



LE DROIT DES SOCIÉTÉS EST-IL ADAPTÉ À LA PARTICIPATION DE NON-AVOCATS AU CAPITAL DE SOCIÉTÉS D'AVOCATS ?

Henri CULOT

Chargé de cours invité à l'U.C.L.

Avocat au barreau de Bruxelles

Gabriela DE PIERPONT

Assistante à l'U.C.L. et à l'Université Saint-Louis

Frédéric MAGNUS

Assistant à l'U.C.L., candidat notaire

Introduction

À ce jour, en Belgique, les avocats ne peuvent s'associer qu'avec d'autres avocats. Depuis quelque temps, toutefois, s'est ouvert un débat sur une possible participation de non-avocats dans le capital de sociétés ayant pour objet social l'exercice de la profession d'avocat⁽¹⁾. Cette « ouverture » du capital des sociétés d'avocats répondrait à plusieurs objectifs, tels que l'organisation d'une pratique multidisciplinaire (associant, par exemple, notaires, huissiers, réviseurs, etc.) ou le financement par des investisseurs extérieurs de la croissance de grandes structures.

Si l'interdiction actuelle n'est pas sans justifications, les raisons ne manquent toutefois pas en faveur d'une autorisation, fût-elle conditionnelle, d'une telle participation de non-avocats. D'un point de vue économique, il importe que les cabinets belges puissent rester concurrentiels

(1) Voy. notamment G. DEJEMEPPE et P. KORTBEEK, « Verslag van de conferenties van de Brusselse balie over extern kapitaal van advocatenkantoren en de samenwerking tussen advocaten en andere beroepen », *R.W.*, 2012-2013, pp. 1478-1480, faisant état de deux colloques ayant abordé ce sujet au cours de l'année judiciaire 2012-2013, auquel on peut ajouter le congrès du 18 mars 2013 organisé conjointement par l'OVb et l'O.B.F.G.

par rapport à des structures étrangères autorisées à pratiquer la multidisciplinarité ou à se financer auprès de non-avocats. En outre, il n'est pas exclu que l'interdiction soit déclarée contraire aux règles européennes en matière de droit d'établissement, de libre circulation des services et des capitaux ou au droit de la concurrence⁽²⁾.

L'objet de cette brève contribution n'est pas d'examiner l'opportunité, ni d'ailleurs l'obligation juridique, d'autoriser les non-avocats à investir dans des sociétés d'avocats⁽³⁾. Il s'agit plutôt de s'interroger — dans l'hypothèse où une telle intervention serait un jour admise — sur la capacité du droit des sociétés actuel à concilier la participation des non-avocats avec la sauvegarde des trois valeurs fondamentales de la profession qui risqueraient le plus d'en pâtir, à savoir la responsabilité personnelle de l'avocat, le secret professionnel et l'indépendance.

I. Responsabilité et forme des sociétés

L'avocat peut choisir d'exercer sa profession de manière collective⁽⁴⁾, dans une structure sociétaire, dotée ou non de la personnalité juridique. Compte tenu des particularités inhérentes à la profession d'avocat qui doivent être garanties, la société d'avocats (comme plus généralement les sociétés de titulaires de professions libérales) présente certaines spécificités quelle que soit la forme choisie⁽⁵⁾. Parmi les différents types de sociétés qui s'offrent à l'avocat, il est permis de se demander laquelle répond au mieux aux préoccupations liées à la participation au capital de non-avocats.

Le titulaire d'une profession libérale n'exerçant pas d'activité commerciale, la société créée en vue d'exercer une telle profession a nécessairement un objet civil. Elle peut toutefois prendre la forme

(2) L. DEFALQUE, « La participation de tiers dans le capital de sociétés d'exercice d'une profession libérale », *J.T.*, 2010, p. 124.

(3) Pour un examen plus détaillé de ce type de réflexions, voy. A. VAN OUTRYVE D'YDEWALLE, « La participation de tiers dans le capital des sociétés d'avocats », *Ann. dr. Louvain*, 2013, pp. 99-132.

(4) Les articles 4.17 à 4.37 du code de déontologie de l'avocat (rendu obligatoire par le règlement du 12 novembre 2012, *M.B.*, 17 janvier 2013, www.avocat.be) regroupent les formes d'exercice collectif de la profession en trois catégories : l'association et le groupement, la collaboration et la correspondance organique.

(5) Voy. notamment sur cette question, A. VAN OUTRYVE D'YDEWALLE, *op. cit.*, pp. 112-114.

d'une société à forme commerciale, visée par l'article 2 du Code des sociétés⁽⁶⁾.

