. ;
- lorsque les organes sociaux délibèrent sur des questions relevant du secret professionnel, seuls les associés ou actionnaires «professionnels» pourraient y participer ;
- les actionnaires personnes morales auraient leur droit de vote limité à 25%.

La commission suggère aussi la création d'une nouvelle forme de société de personnes, plus adaptée aux exigences de l'activité des avocats et bénéficiant

<sup>27</sup> La commission Darrois a rendu son «Rapport sur les professions du droit» le 8 avril 2009, lequel est disponible sur [www.commission-darrois.justice.gouv.fr](http://www.commission-darrois.justice.gouv.fr).

<sup>28</sup> COMMISSION DARROIS, «Rapport sur les professions du droit», *op. cit.*, p. 120.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 144 et s.

de la personnalité juridique. Le financement de cette association ainsi renouvelée ne pourrait être réalisé que par des apports en capital ou en industrie émanant des avocats associés au cabinet. L'associé partant à la retraite pourrait conserver son droit à une part bénéficiaire, qui s'éteindrait à son décès.

#### 4. Conclusion

Le régime français a été conçu dans une perspective d'ouverture limitée, permettant d'assurer l'indépendance de la profession d'avocat<sup>30</sup>. Il est possible, au regard du droit français, de faire figurer au capital social des groupements d'avocats d'autres avocats en exercice et, en dehors de tout exercice, des avocats honoraires, des ayants droit ou des membres de professions réglementées. En outre, depuis 2004, les sociétés de participations financières peuvent entrer dans le capital des groupements d'avocats de droit étranger.

Toutefois, les tiers totalement étrangers à la profession ne peuvent pas participer au capital de telles structures.

La position française est médiane en ce qu'elle permet une ouverture du capital des sociétés d'avocats qui est limitée à certaines catégories de personnes. Quant à l'avenir, les autorités ordinales souhaitent qu'une position commune européenne soit adoptée, mais postulent, dans le cadre de cette future réflexion, la prise en considération des valeurs déontologiques d'indépendance ou de secret professionnel de l'avocat<sup>31</sup>.

La commission Darrois, tout en voulant préserver le respect des règles déontologiques, envisage différentes pistes permettant d'ouvrir le capital de certaines sociétés d'avocats à des investisseurs tiers non-juristes. Cependant, cette ouverture est limitée en quantité et force est de constater que le législateur devra veiller à examiner et étayer ces dispositions afin de lever les nombreuses approximations et imprécisions du rapport<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Pour un exposé plus complet, M. RINGLE, « Le financement des cabinets d'avocats : la détention des capitaux par des tiers : situation au regard du droit positif français », octobre 2006, disponible sur [www.fbe.org](http://www.fbe.org) et M. BENICHO, « L'Europe, les avocats et la concurrence », février 2007, disponible sur [www.cercle-du-barreau.org](http://www.cercle-du-barreau.org); voy. aussi l'interview de J. DARROIS, « À défaut d'une profession unique du droit, une profession unifiée est réaliste », *Semaine juridique*, édition générale, 1<sup>er</sup> avril 2009, I.1313.

<sup>31</sup> Voy. R. CHAINE, « Ouverture du capital des cabinets d'avocats », *Acteurs de l'économie*, février 2008, n° 72.

<sup>32</sup> Par exemple, aucune définition n'explique, dans le rapport, ce que recouvre le terme « professionnel ».

### C. L'Espagne

La loi du 27 mars 2007 relative aux sociétés professionnelles<sup>33</sup> autorise l'ouverture – dans une certaine mesure – du capital ou du patrimoine social des sociétés dites « professionnelles ». Il s'agit de sociétés dont l'objet social repose sur l'exercice en commun d'une activité professionnelle. Leur champ d'application s'étend aux cabinets d'avocats.

Aux termes de l'article 4 de la loi précitée, les associés dits « professionnels » sont, d'une part, les personnes physiques qui réunissent les critères exigés pour l'exercice de l'activité professionnelle et qui travaillent dans la structure et, d'autre part, les sociétés inscrites au barreau et qui participent au capital ou au patrimoine social d'une autre société professionnelle. Les « critères exigés pour l'exercice de l'activité professionnelle » sont déterminés, pour les avocats, par les instances ordinales. La loi prévoit expressément que ne pourront être associés professionnels les personnes qui ont été interdites d'exercice par l'autorité ordinale.

Un minimum de trois quarts du capital ou du patrimoine de ces sociétés doit, sous peine de dissolution d'office, être détenu par des associés professionnels. Les organes d'administration doivent, eux aussi, être composés de membres dont au minimum les trois quarts sont des associés professionnels.

En revanche, la loi ne dit mot sur la qualité des associés « non professionnels ». Ceux-ci peuvent donc être des tiers, qui ne sont pas soumis à des règles déontologiques ou réglementaires et dont le seul but serait d'obtenir un retour sur investissement à court terme.

La loi espagnole permet ainsi une ouverture vers la diversification des capitaux des cabinets d'avocats, qui reste cependant circonscrite à 25 % des actions ou parts sociales. Il est intéressant de noter que cette minorité substantielle peut entrer dans le capital sans être soumise à des conditions particulières d'agrément. Par ailleurs, les tiers investisseurs peuvent aussi, sous réserve de ce qui a été dit, faire partie des organes d'administration.

Enfin, la loi conforte l'autorité des instances ordinales en ce qu'elles régissent encore le domaine des incompatibilités relatives à la participation dans les sociétés d'avocat. Le conseil de l'ordre pourrait donc interdire l'accès au capital des sociétés d'avocats à certaines personnes ou professions.

La pratique actuelle montre que les tiers non avocats concernés sont le plus souvent des membres de la famille de l'avocat exerçant en société.

<sup>33</sup> Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, disponible sur [www.boe.es](http://www.boe.es).

## D. L'Angleterre et le Pays de Galles

### 1. Préliminaires

Entre 1995 et 2005, le marché des services juridiques en Angleterre et au Pays de Galles a crû de manière très importante. La quantité de ses acteurs a suivi la même courbe, bien que le nombre de sociétés d'avocats ait légèrement fléchi<sup>34</sup>.

