

**LES CABINETS D'AVOCATS ET LEUR  
FINANCEMENT  
ASPECTS DE DROIT COMMUNAUTAIRE**

*FBE – AEA, Bruges le 22 mai 2009*

*Lucette Defalque*

avocat Dal&Veldekens, professeur à l'Institut d'Etudes européennes de l'U.L.B.  
et professeur visiteur à l'Université de Paris I, Panthéon Sorbonne

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

Les questions posées :

L'interdiction de la participation de tiers non avocats au capital de cabinets d'avocats, résultant d'une mesure étatique ou d'une mesure ordinale, peut elle être considérée comme contraire au droit communautaire ?

Le barreau de l'Etat d'accueil peut-il interdire ce type de structure si elle est autorisée dans l'Etat d'origine ?

Le barreau de l'Etat d'accueil peut-il interdire à un avocat local de collaborer avec une telle structure ou de s'y associer ?

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

Différentes situations de fait:

- Problèmes de succession: un tiers non avocat hérite d'une participation dans un cabinet d'avocats ;
- Un tiers financier devient actionnaire d'un cabinet d'avocats, sans participation à la direction et la gestion de celui-ci (actionnaire passif);
- Un tiers financier devient actionnaire d'un cabinet d'avocats et participe à la direction et à la gestion (associé actif);
- Participation minoritaire ou majoritaire dans un cabinet d'avocats;
- Situation extrême: cotation en bourse d'un cabinet d'avocats.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

**I. Les règles de droit communautaire susceptibles d'application**

- Les dispositions relatives au marché intérieur: libre prestation des services, droit d'établissement et libre circulation des capitaux
- Les règles de concurrence
- Droit secondaire: la directive 98/5 du 16 février 1998 – directive « établissement » avocats (à interpréter conformément aux dispositions du droit primaire)

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

**II. Les règles du marché intérieur**

- Article 2 CE: la Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, etc...
- Article 3: aux fins énoncées à l'article 2, l'action de la Communauté comporte ... un marché intérieur caractérisé par l'abolition entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux..un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur..

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

**III. La libre circulation des personnes, des services et des capitaux : titre III, Troisième Partie du traité CE (les Politiques de la Communauté)**

- Chapitre II: le droit d'établissement : articles 43 CE à 48 CE
- Chapitre III: les services: articles 49 CE à 55 CE
- Chapitre IV: les capitaux et les paiements: articles 56 CE à 60 CE

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Le Traité de Lisbonne: traité sur l'Union européenne et traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Traité sur l'Union européenne

- Article 3.3: l'Union établit un marché intérieur

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

- Article 3: compétence exclusive de l'Union dans l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur
- Article 4: compétence partagée entre l'Union et les Etats membres dans le domaine du marché intérieur

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Chapitre II: le droit d'établissement: articles 49 à 55
- Chapitre III: les services: articles 56 à 62
- Chapitre IV: les capitaux et les paiements: articles 63 à 66
- Titre VII, chapitre I: les règles de concurrence  
Règles applicables aux entreprises: articles 101 et 102

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

**IV. La libre prestation des services dans le traité CE (art. 49 et 50 CE):**

- Conditions d'application:
  - Prestation en qualité d'indépendant et contre rémunération (contrepartie économique)
  - Exclusion des activités participant à l'exercice de l'autorité publique (interprétation restrictive)
  - Élément transfrontalier (interprétation large)
  - Prestataire de service = ressortissant d'un Etat membre de l'UE
  - Etablissement du prestataire et du destinataire dans un Etat membre de l'UE
  - Prestation à titre temporaire (critères distinctifs par rapport à l'établissement : durée, fréquence, périodicité, continuité des activités)

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Effet direct à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1970
- Interdictions des restrictions discriminatoires:
  - Discriminations fondées sur la nationalité ou la résidence
  - Mesures d'ordre étatique ou réglementations d'origine privée
  - Seules justifications admises: article 46 CE: raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

▪ Interdiction des restrictions indistinctement applicables aux prestataires nationaux et aux prestataires d'autres Etats membres de l'UE

- Justifications admises par la CJCE : raisons d'intérêt général: règles professionnelles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité s'imposant aux avocats et aux auxiliaires de la justice (CJCE, 28 avril 1977, *Thieffry*, aff. 71/76; 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94; 12 décembre 1996, *Reisebüro Broede*, C-3/95; 19 février 2002, *Nova*, C-309/99). Pouvoir d'appréciation reconnu à l'Etat ou aux ordres dans chaque Etat membre.