En droit des sociétés, il n'y a pas de limitation de principe quant au choix de l'avocat parmi les différentes formes de sociétés offertes par le Code. Cependant, le caractère *intuitu personae* de la collaboration, basée sur la confiance, justifie que les sociétés dites « de capitaux », telles que la société anonyme et la société en commandite par actions, soient généralement exclues⁽⁷⁾. Traditionnellement, on explique de la même manière l'interdiction de la société en commandite simple : ce type de société permettrait d'impliquer des associés dormants (à savoir les commanditaires) qui ne posséderaient pas la qualité d'avocat⁽⁸⁾. Les trois formes généralement considérées comme étant les plus indiquées pour l'exercice de la profession d'avocat sont donc la société en nom collectif (s.n.c.), la société privée à responsabilité limitée (s.p.r.l.) et la société coopérative à responsabilité limitée (s.c.r.l.).

La s.n.c. présente la particularité de n'exiger aucun capital minimal, en raison de la responsabilité solidaire des associés. La cession des titres entre vifs est impossible, sauf si les statuts l'autorisent expressément. Enfin, la mort d'un associé entraîne en principe la dissolution de la société, sauf si des aménagements sont prévus par les statuts⁽⁹⁾.

Dans la s.p.r.l., la transmission entre vifs des parts sociales nécessite l'agrément de la moitié au moins des associés possédant les trois quarts du capital (article 249 du Code des sociétés), sauf si elles sont cédées à un autre associé, au conjoint, à des ascendants ou des descendants ou encore à des personnes agréées par les statuts. Les mêmes règles s'appliquent aux transmissions pour cause de mort (article 252 du Code des sociétés).

La s.c.r.l. offre l'avantage de permettre la division du capital social en une part fixe (articles 390 et 397 du Code des sociétés) et une part

(6) K. GEENS, « Waarom associëren ? », in G. FRANCOIS et K. DEKETELAERE (éd.), *De uitoefening van een vrij beroep in vennootschapsvorm*, Leuven, Acco, 1997, p. 27 ; S. VANGOETSENHOVEN, « Het vrij beroep in vennootschapsverband : notarissen, advocaten en geneesheren », *Jura Falconis*, 2006-2007, n° 4, p. 599.

(7) Almanak, *Vrije beroepen ondergebracht in een professionele vennootschap*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1999, p. 18 ; S. VANGOETSENHOVEN, *op. cit.*, p. 611 ; voy. également M. WYCKAERT, « Het vrij beroep uitgeoefend in het kader van een vennootschap : een stand van zaken », *Not. Fisc. M.*, 1998 (1^{re} éd.), pp. 24-25.

(8) Voy. point 3. ci-dessous ; S. VANGOETSENHOVEN, *op. cit.*, p. 611, n° 24.

(9) Voy., à ce sujet, J. MALHERBE *et al.*, *Droit des sociétés — Précis*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011 pp. 403-405.

variable, laquelle peut être adaptée sans devoir modifier les statuts (article 392 du Code des sociétés), ce qui facilite l'entrée et la sortie des associés. Cette forme de société est, par ailleurs, caractérisée par une grande liberté statutaire en ce qui concerne les règles de fonctionnement, qui peuvent être majoritairement « conventionnelles »⁽¹⁰⁾.

Il est intéressant de remarquer une différence d'approche entre le nord et le sud du pays quant au choix de la forme de société offert aux avocats. Le code de déontologie de l'avocat de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone (O.B.F.G.) stipule que « [t]out avocat peut constituer, seul ou avec d'autres avocats, une société civile à forme commerciale au sens du code des sociétés, à l'exception de la société anonyme et de la société en commandite, ou devenir associé d'une telle société »⁽¹¹⁾.

Le règlement de l'Ordre des barreaux flamands (OVb) affirme, par contre, la liberté de choix des avocats, lorsqu'ils optent pour la création d'une personne morale, parmi les différentes formes de sociétés commerciales, étant entendu que l'objet de la société doit être civil⁽¹²⁾. Cette position de l'OVb permet de supposer qu'il n'y a pas nécessairement d'incompatibilité entre le caractère *intuitu personae* inhérent à la profession d'avocat et une forme de société dite de capitaux ; ce caractère pouvant être préservé, par exemple, par le biais de clauses contractuelles visant à privilégier un système fermé.

Du point de vue du Code des sociétés, le type de société choisi détermine l'étendue de la responsabilité qu'encourent les associés. Celle-ci sera soit illimitée, dans le cas d'une s.n.c. (articles 201 et suivants du Code des sociétés) ou d'une s.c.r.i. (article 352 du Code des sociétés), soit limitée, dans le cas d'une s.c.r.l. (articles 352-353 du Code des sociétés) ou d'une s.p.r.l. (article 210 du Code des sociétés).