Les autorités régulatrices des différentes professions juridiques n'ont guère évolué et sont caractérisées par les termes « prolifération », « fragmentation » ou encore « confusion »<sup>35</sup>. Le consommateur n'est pas correctement informé et se trouve parfois confronté à l'exercice d'activités échappant à tout contrôle en raison de la complexité et de l'absence de coopération entre les différents acteurs du système.

Dans ce contexte, l'Office of Fair Trade publia un rapport en mars 2001<sup>36</sup>, dans lequel il mit en exergue le fait que les professions juridiques étaient marquées par l'existence de restrictions à la concurrence injustifiées, ce qui avait pour effet de ne pas permettre que cette dernière soit pleine et entière. Cette étude se terminait par la conclusion que les barrières à l'entrée ou encore les règles contraignantes de fixation d'échelles de prix ou d'interdiction de la publicité devaient être supprimées ou radicalement amendées. En effet, il semblait que ces restrictions de concurrence n'étaient pas uniquement justifiées par la balance d'intérêts entre la protection du consommateur et l'indépendance de la profession. Le rapport rappelait que l'organisation de la profession, basée sur le monopole de l'autorégulation, n'aboutissait pas à une offre de services satisfaisante et que dès lors, il fallait placer le consommateur aux premières loges<sup>37</sup>.

À la suite de cette étude, le gouvernement consulta les différents acteurs et considéra que le système en vigueur était obsolète, rigide, trop complexe et insuffisamment transparent. Il sollicita l'approfondissement de la réflexion auprès d'experts indépendants<sup>38</sup>.

En juillet 2003, Sir David Clementi, économiste de renom, fut désigné pour étudier le cadre réglementaire des services juridiques en Angleterre et au Pays de Galles. Sa mission était double et consistait, d'une part, à déterminer

<sup>34</sup> « Regulatory impact assessment », 29 novembre 2006, p. 4, disponible sur [www.justice.gov.uk/docs/ria-legal-services.pdf](http://www.justice.gov.uk/docs/ria-legal-services.pdf).

<sup>35</sup> « Regulatory impact assessment », *op. cit.*, p. 6.

<sup>36</sup> OFFICE OF FAIR TRADE, « Competition in Professions », mars 2001, disponible sur [www.oft.gov.uk/shared\\_oftr/reports/professional\\_bodies/oft328.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/professional_bodies/oft328.pdf).

<sup>37</sup> En anglais : *Putting consumers first*.

<sup>38</sup> « In the Public Interest », juillet 2002, disponible sur [www.dca.gov.uk/consult/general/oftrept.htm#part3](http://www.dca.gov.uk/consult/general/oftrept.htm#part3).

un cadre réglementaire pouvant promouvoir la concurrence, l'innovation ainsi que l'intérêt général et l'intérêt des consommateurs dans le cadre d'un secteur juridique efficace, effectif et indépendant, et, d'autre part, à élaborer un cadre réglementaire indépendant dans la représentation des intérêts des consommateurs, qui soit aussi responsable, flexible, transparent et pas plus restrictif ou fastidieux que ne l'exige la situation.

Dans son rapport de décembre 2004<sup>39</sup>, Sir David Clementi mit l'accent sur trois problématiques récurrentes :

- d'abord, il confirma l'hypothèse retenue dans le rapport de l'Office of Fair Trade, selon lequel le cadre réglementaire était défaillant, les règles de gouvernance édictées par les autorités ordinales<sup>40</sup> n'étaient pas adaptées aux problèmes auxquels elles devaient faire face. Le système était aussi trop complexe et manquait de cohérence ;
- le rapporteur observa ensuite que le consommateur éprouvait la plus grande difficulté à faire droit à ses plaintes, et cela, quel que soit le niveau auquel il s'adressait ;
- enfin, il s'attarda sur les structures sociétales des professions juridiques. Celles-ci n'avaient pas, selon lui, su ou pu s'adapter au développement moderne des pratiques juridiques. Il proposait dès lors que l'on puisse créer des structures d'exercice dites alternatives : les *Alternative Business Structures*. Ces termes, peu évocateurs et généraux, regroupent différents concepts tels que la création de structures de juristes issus de différents corps professionnels mais proposant, dans le cadre de la même entité, leurs services au consommateur<sup>41</sup>. Il envisageait d'intégrer des non-juristes à la gestion des cabinets<sup>42</sup> et enfin, il évoquait la possibilité de développer la prise de capital, par des tiers, dans les sociétés de juristes. Dans ce cas, il préconisait d'imposer le respect de strictes conditions d'adéquation et d'identification de l'investisseur<sup>43</sup>.

## 2. Le *Legal Services Act* (L.S.A.)

Prenant le relais de ces rapports, les parlementaires ont voté, le 30 octobre 2007, une loi sur les services juridiques, le *Legal Services Act*, visant à libéraliser et à réorganiser le cadre réglementaire des professions juridiques en Angle-

<sup>39</sup> D. CLEMENTI, « Review of the regulatory framework for legal services in England and Wales », décembre 2004, disponible sur [www.legal-services-review.org.uk/content/report/index.htm](http://www.legal-services-review.org.uk/content/report/index.htm).

En anglais : *front-line professional bodies*.

<sup>41</sup> En anglais : *Legal Disciplinary Practices* (L.D.Ps.).

<sup>42</sup> En anglais : *Multi-Disciplinary Practices* (M.D.Ps.).

<sup>43</sup> En anglais : *fit to own test*.

terre et au Pays de Galles, à promouvoir la concurrence entre les professions juridiques et à régler le contentieux.

Le législateur poursuivait différents objectifs visant à promouvoir l'intérêt général, l'accès à la justice, la concurrence entre les prestataires ou encore une meilleure compréhension du public<sup>44</sup>.

Cette loi entérine les principales réformes suivantes :

- le fonctionnement et le rôle des ordres professionnels et leur supervision par une autorité administrative indépendante : le Legal Services Board (L.S.B.);
- la création d'une autorité indépendante chargée de traiter les plaintes relatives à la qualité du service accompli par les professions juridiques : l'Office of Legal Complaints (O.L.C.). Celle-ci devrait être en fonction en 2010;
- la mise en place de structures d'exercice dites alternatives : les *Alternative Business Structures* (A.B.S.), qui permettent l'association entre professions juridiques et professions non juridiques, ainsi que le financement externe de ces structures.

