

Affaire C-295/23

Renvoi préjudiciel

Date de dépôt :

9 mai 2023

Juridiction de renvoi :

Bayerischer Anwaltsgerichtshof (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

20 avril 2023

Partie requérante :

Halmer Rechtsanwaltsgesellschaft UG

Partie défenderesse :

Rechtsanwaltskammer München

[OMISSIS]

BAYERISCHER ANWALTSGERICHTSHOF

Dans le litige opposant

Halmer Rechtsanwaltsgesellschaft UG, [OMISSIS] Rohrdorf

– partie requérante –

[OMISSIS]

contre

Rechtsanwaltskammer München, [OMISSIS]

– partie défenderesse –

[OMISSIS]

FR

Parties intervenantes :

Ad 1. SIVE Beratung und Beteiligung GmbH, [OMISSIS] Vienne, Autriche

Ad 2. M^e Daniel Halmer, [OMISSIS] Rohrdorf

[OMISSIS]

ayant pour objet une radiation du barreau

le 20 avril 2023, la 4^e chambre du Bayerischer Anwaltsgerichtshof (conseil disciplinaire des avocats de Bavière, Allemagne ; ci-après la « juridiction de renvoi ») [OMISSIS] a rendu

la présente ordonnance :

1. Il est sursis à statuer.
2. La Cour de justice de l'Union européenne est saisie, conformément à l'article 267 TFUE, des questions préjudicielles suivantes :
 - 2.1 L'obligation, prévue par la législation d'un État membre, de radier du barreau une société d'avocats est-elle constitutive d'une restriction inadmissible au droit à la libre circulation des capitaux au sens de l'article 63, paragraphe 1, TFUE lorsque
 - 2.1.1 une part sociale de la société d'avocats est transférée à une personne qui ne remplit pas les exigences professionnelles particulières liées à l'acquisition d'une part sociale selon le droit de l'État membre ? Selon ces exigences, une part sociale dans une société d'avocats ne peut être acquise que par un avocat ou un autre membre d'un barreau, un avocat-conseil en brevets, un conseiller fiscal, un mandataire fiscal, un commissaire aux comptes ou un expert-comptable assermenté, par un membre de la profession d'avocat d'un autre État qui est autorisé à exercer l'activité de conseil juridique sur le territoire national, ou par un avocat-conseil en brevets, un conseiller fiscal, un mandataire fiscal, un commissaire aux comptes ou un expert-comptable assermenté d'un autre État qui est autorisé à exercer cette activité sur le territoire national, ou par un médecin ou un pharmacien,
 - 2.1.2 un associé remplit certes les exigences particulières visées au point 2.1.1., mais n'exerce pas d'activité professionnelle dans la société d'avocats ?
 - 2.1.3 en raison de la cession d'une ou plusieurs parts sociales ou des droits de vote, la majorité de celles-ci n'appartient plus aux avocats ?

- 2.2 Le fait qu'un associé qui n'est pas habilité à exercer une profession au sens du point 2.1.1. n'a pas de droit de vote est-il constitutif d'une restriction inadmissible au droit à la libre circulation des capitaux au sens de l'article 63, paragraphe 1, TFUE, alors que les statuts de la société contiennent des clauses visant à protéger l'indépendance des avocats et de l'activité d'avocat de la société, en garantissant que la société est exclusivement représentée par des avocats en tant que directeurs ou fondés de pouvoir, qu'il est interdit aux associés et à l'assemblée des associés d'exercer une influence sur la gestion de la société au moyen d'instructions ou indirectement par la menace de préjudices, que les décisions des associés qui enfreignent ces dispositions sont privées d'effet et que l'obligation de secret professionnel des avocats est étendue aux associés et aux personnes mandatées par ceux-ci ?
- 2.3 Les restrictions mentionnées aux points 2.1. et 2.2. remplissent-elles les conditions prévues à l'article 15, paragraphe 3, sous a) à c), de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 (JO L 376/36 du 27.12.2006 ; ci-après la « directive sur les services ») pour être qualifiées d'atteintes admissibles à la libre prestation de services ?
- 2.4 Au cas où, selon la Cour de justice, le droit de la requérante à la libre circulation des capitaux (points 2.1. et 2.2.) ne serait pas affecté et qu'il n'y aurait pas de violation de la directive sur les services (point 2.3) :

Les restrictions mentionnées aux points 2.1. et 2.2. violent-elles le droit de la partie intervenante 1 (S-GmbH) à la liberté d'établissement au sens de l'article 49 TFUE ?