Les avocats constituant une société civile empruntant la forme d'une société à responsabilité limitée ne sont, en principe, tenus qu'à hauteur de leur apport dans la société. Cependant, comme tous les titulaires d'une profession libérale, ils ne peuvent se soustraire à leur responsabilité professionnelle⁽¹³⁾. Le code de déontologie de l'O.B.F.G. prévoit

(10) J.-P. BOURS et O. CAPRASSE, « La société coopérative », in *Traité pratique de droit commercial*, t. 4, Bruxelles, Story-Scientia, 1998, p. 683 ; J. MALHERBE *et al.*, *op. cit.*, pp. 1002-1003 ; *Vade-mecum de l'avocat*, Limal, Anthémis, 2012, p. 287.

(11) Article 4.17 du code de déontologie de l'avocat.

(12) Règlement OVb, article 6.1.

(13) J.-P. BUYLE, « Responsabilité de l'avocat : vers un devoir permanent de prudence et de diligence ? », *J.L.M.B.*, 2000, p. 247.

ainsi que « l'associé chargé d'un dossier est solidairement tenu des engagements de la société à l'égard du client » et que « la responsabilité professionnelle de la société doit être assurée, comme celle des associés » (article 4.20).

Certains règlements prévoient la possibilité pour l'avocat de limiter sa responsabilité professionnelle à l'égard de ses clients au montant de la garantie prévue par l'assurance responsabilité professionnelle souscrite par l'Ordre⁽¹⁴⁾, étant entendu que la responsabilité professionnelle de la société doit être assurée. Cela revient en définitive à autoriser les avocats à limiter leur responsabilité à concurrence de leurs apports et du montant de la couverture de leur assurance responsabilité professionnelle⁽¹⁵⁾. De ce point de vue, la participation de non-avocats à la société ne change rien. Certes, les non-avocats ne sont pas tenus aux obligations déontologiques des avocats, mais, d'une part, il y aura toujours un avocat indéfiniment responsable personnellement à l'égard de son client (sauf limitation dans le contrat le liant à ce dernier), d'autre part, la société d'avocats devra souscrire une assurance couvrant sa responsabilité, quelle que soit la composition de son actionnariat.

Il nous semble que les potentiels investisseurs ou autres professionnels, non-avocats, qui décideraient de participer au capital d'une société d'avocats, opteront pour une société possédant une responsabilité limitée, afin de réduire leur risque au montant de leur apport. En outre, ils souhaiteront une libre cessibilité des parts, ce qui les conduira à préférer une société de capitaux, singulièrement la société anonyme.

II. Secret professionnel

Nonobstant les tempéraments limités dont il est affecté⁽¹⁶⁾, le secret professionnel demeure une valeur fondamentale de l'avocat et une composante indispensable de son statut tant elle est nécessaire à l'exercice de la profession⁽¹⁷⁾.

Les réticences à l'égard d'une participation de non-avocats au capital de sociétés d'avocats sont, pour une large part, liées à la crainte qu'une

(14) Article 61 du règlement de l'Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles.

(15) S. VANGOETSENHOVEN, *op. cit.*, p. 265.

(16) Notamment article 3, 5°, de la loi relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ; C.A., 3 mai 2000, n° 46/2000, *J.T.*, 2000, p. 603 ; C.A., 28 juillet 2006, n° 129/2006, *J.T.*, 2006, p. 792.

(17) D. VAN GERVEN, « Het beroepsgeheim van de advocaat », *T.P.R.*, 2012, p. 1416.

telle participation constitue une atteinte supplémentaire au secret professionnel. Comment imaginer, en effet, que les investisseurs ne souhaitent pas obtenir des informations détaillées sur les affaires de « leur » société, pour exercer leur contrôle sur la gestion et évaluer les performances (futures) de leur investissement ?

Les actionnaires⁽¹⁸⁾ ont le droit de recevoir certaines informations relatives aux activités de leur société. Il ne s'agit pas là d'un principe général⁽¹⁹⁾, mais de droits spécifiques qui s'exercent sur la base (et dans les limites) de dispositions légales particulières, spécialement à l'occasion des réunions de l'assemblée générale des actionnaires. Par exemple, la convocation de l'assemblée générale ordinaire s'accompagne de la mise à la disposition des actionnaires des documents visés à l'article 553 du Code des sociétés, dont principalement les comptes annuels, et le cas échéant, les comptes consolidés, le rapport de gestion et celui du commissaire. Le rapport de gestion, qui n'est obligatoire que pour les sociétés d'une certaine importance (article 94 du Code des sociétés), doit notamment exposer « l'évolution des affaires, les résultats et la situation de la société » et contenir une série d'autres informations (article 96, § 1^{er}, 1^o, du Code des sociétés). Lorsque la société n'a pas nommé de commissaire, chaque actionnaire peut exercer individuellement les pouvoirs d'investigation et de contrôle du commissaire (article 166 du Code des sociétés). Ce droit implique l'accès à certaines informations, en substance celles qui permettent de vérifier la régularité des comptes et la conformité au Code des sociétés des opérations dont le résultat figure dans les comptes. Enfin, les actionnaires ont le droit de poser, lors de l'assemblée générale, ou par écrit avant celle-ci, des questions « au sujet [du rapport des administrateurs] ou des points portés à l'ordre du jour » (article 540, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés) ; les administrateurs doivent en principe leur apporter une réponse.