Le Royaume-Uni établit une distinction entre les avocats dits *solicitors*, qui sont considérés comme des consultants, et les avocats dits *barristers*, qui, eux, représentent les clients devant les tribunaux. Ces deux catégories d'avocats sont soumises à des autorités ordinales et régulatrices différentes. Étant donné que les autorités régulant les professions bénéficient, en vertu du L.S.A., d'une certaine souplesse quant à la mise sur pied des A.B.S., il échet de noter que les règles frappant les avocats sont différentes selon qu'ils aient la qualité de *solicitors* ou de *barristers*.

- a) Les structures d'exercice dites juridiques<sup>45</sup> (*Legal Disciplinary Practices* – L.D.Ps.)

Afin d'assurer la transition avec ces nouvelles mesures et avant l'introduction effective des A.B.S., l'organe de régulation chapeautant les *solicitors*<sup>46</sup> peut autoriser la création de cabinets, dénommés L.D.P., dans lesquels 25 % des associés ne sont pas des juristes. Parmi les 75 % de juristes composant une telle structure, au moins un membre doit être avocat. Ce modèle ne permet par contre pas l'ouverture de l'actionnariat à des membres qui n'exercent pas d'activité professionnelle au sein de ladite L.D.P.

<sup>44</sup> Section 1 du L.S.A.

<sup>45</sup> Annexe 16 du L.S.A.

<sup>46</sup> La Solicitors Regulation Authority, qui est l'organe de régulation de l'autorité ordinaire des *solicitors* (la Law Society).

L'organe de régulation des avocats *barristers*<sup>47</sup> ne dispose pas actuellement du pouvoir de réguler les L.D.Ps.

b) *Les structures d'exercice dites alternatives (Alternative Business Structures – A.B.S.)*

La création des A.B.S. ouvre la possibilité, moyennant le respect de nombreuses conditions, de joindre, dans le cadre d'une même entité, l'exercice d'activités juridiques et celui d'activités non juridiques. La gestion et le financement de ces nouvelles structures sont aussi ouverts à des non-juristes.

Ces nouvelles dispositions ont pour but de permettre :

- une efficacité accrue dans l'exercice des professions juridiques ainsi que des économies d'échelle ;
- un accès à de nouvelles sources de financement ;
- un point de contact unique entre le consommateur justiciable et des services complémentaires tels que ceux d'une banque, d'un détaillant ou d'un agent immobilier ;
- la possibilité d'intéresser les membres du personnel non-juristes au résultat des A.B.S., en leur offrant la possibilité de devenir associés ou actionnaires de l'entreprise.

Une série de conditions à la création des A.B.S. ont été posées par le législateur afin, d'une part, d'éviter toute influence disproportionnée des non-juristes et, d'autre part, de préserver l'accès des consommateurs à la justice.

Celles-ci se résument comme suit :

- toute entreprise ayant des associés ou des actionnaires non-juristes doit être agréée en qualité d'A.B.S. par un organisme de régulation des A.B.S., qui aura été préalablement autorisé par le Legal Services Board ;
- les non-juristes membres d'une A.B.S. ne peuvent pas contribuer à la violation des obligations professionnelles incombant aux juristes ;
- les organismes de régulation des A.B.S. peuvent interdire toute participation future de non-juristes dans une A.B.S. et même, au besoin, révoquer l'agrément d'une A.B.S. ;
- tout actionnaire, en ce compris tout associé, voulant détenir plus de 10% du capital social est préalablement soumis à un test de capacité et d'intégrité effectué par un organisme de régulation des A.B.S. ;

<sup>47</sup> Le Bar Standards Board, qui est l'organe de régulation de l'autorité ordinaire des *barristers* (le Bar Council).

- les organismes de régulation des A.B.S. peuvent contraindre les investisseurs à respecter d'autres règles ou même les priver de leur participation s'ils ne respectent pas les normes prescrites;
- les organismes de régulation des A.B.S. doivent s'enquérir, avant d'accorder leur agrément, de ce que la future A.B.S. réponde aux besoins du consommateur en proposant un large éventail de services qui ne se limitent pas aux secteurs les plus rentables, et cela, au détriment d'autres services.

### 3. Les particularités liées à la pratique des barristers

Au Royaume-Uni, les *barristers* exercent, pour la plupart, leur activité dans des structures unipersonnelles indépendantes<sup>48</sup> et engagent donc leur responsabilité professionnelle de manière individuelle.

L'avènement du L.S.A. pourrait modifier la structure sociétale dans laquelle exercent les *barristers* et ainsi engendrer de potentiels conflits d'intérêts entre les différents associés et actionnaires. En outre, la mission des *barristers* est encadrée par des règles et des contraintes particulières qui doivent être prises en considération, telles que le principe de bonne administration de la justice, les règles de non-discrimination des clients<sup>49</sup>, la double casquette des *barristers* exerçant à titre complémentaire l'activité de juge<sup>50</sup>. En gardant à l'esprit ces principes, on peut envisager une entorse aux objectifs du L.S.A. de libre concurrence et de meilleur service au consommateur.

Quant à la possibilité de contraindre le barreau à intégrer les objectifs du L.S.A. dans ses propres règlements, le L.S.B. peut, en vertu de la section 32 de la loi, inviter toute autorité régulatrice à prendre des mesures pour atteindre les objectifs du L.S.A. S'il appert que ces normes n'ont pas été adoptées par l'autorité régulatrice, le L.S.B. peut saisir la High Court of Justice, qui pourrait contraindre l'autorité régulatrice à se conformer aux prescrits du L.S.B.<sup>51</sup>

Le L.S.A. est muet quant à la distinction entre la profession de *solicitor* et celle de *barrister*. Il semble donc qu'il s'applique, sous réserve de ce qui est dit, à tous les avocats, quelle que soit leur qualité.