- 3 tests applicables à la mesure restrictive: test de nécessité, test de proportionnalité et test d'adéquation

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

**V. Droit d'établissement**

- Article 43 CE : effet direct depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1970
- Installation durable dans l'Etat d'accueil
- Exercice d'une activité économique non salariée
- Élément transfrontalier (interprétation large)

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

▪ Conditions d'application:

- Personne physique ou morale ressortissant d'un Etat membre de l'UE
- Assimilation des sociétés et personnes morales aux personnes physiques: article 48 CE : critères de rattachement: constitution selon le droit d'un Etat membre et localisation à l'intérieur de la Communauté soit du siège statutaire, soit de l'administration centrale (siège réel), soit du principal établissement.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Deux formes d'établissement: établissement à titre principal et établissement à titre secondaire.
- Principe de l'égalité de traitement: traitement national

Possibilité pour un ressortissant communautaire de participer de façon stable et continue à la vie économique d'un Etat membre autre que son Etat d'origine.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Interdiction des restrictions discriminatoires fondées sur la nationalité
  - Justifications admises: article 46 CE: raisons d'ordre public, santé publique et sécurité publique.
  
- Interdiction des restrictions indistinctement applicables: depuis l'arrêt Kraus du 31 mars 1993, C-19/92
  - Justifications admises : raisons d'intérêt général
  - 3 tests applicables à la mesure restrictive : test de nécessité, test de proportionnalité et test d'adéquation

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

**Conclusions en matière de prestations de services et de droit d'établissement**

Toutes les restrictions discriminatoires ou indistinctement applicables édictées par un Etat membre ou un ordre d'un Etat membre sont interdites à l'égard de prestataires de services ressortissants d'un autre Etat membre de l'UE et établis dans l'UE sauf:

- Raisons d'ordre public, santé publique, sécurité publique
- Raisons d'intérêt général: par exemple règles professionnelles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité d'une profession réglementée.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

**VI. Libre circulation des capitaux**

- Nouveau dispositif du traité en matière de capitaux depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994: articles 56 à 60 CE du traité de Maastricht.
- Couvre à la fois les capitaux et les paiements.
- Article 56 CE: principe de libération totale des mouvements de capitaux et des paiements.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Article 58: possibilité de restrictions en matière fiscale (article 58, § 1) lorsque les contribuables ne se trouvent pas dans des situations objectivement comparables
- Article 59: dans des circonstances exceptionnelles, possibilité de clauses de sauvegarde, pour une période maximale de 6 mois, pour les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers.
- Effet direct vertical et horizontal:  
CJCE, 14 décembre 1995, *Sanz de Lera*, aff. jtes C-163/94, C-165/94 et C-250/94.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Principe de libération absolue des paiements et des mouvements de capitaux sauf:
  - Situations fiscales non objectivement comparables (p.ex. résidents et non résidents)
  - Motifs d'intérêt général: 3 tests (test de nécessité, test de proportionnalité et test d'adéquation)
  
- Possibilité d'application simultanée de la libre circulation des capitaux et de la libre prestation des services ou du droit d'établissement.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

**Conclusions en matière de libre circulation des capitaux**

Libération totale de la circulation des capitaux et des paiements entre Etats membres de l'UE et entre Etats tiers et Etats membres de l'UE sauf:

- Restriction spécifique autorisée temporairement vis-à-vis des Etats tiers
- Situations non objectivement comparables en matière fiscale
- Raisons d'intérêt général

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

**VII. Les règles de concurrence dans le traité CE**

Article 81 : interdiction des pratiques restrictives de la concurrence entre entreprises ou associations d'entreprises susceptibles de fausser le jeu de la concurrence dans le marché commun

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

CJCE, Nova, 19 février 2002, C-309/99

- Les avocats sont des entreprises économiques
- Les décisions des ordres sont des décisions d'associations d'entreprises
- Les décisions des ordres restreignant la concurrence sont interdites sauf si elles sont justifiées par une raison d'intérêt général inhérente à la profession d'avocat et nécessaire au bon fonctionnement de la justice et à la protection du justiciable
- Transposition de la jurisprudence en matière de droit d'établissement et libre prestation des services au droit de la concurrence.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

**VIII. Directive 98/5 CE du 16 février 1998: « Etablissement »  
avocats**

Article 11 : exercice en groupe: 2 hypothèses :