(18) On envisage ici les règles applicables aux sociétés anonymes, dont les principes sont toutefois applicables également aux autres types de sociétés. Pour faciliter la lecture, nous nous référons aux notions d'administrateur et d'actionnaire pour désigner respectivement tout membre de l'organe de gestion ou détenteur de titres d'une société, sans considération de la forme de cette dernière.

(19) Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, 2004, pp. 831-836 ; Y. DE CORDT et G. PARISIS, « La preuve et l'information dans la vie des sociétés : principes généraux », in *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Larcier, 2010, pp. 72-74 ; M. FYON, « Portée, limites et sanctions des droits subjectifs des actionnaires à l'obtention de certaines informations spécifiquement définies par le législateur », in *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Larcier, 2010, pp. 228-231.

En matière de droit à l'information, la décision phare est l'arrêt *Barco*⁽²⁰⁾, par lequel la cour d'appel de Gand a critiqué la décision de l'assemblée générale de refuser à des actionnaires « contestataires » le droit de continuer à poser des questions aux administrateurs, même si ces questions portaient sur la politique générale de la société. Cette décision a certes été critiquée⁽²¹⁾, mais l'intéressant pour notre propos est surtout que les questions portaient sur le type de produits fabriqués par la société, et sur la catégorie de clients auxquels ils étaient destinés et donc vendus, en l'espèce l'industrie de l'armement. Si l'on imagine le même genre de discussion lors de l'assemblée générale d'une société dont l'objet est l'exercice de l'activité d'avocat, avec des actionnaires non-membres de la profession, le risque d'atteinte au secret professionnel est patent.

Il nous semble cependant que le Code des sociétés permet déjà, dans sa rédaction actuelle, d'éviter toute atteinte à cette valeur fondamentale de la profession.

Tout d'abord, la plupart des informations qui doivent être transmises aux actionnaires relèvent de la sphère comptable et financière, et non des activités opérationnelles de la société. Il s'agit de permettre aux actionnaires de connaître les résultats réalisés par la société, d'apprécier le rendement de leur investissement et de prendre, en connaissance de cause, les décisions qui relèvent de l'assemblée générale, en particulier la nomination ou le renouvellement des mandats des administrateurs et la distribution de dividendes. Sauf exception, rien n'oblige à divulguer le nom des clients de la société, encore moins à révéler les informations sensibles que ces clients auraient confiées à la société, et pas davantage à publier les informations confidentielles (au sens large du terme) qui permettent le bon fonctionnement de la société dans sa vie quotidienne (pour le dire simplement : le *know-how*). Ceci est indépendant de toute forme d'exception aux règles générales de l'information des actionnaires : ces informations ne doivent pas être transmises aux actionnaires simplement parce qu'elles ne les concernent pas, qu'elles servent à la « réalisation de l'objet social » confiée à l'organe de gestion. Soulignons encore que, sous l'empire des règles actuelles, un grand nombre de ces informations financières doivent être publiées, même dans les sociétés ne regroupant

(20) Gand, 18 avril 2002, *T.R.V.*, 2002, p. 258, *R.D.C.*, 2002, p. 733.

(21) Par exemple, F. DE BAUW, « Étendue et finalité du droit de poser des questions aux administrateurs », *R.D.C.*, 2002, pp. 734-737. Approuvent au contraire la décision J. MALHERBE *et al.*, *op. cit.*, pp. 739-741.

que des avocats, sans que cela ne pose de problème pratique au regard du secret professionnel.

Comme l'a démontré l'affaire *Barco*, le risque véritable provient plutôt des questions qui pourraient être posées lors de l'assemblée générale. Dans ce cadre, et en imaginant une société exerçant l'activité d'avocat, on ne peut exclure que certains actionnaires puissent, sans abuser de leur droit, poser des questions dont la réponse serait couverte par le secret professionnel. Les actionnaires pourraient, par exemple, pour tenter d'évaluer le niveau futur des activités de la société, demander le nom des clients défendus ou conseillés, ou chercher à connaître les dossiers (importants, donc potentiellement sensibles) dans lesquels la société intervient.