L'autorité régulatrice représentant les *barristers* est considérée comme un régulateur autorisé en vertu du L.S.A. et peut donc agréer de futures A.B.S. Elle

<sup>48</sup> En anglais: *self-employed barristers*.

<sup>49</sup> En anglais, le principe de *cab-rank rule* est visé aux articles 601 et suivants du Code de déontologie (*Code of Conduct*).

<sup>50</sup> Pour un exposé complet, P. ΡΟΤΗ, « The Bar Standards Board: Partnerships and the Cab-Rank rule », juillet 2008, disponible sur [www.barstandardsboard.org.uk](http://www.barstandardsboard.org.uk).

<sup>51</sup> Section 34 du L.S.A.

doit dès lors amender, autant que possible, ses propres règles afin que celles-ci soient conformes aux objectifs du L.S.A.

Actuellement, l'article 205 du Code de déontologie des barreaux anglais et gallois interdit l'exercice de l'activité de *barrister* à travers une autre personne que celle du *barrister*, sauf si cette activité est exercée en qualité d'employé d'un *solicitor* ou d'un cabinet de *solicitors*. Dans l'hypothèse de l'exercice de l'activité de *barrister* de concert avec un *solicitor*, l'organe de régulation des *solicitors* est l'autorité compétente en cas de conflit.

Dans l'état actuel du Code de déontologie, force est de constater qu'un *barrister* ne pourrait pas devenir administrateur d'un L.D.P. Les dispositions du Code ne s'opposent par contre pas à ce qu'un *barrister* exerce dans un L.D.P. en qualité d'employé. En outre, il n'existe pas d'objection à ce qu'il soit actionnaire de la structure dans laquelle il travaille. En revanche, s'il est actionnaire d'un L.D.P. dans lequel il ne travaille pas, plusieurs conflits d'intérêts pourraient naître, tels que ceux liés au traitement d'un dossier contre un L.D.P. dans lequel il possède des intérêts ou au fait de conseiller à ses clients de mandater les services d'un L.D.P. dont il est actionnaire sans indiquer préalablement son intérêt financier.

Le barreau se dirige vers l'amendement de son Code de déontologie, qui autoriserait les *barristers* à devenir administrateurs de L.D.Ps.<sup>52</sup> Le *barrister* administrateur serait alors soumis à l'autorité de l'organe de régulation des *solicitors* puisque seul ce dernier peut réguler les L.D.Ps.

Quant à l'exercice de l'activité des *barristers* dans le cadre d'associations à responsabilité limitée (*Limited Liability Partnerships* – L.L.P.), il semble que le barreau ne veuille pas autoriser la création de telles associations. Néanmoins, les *barristers* devraient être autorisés à exercer dans le cadre d'associations de *barristers* (*barrister-only partnerships*), qui resteraient soumises, parmi d'autres règles, au principe de non-discrimination des clients. Ils seraient en outre régulés comme un ensemble d'entreprises individuelles.

#### 4. Conclusion

Le système mis sur pied en vertu du *Legal Services Act* poursuit des objectifs louables et répond à des particularités et des caractéristiques propres au marché anglais. Néanmoins, il crée une structure hiérarchisée – et peut-être lourde – dans le but d'agréer des entités – personnes physiques ou morales – et de vérifier le respect de règles strictes d'indépendance et de conflits d'intérêts

<sup>52</sup> Pour un développement de la question, voy. « The Legal Services Act 2007, Implications for the regulation of the Bar of England and Wales – Second consultation », décembre 2008, disponible sur [www.barstandardsboard.org.uk](http://www.barstandardsboard.org.uk).

entre différentes professions amenées à travailler ensemble ou à investir dans des sociétés productrices de revenus issus du travail des avocats en exercice.

On l'a vu, les *solicitors* et les *barristers*, qui sont soumis aux mêmes principes et objectifs en vertu du L.S.A., verront leurs obligations appréciées différemment selon qu'ils émargent de l'un ou l'autre ordre professionnel.

Les A.B.S., dont seuls les *solicitors* pourraient être membres, ne devraient voir le jour qu'au plus tôt fin 2011, lorsque le L.S.B. aura agréé l'organe régulateur des *solicitors* selon des conditions à fixer.

En revanche, les L.D.Ps., assurant un système transitoire, devraient être effectives durant le second semestre de l'année 2009, mais n'autoriseront pas l'ouverture de l'actionnariat à des investisseurs qui ne seraient pas administrateurs de ces mêmes L.D.Ps. Les non-juristes seront admis dans l'entreprise, à hauteur de 25 %, en leur qualité d'administrateurs. L'ouverture du capital est limitée aux non-juristes qui exercent une activité au sein de cette société.

Enfin, les *barristers* ne seront affectés par les nouvelles dispositions que dans une mesure limitée. La nature de structures sociétales dans lesquelles ils exercent s'oppose, à court terme, à l'ouverture du capital de leur cabinet à des tiers. Celle-ci ne paraît d'ailleurs pas envisagée<sup>53</sup>. Les *barristers* devraient pouvoir néanmoins s'associer à des L.D.Ps. ou créer, avec leurs pairs, des associations de *barristers*.

Le système anglo-saxon est certes le plus abouti de ceux que nous avons examinés, mais les avocats croyant pouvoir vendre rapidement leur fonds de commerce à Tesco<sup>54</sup> peuvent déchanter... En effet, de nombreux écueils doivent encore être franchis et l'avènement de la crise systémique ne favorisera probablement pas le développement de tels cabinets.

## Section 2

### La relative autonomie des États membres dans l'élaboration de règles déontologiques

On ne saurait, en abordant la question qui nous préoccupe, écarter l'examen du droit communautaire.

<sup>53</sup> Il est remarquable de souligner que l'organe régulateur des *barristers* ne fait qu'à peine référence, dans ses dernières publications, au fait qu'un *barrister* puisse être actionnaire d'un L.D.P. (et encore, uniquement lorsqu'il est employé ou associé de l'entité).

<sup>54</sup> Tesco est une chaîne britannique de supermarchés qui fait un intense lobbying afin de pouvoir proposer à ses clients, outre ses produits traditionnels, de très nombreux services, dont des services juridiques. Certains appellent le L.S.A. la *Tesco Law*...