Motivation

A. Objet et faits du litige au principal

I. Objet du litige

- 1 La procédure a pour objet la légalité de la radiation du barreau d'une société d'avocats.
- 2 Selon le droit allemand, c'est la défenderesse qui est compétente pour les décisions relatives à l'inscription au barreau et à la radiation. La requérante a été créée à l'origine en tant que société d'entrepreneurs conformément à l'article 5a du Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (loi sur les sociétés à responsabilité limitée ; ci-après la « GmbHG ») (ce qui correspond à une société de capitaux avec un capital social inférieur à celui requis pour une société à responsabilité limitée). L'unique associé et gérant de la société était la

partie intervenante 2, qui était habilité à exercer la profession d'avocat. Cette société a été inscrite à un barreau en Allemagne par la défenderesse. Les statuts de la société ont été modifiés ultérieurement. 51 % des parts sociales ont été cédés à la partie intervenante 1, une société à responsabilité limitée de droit autrichien (GmbH). Cette société n'est autorisée à fournir des conseils juridiques ni en Allemagne ni en Autriche. En raison de la vente de 51 % des parts sociales à cette société à responsabilité limitée, la défenderesse a radié du barreau la société d'avocats (la requérante). C'est contre cette décision qu'est dirigé le recours de la société d'avocats dans l'affaire au principal. Celle-ci s'estime lésée dans ses droits découlant des articles 63 et 49 TFUE ainsi que de l'article 15 de la directive sur les services.

- 3 L'appréciation de la légalité de la radiation est régie par la Bundesrechtsanwaltsordnung (règlement fédéral sur le statut des avocats) dans sa version en vigueur jusqu'au 31 juillet 2022 [ci-après la «BRAO (ancienne version) »]. En vertu de ces dispositions, les sociétés de capitaux peuvent certes être admises au barreau en tant que société d'avocats. Pour cela, il faut toutefois que les associés soient exclusivement des avocats ou des professionnels assimilés et que les associés exercent une activité professionnelle dans la société d'avocats. Dans la mesure où un associé n'exerce pas son activité professionnelle, il n'a pas de droit de vote.

II. Les faits

- 4 La requérante est une société d'avocats ayant la forme d'une Unternehmergeellschaft (société d'entrepreneurs) à responsabilité limitée. La société d'entrepreneurs est une société de capitaux à laquelle s'appliquent les règles de la société à responsabilité limitée (GmbHG), mais dont le capital social minimum est inférieur au montant de 25.000 € normalement prévu. Le gérant et associé unique de cette société était à l'origine la partie intervenante 2. La société a été créée par contrat du 30 janvier 2020, inscrite au registre du commerce de l'Amtsgericht Traunstein (tribunal de district de Traunstein, Allemagne) le 16 juillet 2020 et inscrite au barreau le 6 août 2020 par une décision de la défenderesse du 28 juillet 2020. Elle a son siège à [OMISSIS] Höhenmoos (Haute-Bavière).
- 5 Par contrat de cession du 31 mars 2021, 51 des 100 parts sociales ont été cédées par la partie intervenante 2 à la partie intervenante 1, une société à responsabilité limitée de droit autrichien. Parallèlement, les statuts de la société d'entrepreneurs ont été modifiés afin de permettre la cession de parts sociales à une société de capitaux non inscrite au barreau et de garantir l'indépendance de la gestion, qui reste réservée aux avocats inscrits au barreau. Les dispositions pertinentes des statuts sont désormais libellées comme suit :

« Article 2 – Objet de la société

(1) La société a pour objet le traitement d'affaires juridiques de tiers, y compris le conseil juridique, en assumant des missions d'avocat qui ne sont exécutées que par des avocats inscrits au barreau et affectés au service de la société, de manière indépendante, sans être soumis à des instructions et sous leur propre responsabilité, dans le respect des réglementations régissant leur profession. La société crée à cet effet les conditions nécessaires en termes de personnel, de matériel et de locaux et effectue les opérations qui y sont liées ; elle souscrit notamment une assurance responsabilité civile professionnelle prescrite par les réglementations régissant la profession d'avocat.