Dans ce type d'hypothèse, la loi prévoit que les administrateurs ne doivent répondre aux questions que « dans la mesure où la communication de données ou de faits n'est pas de nature à porter préjudice aux intérêts commerciaux de la société ou aux engagements de confidentialité souscrits par la société ou ses administrateurs » (article 540, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés). Le terme « engagements » montre que cette disposition est surtout conçue pour permettre aux administrateurs de respecter les conventions de confidentialité (*non disclosure agreements*) fréquemment conclues dans la vie des affaires. Mais ce terme n'exclut pas les obligations de confidentialité qui résultent de la loi (pénale), comme le secret professionnel de l'avocat (article 458 du Code pénal). Une interprétation *a fortiori* incluant ces obligations est justifiée : si le Code donne priorité aux engagements contractuels de confidentialité sur l'information des actionnaires, il accorde forcément (au moins) la même priorité à la loi pénale. De plus, le secret professionnel n'est pas seulement une obligation légale et déontologique, mais *aussi* une obligation contractuelle de l'avocat envers son client⁽²²⁾.

Quoique cela ne soit pas nécessaire, on pourrait songer à renforcer cette obligation de respect du secret professionnel de l'avocat à l'égard des actionnaires non-avocats par une clause statutaire qui définirait de manière plus précise, ou plus rigoureuse, des exceptions à l'information des actionnaires. C'est que le droit des sociétés n'est, en règle, pas d'ordre public, et que tant la société que ses administrateurs ou actionnaires sont liés par les statuts ; de sorte qu'en principe, rien ne s'oppose à ce que les statuts limitent les droits qu'à défaut de clause statutaire, la loi accorde aux actionnaires.

(22) D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 1435.

Bien entendu, ce raisonnement implique que les membres non-avocats de la société ne soient pas administrateurs. Il serait très délicat de restreindre le droit des administrateurs à l'information la plus complète sur les affaires de la société, ne serait-ce que pour qu'ils puissent exercer correctement leur tâche. On ne pourrait priver les administrateurs de certaines informations qu'en aménageant corrélativement leur régime de responsabilité, ce qui ne serait certes pas impossible, mais impliquerait des aménagements plus conséquents du droit des sociétés.

III. Indépendance et révocabilité des administrateurs

L'indépendance de l'avocat constitue une troisième valeur fondamentale de la profession. Comme le rappelle le Code de déontologie des avocats européens, l'avocat est tenu par un devoir d'« indépendance absolue », exempt de toute pression qui pourrait résulter, notamment, de ses propres intérêts ou d'influences extérieures. Compte tenu de l'attention qui doit être accordée à l'intérêt du client, il incombe ainsi à l'avocat d'éviter toute atteinte à son indépendance, en veillant à ne pas s'écarter des règles déontologiques pour satisfaire aux attentes de tiers⁽²³⁾. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Wouters*, l'avocat général Léger souligne le caractère essentiel de l'indépendance comme garantie d'un pouvoir judiciaire efficient, de telle sorte que l'« avocat a l'obligation de ne pas s'engager dans des affaires ou des collaborations qui risquent de la compromettre »⁽²⁴⁾.

(23) Voy. article 2.1. de la Charte des principes essentiels de l'avocat européen et du code de déontologie des avocats européens, 2010, <http://www.ccbe.eu>. L'exigence d'indépendance de l'avocat est mise en évidence par l'article 437, 4°, du Code judiciaire dans le cadre des incompatibilités de la profession avec d'autres activités.

(24) Concl. présentées par l'avocat général M. Philippe Léger le 10 juillet 2001, aff. C-309/99, *Rec.*, 2002, p. I-1631, point 181 ; voy. C.J.C.E., 19 février 2002, *Wouters*, aff. -309/99, p. I-1689, point 102 : « [L'avocat] doit offrir (...) la garantie que toutes les initiatives qu'il prend dans un dossier le sont en considération de l'intérêt exclusif du client ». Voy. également, la recommandation Rec(2000)21 du Comité des ministres aux États membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat, adoptée le 25 octobre 2000, où est précisée « la nécessité d'un système judiciaire équitable garantissant l'indépendance des avocats dans l'exercice de leur profession sans restriction injustifiée et sans être l'objet d'influences, d'incitations, de pressions, de menaces ou d'interventions indues, directes ou indirectes, de la part de qui que ce soit ou pour quelque raison que ce soit ». Pour une analyse plus détaillée, voy. B. FAVREAU, « Le devoir d'indépendance », in *L'avocat dans le droit européen*, IDHAE, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 7-23.