Le statut des avocats au regard du droit communautaire est un sujet complexe, qui doit être apprécié sous divers aspects, selon qu'il faut considérer que ce statut relève ou non de la liberté d'établissement, de la libre prestation des services ou encore que cette profession est ou non astreinte au respect des règles de la concurrence.

À titre préalable, il importe de se souvenir que la Cour de justice des Communautés européennes a, dans son arrêt du 19 février 2002, redit que «s'agissant des avocats, il convient de rappeler à titre liminaire que, selon une jurisprudence constante, en l'absence de règles communautaires spécifiques en la matière, chaque État membre reste, en principe, libre de régler l'exercice de la profession d'avocat sur son territoire (voir arrêts du 12 juillet 1984, *Klopp*, 107/83, *Rec.*, p. 2971, point 17 et *Reisebüro*, cité point 37). Les règles applicables à cette profession peuvent, de ce fait, différer substantiellement d'un État à l'autre»<sup>55</sup>.

#### A. La liberté d'établissement et la libre prestation de services

Il est de jurisprudence constante que la profession d'avocat ne peut bénéficier de l'exclusion de l'application du principe de la liberté d'établissement, exception qui, selon l'article 45 C.E., est applicable aux seules activités participant de l'exercice de l'autorité publique. On considère, en effet, que la profession d'avocat ne participe pas de pareil exercice : les avocats ne peuvent, sur la base de cette disposition, se soustraire au respect du principe de la liberté d'établissement. Par ailleurs, l'article 49 C.E. consacre le principe de la libre prestation des services, incluant, selon l'article 50 C.E., les professions libérales<sup>56</sup>.

Ces dispositions ne se prononcent pas, cependant, sur la question de savoir quelles sont les prérogatives et les obligations d'un avocat offrant ses services ou s'installant dans un autre État que le sien. Le traité, dont les dispositions ont un effet direct, impose seulement, mais c'est essentiel, le respect de l'égalité de traitement entre les nationaux et les ressortissants des autres États membres.

Plusieurs arrêts<sup>57</sup> datant des années 1970 et 1980, dont les lignes directrices n'ont pas été modifiées, ont permis de dégager certains principes. Les exigences d'une législation nationale s'appliquent à tous les avocats – quelle que soit leur nationalité – et ne peuvent pas avoir pour conséquence d'an-

<sup>55</sup> C.J.C.E., 19 février 2002 (*Wouters*), C-309/99, *Rec.*, p. I-1577, point 99.

<sup>56</sup> C.J.C.E., 21 juin 1974 (*Reynders*), C-2/74, *Rec.*, p. 535.

<sup>57</sup> C.J.C.E., 3 décembre 1974 (*Van Binsbergen*), C-33/74, *Rec.*, p. 1299; C.J.C.E., 17 juillet 1984 (*Klopp*), C-107/83, *Rec.*, p. 2971; C.J.C.E., 19 janvier 1988 (*Gullung*), C-292/86, *Rec.*, p. 111.

nuler tout effet utile aux dispositions du traité. Néanmoins, certaines de ces exigences nationales peuvent être justifiées lorsqu'elles sont motivées par des raisons d'intérêt général liées à la spécificité de la profession et, plus particulièrement, en raison de l'application de règles professionnelles nécessitées par l'intérêt général, telles que celles encadrant l'organisation, la déontologie ou le contrôle de la profession<sup>58</sup>.

Dans son arrêt *Gebhard*<sup>59</sup>, la Cour de justice soumet la justification des entraves à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services à la condition qu'elles soient non discriminatoires, qu'elles répondent à un objectif d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif d'intérêt général qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

## B. Le droit de la concurrence

La jurisprudence européenne<sup>60</sup> admet de manière constante que les spécificités des professions libérales et plus particulièrement de la profession d'avocat ne suffisent pas, en soi, à les soustraire à l'application des lois de la concurrence, même si cela n'empêche pas qu'il peut être tenu compte de ces spécificités.

L'affaire *Wouters*<sup>61</sup> a permis à la Cour de faire connaître sa position quant à la compatibilité avec le droit communautaire d'une interdiction, posée par une autorité ordinaire, qui limite les effets du droit de la concurrence. L'ordre des avocats néerlandais avait, en l'espèce, en application de l'*Advocatenwet*, interdit l'exercice de l'activité de ses membres en collaboration intégrée avec des experts-comptables.

Sans remettre en cause le fait que les avocats sont considérés comme des entreprises et l'ordre des avocats comme une association d'entreprises, la Cour choisit un schéma de raisonnement classique. Elle constata d'emblée que la réglementation litigieuse devait être considérée comme une restriction sensible de la concurrence affectant les échanges intracommunautaires.

À ce stade, la Cour disposait de plusieurs possibilités : elle aurait pu constater que l'article 81, § 1<sup>er</sup>, C.E. était applicable et que dès lors, la réglementation devait être condamnée, sous réserve de l'obtention d'une exemption

<sup>58</sup> M. WATHELET, « Les avocats en droit communautaire : essai de synthèse », *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Bruylant, 2004, pp. 283 et s.

<sup>59</sup> C.J.C.E., 30 novembre 1995 (*Gebhard*), C-55/99, *Rec.*, p. I-4165.

<sup>60</sup> C.J.C.E., 18 juin 1998 (*Commission c. Italie*), C-35/96, *Rec.*, p. I-3851 ; C.J.C.E., 12 septembre 2000 (*Pavlov*), C-180/98, *Rec.*, p. I-6451.

<sup>61</sup> C.J.C.E., 19 février 2002 (*Wouters*), C-309/99, *Rec.*, p. I-1577.

de la part de la Commission<sup>62</sup>. Elle aurait aussi pu préserver cette restriction de concurrence en la justifiant par le fait que l'ordre avait reçu une mission d'intérêt général par la loi.

La Cour choisit une autre voie, s'appuyant sur le caractère accessoire de la restriction. Elle plaça la restriction dans le cadre d'un contexte global tenant compte des objectifs de la réglementation pour examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui avaient été constatés n'étaient pas inhérents à la poursuite de ces objectifs, qui sont légitimes puisqu'ils ont trait à la nécessité de concevoir des règles de déontologie, de responsabilité et de contrôle assurant une garantie d'intégrité du système qui doit *in fine* bénéficier aux justiciables et sous-tendre à une bonne administration de la justice.