(2) La société ne doit pas contrevenir aux prescriptions et interdictions en vigueur du Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) ainsi qu'aux autres réglementations régissant la profession d'avocat, elle ne doit notamment pas entraver la liberté d'exercice de la profession des avocats travaillant pour elle. La société n'est autorisée à faire de la publicité que dans les limites fixées par la réglementation régissant la profession d'avocat. La société n'est pas autorisée à exercer des activités commerciales et bancaires ainsi que toute autre activité à caractère industriel.

(...)

Article 8 – Transfert de parts sociales

La cession de parts sociales et de parties de parts sociales n'est valable qu'avec l'accord écrit de l'assemblée des associés. L'accord est donné par une décision des associés qui requiert une majorité de 75 % des voix ayant droit de vote.

Article 9 – Gestion et représentation

(1) Les affaires de la société sont gérées de manière responsable exclusivement par des avocats, conformément à la loi, aux règles professionnelles applicables et aux présents statuts. La société a un ou plusieurs gérants. La société dispose à son siège d'un cabinet dans lequel travaille, sous sa responsabilité, au moins un avocat gérant, pour lequel le cabinet constitue le centre de son activité.

(2) Si un seul gérant est désigné, il représente seul la société. Si plusieurs gérants sont nommés, la société est représentée par deux gérants en commun ou par un gérant ensemble avec un fondé de pouvoir.

(...)

(4) Les gérants exercent leur profession d'avocat de manière indépendante et sous leur propre responsabilité. Les influences exercées par les associés,

l'assemblée des associés ou d'autres gérants sur l'exercice de la profession des gérants, par exemple au moyen d'instructions, de liens contractuels ou de la menace ou de l'infliction de préjudices (par exemple la révocation en vertu de l'article 46, point 5, GmbHG ou les mesures au sens de l'article 46, point 6, GmbHG), sont à cet égard interdites. Cela vaut en particulier en ce qui concerne l'acceptation concrète, le refus et la gestion d'un mandat de la société. En outre, les gérants ne doivent pas être empêchés par les associés, l'assemblée des associés ou les autres gérants d'exercer à tout moment leur profession d'avocat conformément à leurs obligations professionnelles [notamment en vertu du BRAO et de la Berufsordnung für Rechtsanwälte (code de déontologie des avocats ; ci-après le « code de déontologie »)]. La révocation d'un gérant requiert, sauf en cas de révocation pour motif grave, une décision unanime des associés. Les associés s'engagent – même s'ils ne sont pas eux-mêmes inscrits au barreau – à toujours agir, dans l'exercice de leurs droits d'associés, de manière à ce que leur propre comportement, ainsi que celui de la société qui en résulte, soit conforme à la réglementation relative à profession d'avocat (en particulier au BRAO et au code de déontologie). Les gérants conseillent les associés sur les questions découlant de la réglementation régissant la profession d'avocat.

(5) Seuls des avocats peuvent être nommés fondés de pouvoir et agents d'affaires. Le paragraphe 4 s'applique mutatis mutandis aux fondés de pouvoir et aux agents d'affaires ; le pouvoir d'instruction que les gérants tirent d'une relation de travail ou d'un mandat vis-à-vis du fondé de pouvoir ou de l'agent d'affaires n'est pas affecté.

Article 11 – Prise de décision

(1) Les décisions des associés sont prises à la majorité simple, à moins que la loi ou les présents statuts ne prévoient une autre majorité. Chaque part sociale donne droit à une voix. Les décisions qui contreviennent à l'article 9, paragraphe 4 ou 5, sont irrecevables.

(...)