- 11, 1° qui vise les structures autorisées dans l'Etat d'accueil
- 11, 5° qui vise les structures multidisciplinaires

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Article 11, 1<sup>o</sup>: « *Un ou plusieurs avocats exerçant sous leur titre professionnel d'origine dans un Etat membre d'accueil et membres d'un même groupe dans l'Etat membre d'origine peuvent pratiquer leurs activités professionnelles dans le cadre d'une succursale ou d'une agence de leur groupe dans l'Etat membre d'accueil. Toutefois, lorsque les règles fondamentales qui régissent ce groupe dans l'Etat membre d'origine sont incompatibles avec les règles fondamentales découlant des dispositions législatives, réglementaires et administratives de l'Etat membre d'accueil, ces dernières dispositions s'appliquent dans la mesure où leur respect est justifié par l'intérêt général consistant en la protection du client et des tiers* ».

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

Hypothèse visant notamment la société composée d'avocats et de non avocats, qui n'est pas multidisciplinaire et dont le capital est détenu pour partie par des tiers non avocats conformément à la réglementation en vigueur dans l'Etat membre d'origine.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Article 11, 5°: « *L'Etat membre d'accueil, dans la mesure où il interdit aux avocats exerçant sous leur propre titre professionnel approprié, l'exercice de la profession d'avocat au sein d'un groupe comportant des personnes extérieures à la profession, peut refuser à un avocat inscrit sous son titre professionnel d'origine d'exercer sur son territoire en qualité de membre de son groupe. 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.*

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

*Lorsque les règles fondamentales régissant un tel groupe d'avocats dans l'Etat membre d'origine sont incompatibles, soit avec les règles en vigueur dans l'Etat membre d'accueil, soit avec les dispositions du premier alinéa, l'Etat membre d'accueil peut, sans les restrictions prévues au point 1, s'opposer à l'ouverture d'une succursale ou d'une agence sur son territoire ».*

Hypothèse des structures multidisciplinaires.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

**La jurisprudence de la CJCE**

- Libre prestation des services et droit d'établissement:

Les règles professionnelles et déontologiques régissant la profession d'avocat peuvent justifier des restrictions. Ces règles peuvent différer d'un Etat membre à l'autre : CJCE 19 février 2002, Nova, C 309/99; 12 décembre 1996, Reisebüro Broede, C 3/95; 12 juillet 1984, Klopp.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

▪ Droit de la concurrence:

• Règle générale : les mesures étatiques échappent à l'article 81 lorsque l'Etat conserve son pouvoir de décision en dernier ressort même si la mesure restrictive est préparée par les ordres : CJCE 19 février 2002, Arduino, C-35/99.

• Structures multidisciplinaires

Les valeurs fondamentales de la profession d'avocat: l'indépendance, le secret professionnelle et la nécessité d'éviter les conflits d'intérêt peuvent justifier des restrictions à l'article 81 CE: CJCE 19 février 2002, Nova, C 309/99.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

CJCE, 19 février 2002, Nova, C-309/99:

Une réglementation ordinaire interdisant les associations multidisciplinaires échappe à l'interdiction de l'article 81, 1° CE parce qu'elle est nécessaire pour le bon exercice de la profession d'avocat et en particulier, pour la sauvegarde des valeurs fondamentales de la profession: indépendance, secret professionnel, absence de conflits d'intérêts.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Pas de jurisprudence concernant la participation de tiers au capital de sociétés d'avocats qui ne sont pas multidisciplinaires et composées exclusivement d'avocats pour l'exercice de la profession.
- **Conclusions à propos de la jurisprudence**
  - Toute mesure restrictive en matière de participation de tiers, ressortissants CE et établis dans un Etat membre, émanant d'un ordre professionnel est une restriction à la libre prestation des services, au droit d'établissement, à la libre circulation des capitaux et à l'article 81 CE. La même mesure restrictive peut être contraire à la libre circulation des capitaux entre Etats membres et Etats tiers. Si la mesure émane de l'Etat, elle peut échapper à l'article 81.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Pour que les dispositions CE s'appliquent, il faut un élément transfrontalier (règles du marché intérieur) ou une affectation du commerce entre Etats membres (règles de concurrence)
- Justification possible: les valeurs fondamentales de la profession d'avocat moyennant le respect des tests de nécessité, proportionnalité et adéquation.
- **Nouveau** : L'arrêt de la CJCE du 19 mai 2009 (C-531/06) concernant la législation italienne sur les pharmaciens : le droit d'exploiter une pharmacie est réservé aux personnes physiques titulaires d'un diplôme de pharmacien et aux sociétés composées exclusivement de pharmaciens.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- La loi italienne constitue une restriction à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux
- Dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, un Etat membre peut estimer que l'exploitation d'une pharmacie par des non pharmaciens présente un risque pour la santé publique :
- La recherche de bénéfices par des non pharmaciens n'est pas tempérée par une série d'éléments modérateurs existant dans le cas des pharmaciens : la formation, l'expérience, la responsabilité professionnelle, le respect des règles légales et déontologiques.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- les restrictions figurant dans la loi italiennes ne sont pas disproportionnées car pas d'interdiction absolue : possibilité pour les héritiers d'un pharmacien d'exploiter une pharmacie pendant un an, trois ans ou dix ans selon les cas ;
- possibilité pour les communes de faire exploiter des pharmacies dans l'intérêt général.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Différentes possibilités dans le cas des avocats :
  - interdiction totale non justifiée sur base de l'article 11, 1° de la directive 98/5 si les valeurs fondamentales de la profession d'avocat sont déjà protégées dans l'Etat d'origine.
  - Interdiction totale non justifiée si les non avocats participant au capital sont les héritiers d'un avocat (en principe pas d'atteinte aux valeurs fondamentales).