Les restrictions au droit de la concurrence entre avocats, pouvant revêtir la forme d'une interdiction de financement des cabinets par des capitaux tiers, ne sont *a priori* pas interdites en droit européen. En effet, ces restrictions doivent être examinées dans un contexte global en tenant compte de la spécificité de la profession d'avocat, eu égard à son rôle important dans la bonne administration de la justice.

### C. Conclusion

Les États membres et les institutions ordinales des États membres, en application de leur législation interne, jouissent – en absence de normes communautaires spécifiques – d'une autonomie certaine, au regard des prescriptions européennes, pour élaborer et imposer des règles déontologiques qui restreignent la concurrence, la liberté d'établissement ou la libre prestation de services. Ces règles doivent, toutefois, être pleinement justifiées par l'exercice de la mission conférée aux avocats.

Il importe, en particulier, que les règles restreignant les principes de liberté d'établissement, de libre prestation de services et de libre concurrence posées par les autorités nationales soient conformes aux conditions imposées par les juges européens. En effet, non seulement elles ne peuvent être discriminatoires, mais en outre, elles doivent répondre à un objectif d'intérêt général et être propres à la réalisation de cet objectif. La jurisprudence européenne mais également la jurisprudence des cours constitutionnelles – telle aussi celle de la Cour constitutionnelle belge – ne permettent pas davantage que des règles plus souples puissent être adoptées en faveur (ou en défaveur) des seuls avocats étrangers, dans la mesure où celles-ci créeraient des discriminations à rebours à l'encontre des avocats du for. Enfin, les effets restrictifs de ces règles

<sup>62</sup> Article 81, § 3, C.E.

doivent être proportionnels et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

Les principes issus des deux arrêts-clés précités, datant de 1995 et de 2002, sont toujours d'actualité et aucune procédure n'est pendante aujourd'hui devant la Cour.

### Section 3

## Actualités et perspectives en droit belge

Avant d'évoquer l'état de la réglementation en vigueur et la marge de manœuvre dont disposent les autorités ordinales, un bref aperçu des normes déontologiques fondamentales pour l'exercice de la profession d'avocat s'impose. On envisagera enfin les perspectives de réforme.

### A. Les règles déontologiques fondamentales

La problématique soulevée par l'ouverture à des tiers du capital des sociétés d'avocats suscite de nombreuses objections, parmi lesquelles les plus sérieuses tiennent au respect du secret professionnel et de l'indépendance ou encore au risque lié à la collusion entre les intérêts des avocats et des bailleurs de fonds.

#### 1. Le secret professionnel

Les personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui auraient révélé ces secrets, hors le cas où elles sont appelées à rendre témoignage en justice, sont punissables en vertu de l'article 458 du Code pénal.

Dans un arrêt du 18 juin 1974, la cour d'appel de Bruxelles justifia le secret professionnel de l'avocat par le fait que les titulaires de cette profession doivent disposer de «garanties nécessaires de crédibilité, ceci dans l'intérêt général, pour que tous ceux qui s'adressent à eux en confiance puissent avoir la certitude que les secrets qu'ils confient à leur conseil ne courent pas le risque d'être dévoilés à des tiers». Elle ajouta que cette obligation touchait à l'ordre public, était générale et s'étendait à toute l'activité de l'avocat.

Le secret professionnel de l'avocat est aussi érigé en valeur essentielle de la déontologie dont la violation est sanctionnée disciplinairement. Il ne souffre que de très rares exceptions telles que la contrainte irrésistible ou l'opposition à une valeur supérieure. Cependant, en pratique, il est impossible que les cabinets d'avocats traitent uniquement avec des avocats et, dès lors, des personnes

qui ne sont pas soumises à la déontologie des avocats (secrétaires, comptables, informaticiens...) ont accès à des informations confidentielles. Ces personnes sont néanmoins tenues à une obligation contractuelle de confidentialité.

Les conclusions de la cour d'appel restent d'actualité, étant entendu que le secret professionnel de l'avocat est une caractéristique fondamentale de la profession, par rapport à laquelle seules quelques rares exceptions, dûment motivées, sont admises.

## 2. Le devoir d'indépendance

L'article 437 du Code judiciaire fait, de manière expresse, référence à l'indépendance de l'avocat dans le cadre d'incompatibilités liées à l'exercice d'autres professions mais ne punit la violation de cette disposition que par des sanctions disciplinaires.

L'indépendance est au fondement de la confiance que le client est légitimement en droit de placer en l'avocat qu'il a choisi pour défendre sa cause. L'avocat se doit d'être indépendant vis-à-vis de lui-même et de toutes influences ou pressions extérieures<sup>63</sup>. L'indépendance est un gage de l'efficacité de la défense des intérêts du client.

L'indépendance « exige que l'avocat puisse exercer ses activités de conseil, d'assistance et de représentation dans l'intérêt exclusif de son client. Elle se manifeste à l'égard des pouvoirs publics, des autres opérateurs et des tiers, dont il ne doit jamais subir l'influence (...). L'indépendance constitue une garantie essentielle pour le justiciable et le pouvoir judiciaire, de sorte que l'avocat a l'obligation de ne pas s'engager dans des affaires ou des collaborations qui risquent de le compromettre »<sup>64</sup>.

Le Code de déontologie des avocats européens (C.C.B.E.), érigé en norme déontologique européenne<sup>65</sup>, fait figurer l'indépendance au premier rang des principes généraux de la déontologie, mais ne l'évoque pas davantage qu'il ne la définit.

<sup>63</sup> Voy. la « Recommandation de l'Ordre français du barreau de Bruxelles du 16 décembre 2003 en matière d'indépendance de l'avocat », *Lettre du barreau*, 2003-2004, n° 2, p. 150.

<sup>64</sup> Concl. présentées par M. l'Avocat général dans l'affaire *Wouters*, C-309/99, *Rec.*, 2002, p. I-1582, point 181.