La participation de tiers dans le capital de sociétés d'avocats ouvre inévitablement le débat de sa compatibilité avec l'exigence d'indépendance. Le pouvoir des actionnaires d'exercer, en assemblée générale, une influence déterminante sur la nomination et la révocation des membres de l'organe de gestion fait redouter que les investisseurs tiers fassent peser sur les avocats administrateurs une pression axée principalement sur le rendement. Motivés par la crainte de mettre en péril leur mandat de gestion, ces avocats pourraient alors être tentés de sacrifier leur indépendance pour satisfaire à la volonté d'un actionnariat libre de toute contrainte déontologique⁽²⁵⁾.

Dans ce cadre, le Code des sociétés impose à l'administrateur (qu'il soit avocat ou non) de s'émanciper des seules attentes de l'actionnariat pour orienter sa gestion dans un sens conforme à l'intérêt social, sous peine d'engager sa responsabilité (article 527 du Code des sociétés). La notion d'intérêt social faisant l'objet d'interprétations fort divergentes, il est toutefois malaisé d'en saisir le véritable contenu. S'il paraît difficilement contestable que l'intérêt du client entre dans l'appréciation de l'intérêt social, cette dernière notion couvre un champ plus large d'intérêts parmi lesquels se retrouve également celui de l'actionnaire⁽²⁶⁾. En outre, la nature contractuelle de la faute résultant d'une atteinte à l'intérêt social a pour conséquence que seule la société est, en principe, autorisée — à travers l'actionnariat — à introduire une action contre l'un de ses administrateurs⁽²⁷⁾. Les actionnaires disposent ainsi d'un rôle privilégié en matière de responsabilité des administrateurs pour faute de gestion, ce qui n'est pas nécessairement de nature à favoriser la protection des tiers (et donc des clients), qui n'ont généralement d'autre choix que de recourir au droit commun de la responsabilité professionnelle⁽²⁸⁾.

(25) Voy. en ce sens, notamment, la position du C.C.B.E. sur les cabinets détenus par des non-avocats, juin 2005, p. 5, <http://www.ccbe.eu>.

(26) Voy. sur cette question, F. MAGNUS, « Appréciation des contours de l'intérêt social : Regard critique à travers les enseignements tirés des notions d'"intérêt de groupe" et d'"avantages anormaux ou bénévoles" », *R.P.S.*, 2011, pp. 324-400.

(27) En effet, la faute de gestion visée par le Code des sociétés consiste en un manquement dans l'exécution du mandat conclu entre l'administrateur et la société. Pour une analyse détaillée du régime de responsabilité pour faute de gestion, voy. J. MALHERBE *et al.*, *op. cit.*, pp. 653-661 ; F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 527 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2012, 37 p.

(28) Voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 701-727 ; C. MELOTTE, « La responsabilité professionnelle des avocats », in *Responsabilité — Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, t. II, l. 28bis, 2005, pp. 7-46.

D'autres mécanismes du droit des sociétés méritent également d'être brièvement analysés à l'aune de la problématique de l'indépendance de l'avocat. L'on pense ici tout particulièrement au recours à l'administrateur indépendant et à la réglementation sur les conflits d'intérêts.

Le Code des sociétés connaît, en son article 526^{ter} (propre aux sociétés anonymes cotées au sens de l'article 4 du Code des sociétés), la notion d'« administrateur indépendant ». À travers cette disposition, le Code énumère neuf critères qui doivent être respectés pour permettre à un administrateur de se prévaloir de cette qualité. L'administrateur indépendant est, dans ce cadre, un administrateur qui se distingue par une indépendance de jugement accrue, dont la fonction essentielle consiste à surveiller (de l'intérieur) les activités du conseil d'administration tout en étant étranger à la gestion quotidienne de la société⁽²⁹⁾. L'indépendance de l'avocat et celle de l'administrateur indépendant tendent à répondre à des préoccupations différentes (l'intérêt du client, d'une part, le bon fonctionnement de l'organe de gestion, d'autre part). De la sorte, le contenu de l'article 526^{ter} du Code des sociétés ne paraît pas adapté à servir de balise pour l'appréciation de l'indépendance d'un avocat. Mais il démontre, s'il en était encore besoin, que le conseil d'administration doit prendre en compte d'autres intérêts que ceux des seuls actionnaires.