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Pour la Commission CE : interdiction totale non justifiée lorsqu'elle empêche la collaboration entre membres d'une même profession car pas d'atteinte possible aux valeurs fondamentales (rapport 17 février 2004) (mais quid pouvoir d'appréciation de chaque Etat membre reconnu par la CJCE en matière de réglementation de la profession ?)
- Restrictions partielles justifiées : par exemple, mesures adoptées par l'Etat d'accueil pour préserver les valeurs fondamentales de la profession d'avocat lorsqu'elles ne sont pas ou pas suffisamment protégées dans l'Etat d'origine.

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

A titre exemplatif, restrictions partielles justifiées :

- Mesures de contrôle sur le rôle passif des investisseurs non avocats (efficacité ?)
- Mesures imposant que la participation des non avocats reste minoritaire (à concurrence de quel pourcentage ?)
- Mesures interdisant la participation de certains types d'investisseurs p.ex. banques, assurances..(justification au regard des 3 tests si cette participation est bien minoritaire ?)

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

- Interdiction totale justifiée de la cotation en bourse d'une société d'avocats (mais admis en Australie ?)
- Appréciation différente de la mesure restrictive selon qu'elle est étatique ou ordinale ? (mais une mesure étatique pourrait échapper à l'article 81 et être contraire à la libre prestation des services, au droit d'établissement et à la libre circulation des capitaux ?)
- La transposition de l'arrêt « pharmaciens » du 19 mai 2009 permet-elle de justifier une mesure étatique (ou ordinale ?) interdisant la participation de non avocats au capital de sociétés d'avocats sauf pour les héritiers d'un avocat ?

**Les cabinets d'avocats et leur financement – aspects de droit communautaire**

**Conclusions générales**

Application du droit communautaire si élément transfrontalier ou affectation du commerce entre Etats membres

Une interdiction totale ne paraît justifiée que dans certains cas

Des mesures restrictives ne sont justifiées que lorsque le respect des valeurs fondamentales n'est pas assuré dans l'Etat d'origine ou ne l'est pas suffisamment ; elles doivent toujours répondre au principe de proportionnalité. Elles sont probablement plus faciles à justifier si elles émanent de l'Etat et non des ordres

# Dal & Veldekens

## Brussels

Avenue Louise 81  
B – 1050 Brussels  
phone : +32-2-627 10 10  
97  
fax : +32-2-627 10 50  
Me Lucette Defalque  
E-mail : [ld@dalvel.com](mailto:ld@dalvel.com)

## Paris

Rue d'Astorg, 12  
F – 75008 Paris  
phone : +33-1-70 61 23  
fax : +33-1-70 61 24 91  
Me Lucette Defalque  
Email : [ld@dalvel.com](mailto:ld@dalvel.com)

## Geneva

Rue Ferdinand – Hodler 15  
CH - 1211 Geneva  
Phone : +41-22-840 12 30  
fax: +41-22-840 12 31  
Me Lucette Defalque  
E-mail : [ld@dalvel.com](mailto:ld@dalvel.com)

[www.dalveldekens.com](http://www.dalveldekens.com)