<sup>65</sup> Ce code, adopté en 1988 et amendé à plusieurs reprises, a pour objectif d'atténuer les difficultés résultant de l'application d'une double déontologie et d'établir une harmonisation progressive des règles déontologiques nationales. Le champ d'application *ratione materiae* de ce code est limité aux activités transfrontalières de l'avocat à l'intérieur de l'Union européenne et de l'Espace économique européen. Par activité transfrontalière, il faut entendre les rapports professionnels avec un autre État membre et les activités professionnelles de l'avocat dans un autre État membre, que l'avocat y soit présent ou non.

L'indépendance de l'avocat peut se résumer comme étant :

- l'interdiction de tout intérêt personnel à la solution du procès ;
- l'obligation de se déporter en cas de contradiction d'intérêts ;
- l'obligation de respecter les incompatibilités.

Les arrêts de la Cour de justice dans les affaires *Chadimova*<sup>66</sup> ou *Wouters*<sup>67</sup> confirment que ce principe d'indépendance est un principe général, que les États ont l'obligation positive de faire respecter<sup>68</sup>.

## B. La réglementation belge en vigueur

Le législateur belge n'a pas, jusqu'ici, pris position sur la problématique de l'ouverture du capital des sociétés d'avocats à des tiers. Les principes du droit des sociétés en vigueur<sup>69</sup>, combinés avec ceux inscrits dans le Code judiciaire, s'opposent cependant à admettre pareille pratique sans qu'au préalable, une modification expresse du droit positif soit intervenue. À défaut d'une législation fédérale expresse, les réglementations plus spécifiques proviennent majoritairement de dispositions ordinales, qui interprètent de manière stricte la législation nationale. Ces autorités se sont en effet exprimées jusqu'ici contre le principe de la création de capital par des non-avocats ou la transmission de ce capital à des non-avocats.

La matière est régie, pour les avocats bruxellois, par le règlement d'ordre intérieur de l'Ordre du barreau de Bruxelles, par le règlement du 18 juin 2003 de l'O.B.F.G.<sup>70</sup> relatif à l'exercice en commun de la profession d'avocat et par le règlement du 26 juin 2003 relatif à la collaboration de l'avocat avec des personnes extérieures à la profession.

L'O.B.F.G. interdit en principe toute association avec des personnes autres que des avocats, mais autorise la collaboration de l'avocat avec tout autre professionnel dans le but de servir l'intérêt du client. L'avocat peut constituer une société de moyens avec les membres d'une profession agréée moyennant

<sup>66</sup> Cour eur. D.H., 18 avril 2006 (*Chadimova c. République tchèque*), n° 50073/99, § 146.

<sup>67</sup> Cf. *supra*.

<sup>68</sup> Pour un exposé plus complet, voy. B. FAVREAU, « Le devoir d'indépendance », in B. FAVREAU (dir.), *L'avocat dans le droit européen*, I.D.H.A.E., Bruylant, 2008, pp. 6 et s.

<sup>69</sup> Ainsi, le droit des groupements tel qu'il est organisé actuellement par le droit des sociétés ne permet pas d'accepter des structures fondées sur la notion d'association ou de fondation d'intérêt privé, contrairement à ce qui est possible aujourd'hui en France (*supra*, section 1, B). Un projet de loi relatif aux sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et aux sociétés de moyens (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1984-1985, n° 1108) avait été déposé, mais il n'a jamais été voté. Sur ceci, voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Les sociétés coopératives, les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés de moyens », in J. VAN RYN (dir.), *Les sociétés commerciales*, Éd. Jeune Barreau, 1985, p. 315.

<sup>70</sup> Ordre des barreaux francophones et germanophone.

l'autorisation préalable de son autorité ordinale. Une profession ne peut être agréée que si elle est légalement organisée et soumise à une déontologie professionnelle compatible à celle des avocats, respectant notamment l'indépendance et le secret professionnel<sup>71</sup>.

Quant à la structure sociétale, les avocats peuvent s'associer en constituant une société civile à forme commerciale<sup>72</sup> (ou en y adhérant), à l'exception de la société anonyme et de la société en commandite. Les avocats d'un même ordre ou d'ordres différents relevant de l'O.B.F.G. ou de l'O.V.B.<sup>73</sup> peuvent encore se regrouper pour organiser, moyennant un partage des frais, des services communs destinés à assurer l'exercice de leur profession.

Les associés d'une société d'avocats ne peuvent être que des avocats exerçant dans la société. Il n'est dès lors pas permis de transmettre les parts sociales d'une société d'avocats à des personnes qui ne seraient pas avocats en exercice de cette société.

Dans ses rapports avec les avocats étrangers, le conseil de l'ordre se réserve le droit de s'opposer à l'exercice de la profession par des avocats étrangers appartenant à un groupe et exerçant celle-ci avec des membres de professions extérieures à celle d'avocat.

Le groupe est considéré comme comportant des personnes extérieures à la profession si :

- le capital de celui-ci est détenu en tout ou en partie ou
- la dénomination sous laquelle il exerce est utilisée ou
- le pouvoir de décision y est exercé, en fait ou en droit,
- par des personnes n'ayant pas la qualité d'avocat.

### C. La nécessité d'une réforme et les conditions générales de son adoption

Le système belge est donc le plus restrictif parmi ceux que l'on a rapidement décrits : il n'autorise, en effet, la détention des parts sociales d'une société d'avocats que par les avocats pratiquant dans ladite société. En outre, les avocats étrangers exerçant dans une structure capitalistique ouverte à des capitaux appartenant à des non-avocats pourraient se voir opposer une interdiction d'exercice en Belgique.

<sup>71</sup> Ont été agréés les médecins inscrits à un tableau de l'ordre, certains experts comptables et fiscaux, les notaires, les huissiers de justice, les réviseurs d'entreprises, les architectes, les médecins vétérinaires et les pharmaciens.

<sup>72</sup> Qu'elle soit une société privée à responsabilité limitée (S.P.R.L. - articles 210 et s. du Code des sociétés), une société en nom collectif (S.N.C. - articles 201 et s. du Code des sociétés) ou une société coopérative (S.C. - articles 350 et s. du Code des sociétés).