Le devoir d'indépendance impose, par ailleurs, à l'avocat de prévenir et d'éviter les conflits d'intérêts⁽³⁰⁾. Or l'ouverture du capital aux tiers est de nature à mettre l'avocat dans une situation délicate dans l'hypothèse où il serait confronté à l'influence d'investisseurs ayant des intérêts divergents de ceux de sa clientèle. À cet égard, le Code des sociétés prévoit une réglementation propre aux conflits d'intérêts pour certaines formes de sociétés⁽³¹⁾. Le régime organisé vise, toutefois, l'opposition d'intérêts de nature patrimoniale susceptible de se présenter entre un administrateur et la société elle-même, à l'exclusion de toute autre situation⁽³²⁾. Ici encore, il apparaît donc que le seul recours au Code des socié-

(29) Pour un examen plus complet de cette disposition, voy. F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526^{ter} C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2012, 23 p.

(30) Pour un examen de cette obligation et de ses implications au sein de différentes branches juridiques, voy. *L'avocat et les conflits d'intérêts*, Limal, Anthemis, 2011, 194 p.

(31) Voy. articles 259, 523 et 524^{ter} du Code des sociétés. Pour une analyse détaillée de ce régime, voy. J. MALHERBE *et al.*, *op. cit.*, pp. 633-641.

(32) Sous réserve de l'article 524 du Code des sociétés visant les conflits d'intérêts intragroupes.

tés ne permet pas de trouver une solution satisfaisante au maintien de l'indépendance de l'avocat.

Face à ce constat, l'on peut s'interroger quant à l'opportunité de mettre en place des mécanismes légaux visant à réduire le risque d'impact négatif que pourrait avoir l'ouverture du capital aux tiers sur l'indépendance de l'avocat⁽³³⁾. À la lecture des mesures mises en œuvre à cet égard par certaines législations étrangères⁽³⁴⁾, trois approches se dégagent.

Une *interdiction totale* de toute intervention de tiers dans le capital est prévue, sous réserve de certaines nuances, en Autriche et au Luxembourg ; ces États imposent la détention de l'intégralité des titres exclusivement par des avocats⁽³⁵⁾.

D'autres États autorisent une *participation minoritaire* des tiers. Le seuil de cette participation varie sensiblement selon la législation concernée. À titre d'exemple, l'apport de capital externe est autorisé à concurrence d'un maximum de 10 % au Danemark, de 25 % en Espagne ou de 49 % en Écosse⁽³⁶⁾.

D'autres, enfin, admettent l'*ouverture de l'intégralité du capital* à des non-avocats. À cet égard, la réglementation du Royaume-Uni relative aux Alternative Business Structures (en abrégé « ABS ») en constitue sans conteste l'un des exemples les plus marquants. Malgré cette approche particulièrement favorable aux capitaux externes, le législateur britannique a instauré diverses obligations visant à tempérer l'influence des tiers investisseurs au sein de ces structures. Ainsi, la constitution d'une ABS est subordonnée à l'homologation par une autorité ayant, notamment, pour mission de vérifier la conformité des services juridiques à fournir par l'ABS avec les règles déontologiques, et de soumettre les associés à un test d'aptitude et d'intégrité. Par ailleurs, la législation pré-

(33) Voy. à cet égard, R. NIEUWDORP, « Extern kapitaal : negeren of reglementeren ? », in *Justitie : vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Bruxelles, Limal, la Chartre-Anthemis, 2013, pp. 440-455.

(34) En effet, le caractère primordial de l'indépendance de l'avocat est communément partagé par les barreaux du monde ; B. FAVREAU, *op. cit.*, p. 10.

(35) Voy. pour l'Autriche, J.-P. BUYLE, « La participation de tiers dans les sociétés d'avocats : nouvelle forme de gestion patrimoniale ou nouvelles sources de financement des cabinets ? », in *La société professionnelle d'avocats*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 67-70 ; et pour le Luxembourg, M. THEWES, « L'exercice de la profession d'avocat sous forme de société », *J.T. lux.*, 2012, pp. 2-3.

(36) M. LAURANS, « Le capital externe en Angleterre et au Pays de Galles : L'expérience des ABS », in *La justice : enjeux et perspectives de demain*, Bruxelles-Limal, la Chartre-Anthemis, 2013, p. 462.

voit également des mécanismes de supervision du fonctionnement de l'ABS et de protection de l'intérêt des clients, ainsi que des sanctions disciplinaires permettant de responsabiliser les non-avocats⁽³⁷⁾.