<sup>73</sup> En néerlandais: Orde van Vlaamse Balies.

Il semble donc impératif que nos règles soient amendées afin que les avocats puissent s'adapter à la concurrence accrue des cabinets d'avocats étrangers qui peuvent faire appel à des capitaux extérieurs. Il s'agit peut-être aussi de comprendre – c'est d'ailleurs un des motifs qui ont justifié les modifications de la législation britannique – que, contrairement à certaines réactions *a priori*, d'ailleurs légitimes, cette modification pourrait améliorer la qualité du service rendu aux clients.

Ces réformes, cependant, au vu des enjeux touchant à l'intérêt général et aux principes déontologiques fondamentaux, ne devraient-elles pas être précédées, à l'instar de ce qui s'est fait au Royaume-Uni ou en France, d'une large consultation des milieux concernés ?

Pareilles réformes dépassent la seule compétence des autorités ordinales. Comme dans tous les autres États membres où de telles modifications sont intervenues, il a fallu d'abord une intervention du législateur national. Cela devrait aussi être le cas en Belgique, même s'il va de soi que les autorités ordinales pourraient et devraient donner toutes les impulsions nécessaires, y compris sous la forme de textes de propositions ou de projets de loi suffisamment élaborés.

La loi nouvelle est de la compétence du législateur fédéral, s'agissant à la fois de principes du droit commercial, du droit des sociétés et de la protection du consommateur, réservés expressément à sa compétence par l'article 6, § 1<sup>er</sup>, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, d'une part, et de principes relevant de l'accès à la profession et de l'organisation judiciaire, étant également de sa compétence, d'autre part.

Si la loi nouvelle aura à tenir compte des exigences dont on a fait état dans la première partie de cette contribution, elle devra être particulièrement attentive aussi au respect du droit européen. Par ailleurs, elle devra veiller, notamment, au respect des règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination, conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Il ne serait par exemple pas admissible, dans cette matière précise, que le droit belge adopte des règles différentes, notamment plus restrictives pour les avocats belges et plus souples pour les avocats étrangers établis en Belgique. Le contrôle de constitutionnalité pourrait porter aussi sur d'autres principes constitutionnellement protégés (liberté d'association, liberté économique – consacrée par le décret d'Allarde –, respect de la propriété privée, droits de la défense, droit au respect de la vie privée...). La Cour constitutionnelle elle-même se montre par ailleurs très soucieuse du respect par la loi belge aussi bien de la jurisprudence communautaire<sup>74</sup> que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

<sup>74</sup> En interrogeant par exemple la Cour de justice des Communautés européennes.

Le législateur fédéral pourrait, certes, laisser des compétences réglementaires en cette matière aux autorités ordinales. Ainsi, une fois qu'il aurait défini les règles fondamentales, il pourrait donner à ces autorités le pouvoir de prendre des règlements d'application. Il devrait cependant d'abord établir les règles générales à respecter.

Quant aux interventions ordinales, il faut sans doute insister sur le fait qu'il ne paraît pas concevable que les autorités puissent agir en toute ignorance de leurs réglementations respectives et sans concertation entre elles. Tant l'O.B.F.G. et l'O.V.B. que l'Ordre des avocats à la Cour de cassation doivent respecter les mêmes règles d'égalité, leurs règlements pouvant à leur tour faire l'objet de contrôles, notamment à cet égard par la Cour de cassation.

#### D. Conclusions générales

En dehors de toutes considérations purement juridiques, le système qui est d'application en France est celui qui est le plus à même de permettre aux avocats d'affronter une concurrence internationale accrue et, dans une certaine mesure, de transmettre aisément leur patrimoine. Nous pourrions sans doute nous en inspirer.

D'une part, les règles françaises ont l'avantage de permettre à tous les avocats, dont le *core business* ne se limite pas à la réalisation de transactions, de bénéficier de la possibilité de conserver leurs parts sociales ou actions lorsqu'ils quittent la profession, de les transmettre à leurs ayants droit ou encore – mais la réflexion devrait mûrir en Belgique – d'intéresser les titulaires de professions réglementées. Ceci permettrait de résoudre la délicate problématique de la transmission patrimoniale des cabinets d'avocats.

D'autre part, ces règles contribuent au développement de cabinets voulant s'implanter à travers le pays ou à l'international, en autorisant la mise en commun de fonds dont l'objectif social est de participer au capital des sociétés d'avocats, dont l'actionnariat reste majoritairement dans les mains d'avocats en exercice.

Le législateur français a, semble-t-il, réussi à établir un compromis entre la prise en considération de l'avocat en sa qualité d'humain et celle en sa qualité, pour certains, d'homme « d'affaires ».

Ces règles contribuant à assurer la pérennité de notre profession ont un caractère nécessairement provisoire. À plus long terme, nous devons réfléchir, en ayant tiré les leçons du système anglais, si nous sommes prêts à amender nos règles, afin que les cabinets aient la possibilité d'intéresser peut-être un jour le personnel non juriste des sociétés d'avocats ou encore puissent réunir différentes professions juridiques sous leur toit. Il n'est, en tout état de cause, pas à

l'ordre du jour que des investisseurs financiers intéressés par un rendement à court terme puissent intégrer le capital des sociétés d'avocats et ainsi accaparer la gestion de celui-ci<sup>75</sup>. L'avocat ne peut se borner à être le vivier de fonds de placement, dont l'unique objectif réside dans la maximisation du profit de leurs actionnaires. On voit bien toute la dérive d'un tel système.

La libéralisation mesurée doit être menée avec prudence et en respectant nos règles essentielles, telles que l'indépendance et le secret professionnel de l'avocat.

Cette question complexe nécessite un débat très large, qui ne peut être mené qu'en réunissant tous les acteurs de la filière dite *juridique*, depuis le consommateur justiciable en passant par les avocats, magistrats et autres professions réglementées.

<sup>75</sup> En Australie et en Afrique du Sud, les cabinets d'avocats peuvent lever des capitaux sur les marchés financiers. Pour un exemple, voy. le site du cabinet australien Slater & Gordon, disponible sur [www.slatergordon.com.au](http://www.slatergordon.com.au).