Outre la question de l'étendue de la participation des non-avocats, des réflexions méritent également d'être menées quant aux catégories de personnes susceptibles de rentrer dans le champ des « tiers » dont l'ouverture du capital pourrait être autorisée. En effet, certains tiers peuvent en apparence — compte tenu de leur familiarisation aux règles déontologiques — présenter un moindre risque d'atteinte à l'indépendance de l'avocat. Sensible à cet argument, le droit français autorise ainsi l'accès à une minorité du capital au profit i) d'avocats exerçant leur activité dans une autre société, ii) d'anciens avocats, iii) d'ayants droit d'avocats et iv) de personnes qui exercent une profession juridique réglementée (tels que les notaires ou les huissiers)⁽³⁸⁾. Cette approche souligne la méfiance du législateur français à l'encontre des étrangers à la profession ou du moins au monde juridique.

Pour revenir à la question de la forme sociale, on pourrait aussi imaginer que la participation des tiers ne soit autorisée que dans des sociétés permettant une certaine « stabilité » de l'organe de gestion, à l'inverse de la société anonyme, qui connaît la règle de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs. On peut en effet supposer que les pressions des actionnaires sur les responsables de la gestion seront d'autant moindres qu'ils ne peuvent pas (ou difficilement) les révoquer. Dans ce cadre, la société en commandite par actions (composée de commandités avocats-gérants et dont des non-avocats pourraient être commanditaires) ne serait-elle pas, contrairement à l'opinion jusqu'ici majoritaire, une forme intéressante de société d'avocats ? L'obligation de nommer les gérants par voie statutaire (article 658 du Code des sociétés) leur droit de veto aux assemblées générales (article 659 du Code des sociétés), ainsi que la sanction de la responsabilité illimitée des commanditaires qui s'immiscent dans la gestion (article 656 du Code des sociétés), constituent autant d'éléments ayant pour effet de renforcer l'indépendance de l'organe de gestion.

(37) Voy. *ibidem*, pp. 466-472 ; J.-P. BUYLE, *op. cit.*, pp. 75-81 ; J.-F. BELLIS, « L'ouverture du capital des sociétés d'avocats à des tiers non-avocats : quelques éléments de réflexion préliminaires au regard du droit de la concurrence », in *Confraternité et concurrence — À la recherche d'une déontologie inspirée*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 69-70, et annexe « Report of the Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales ».

(38) Voy. M. RINGLÉ, « Le financement des cabinets d'avocats : la détention des capitaux par des tiers, situation au regard du droit positif français », 2006, <http://www.fbe.org> ; J.-P. BUYLE, *op. cit.*, pp. 70-73.

Mais l'indépendance de l'avocat n'est-elle pas avant tout un état d'esprit, qui lui est personnel et lié à sa propre conscience ? Cette indépendance dépend, dès lors, d'éléments propres à chaque situation. Il nous paraît donc que réglementer la participation des tiers en limitant abstractivement leur pourcentage de l'actionnariat peut difficilement, en soi, garantir de manière efficace le respect du devoir d'indépendance⁽³⁹⁾. En effet, si le maintien d'une majorité d'avocats aux assemblées générales (ou un droit de veto accordé à ceux-ci) peut donner à penser que les règles déontologiques seront mieux mises en valeur, il demeure que des actionnaires minoritaires peuvent également disposer d'un pouvoir d'influence non négligeable au moyen, notamment, d'ententes contractuelles ou de l'action minoritaire. Par ailleurs, on peut douter de l'opportunité d'exclure systématiquement certaines catégories de tiers au motif qu'elles ne sont pas concernées par la profession d'avocat. Une telle conception paraît supposer que l'avocat (ou d'autres juristes) disposent par nature d'un sens moral plus prononcé, ce qui est difficilement défendable.

Conclusion

L'expérience britannique démontre que des mesures peuvent être mises en œuvre afin de sensibiliser les tiers investisseurs aux règles déontologiques de la profession. Si une intervention législative devait être introduite, il serait avant tout opportun de prévoir des règles visant à favoriser un tel objectif.

Enfin, l'on peut se demander s'il ne convient pas de relativiser quelque peu l'impact de l'ouverture du capital aux tiers sur l'indépendance de l'avocat. L'avocat n'est-il pas déjà parfois confronté à des situations qui peuvent, de prime abord, remettre en cause son indépendance ? L'on pense ici, notamment, à l'avocat dont le chiffre d'affaires dépend principalement d'un seul client ou de celui dont l'activité est en grande partie financée au moyen d'emprunts. Ce second exemple rend aussi imaginable que le dispensateur de crédit cherche à obtenir des informations sur les activités de l'avocat, ce qui pourrait conduire à des violations du secret professionnel. De ce point de vue, la situation n'est pas très différente de celle d'un investisseur en capital ; dans les deux cas, le secret professionnel doit prévaloir sur les éventuelles obligations d'information.

(39) Voy. en ce sens, M. BIANCI DELLA PORTA et E. PHILIPPIN, « Pratique du métier d'avocat en société de capitaux », *GesKR*, 2010, p. 28.