Article 13 – Exercice du droit d'information et de consultation au sens de l'article 51a GmbHG

Les gérants, fondés de pouvoir et agents d'affaires sont tenus de respecter leur obligation de secret professionnel d'avocat dans la mesure du possible également vis-à-vis de l'assemblée des associés et de tout associé avec lequel ils ne collaborent pas à titre professionnel et qui n'est pas lui-même soumis à une obligation de secret professionnel sanctionnée pénalement. Dans la mesure où un associé demande à consulter des documents ou à obtenir des informations sur des faits soumis au secret professionnel de l'avocat, il doit se faire représenter par une personne soumise par la loi au secret professionnel (par exemple un avocat, un conseiller fiscal, un

commissaire aux comptes), y compris à son égard. En ce qui concerne la consultation ou les informations relatives à des faits soumis au secret professionnel de l'avocat, les associés sont eux-mêmes directement et immédiatement tenus au secret professionnel par ce contrat de société, conformément à l'article 203, paragraphe 4, deuxième phrase, point 1, du code pénal. Dans tous les cas, avant que l'associé ne puisse prendre directement connaissance lui-même, par consultation ou obtention de renseignements, de faits soumis au secret professionnel de l'avocat, il doit lui-même se soumettre au secret professionnel par le gérant compétent, conformément à l'article 203, paragraphe 4, deuxième phrase, point 1, du code pénal. Par dérogation à l'article 51a, paragraphe 2, deuxième phrase, GmbHG, le refus d'information ou de consultation ne nécessite pas de décision de l'associé.

Article 17 – Modifications des statuts ; dissolution ; obligation d'information

(1) Les décisions relatives aux modifications des présents statuts et à la dissolution de la société ne sont valables que si elles sont prises à la majorité de 75 % des voix exprimées lors d'une assemblée des associés dûment convoquée et réunissant le quorum. Les modifications de l'article 9, paragraphes 4 et 5, et de l'article 13 des présents statuts requièrent l'unanimité.

(2) Toute modification des statuts, des associés ou dans la personne ayant le pouvoir de représentation, toute décision relative au droit de représentation individuelle des gérants ainsi que la création ou la dissolution de succursales doivent être immédiatement signalées au barreau compétent, accompagnée des justificatifs nécessaires.

- 6 La modification des statuts et la cession des parts sociales ont été inscrites le 06 avril 2021 au registre du commerce du tribunal de district de Traunstein.
- 7 Par lettres du 9 avril 2021 et du 9 mai 2021, la requérante a informé la défenderesse de la modification des statuts et de la cession de 51 des 100 parts sociales à la partie intervenante 1.
- 8 Par lettre du 19 mai 2021, la défenderesse a informé la requérante que la cession des parts sociales à la partie intervenante 1 était interdite en vertu des articles 59e et 59a BRAO (ancienne version) et que, par conséquent, l'inscription au barreau de la requérante devait être radiée si la cession des parts sociales était maintenue.
- 9 Par lettre du 26 mai 2021, la requérante a informé la défenderesse qu'il convenait de maintenir la cession des parts sociales. Elle a demandé qu'une décision soit prise.
- 10 Le 1^{er} juillet 2021, le comité directeur de la défenderesse a pris la décision de radier la requérante. Par décision du 9 novembre 2021, la requérante a été radiée. La décision est fondée sur l'article 59h, paragraphe 3, première phrase, lu en

combinaison avec l'article 56^e, paragraphe 1, première phrase, BRAO (ancienne version). Selon ces dispositions, il n'est pas permis de céder une part sociale à une personne qui n'est pas un professionnel au sens de l'article 59a BRAO (ancienne version) ou qui n'est pas un médecin ou un pharmacien. Cela n'est pas constitutif d'une violation des libertés fondamentales au sens des articles 49 et 63 TFUE ou de l'article 15 de la directive sur les services, puisque l'article 25, paragraphe 1, deuxième phrase, sous a), de la directive sur les services autorise des restrictions correspondantes pour les professions réglementées. Par ailleurs, la défenderesse est liée par les articles 59h et 59e BRAO (ancienne version), sans disposer à cet égard d'une compétence d'examen et de rejet des normes. La décision a été notifiée à la requérante le 11 novembre 2021.

- 11 C'est contre cette décision qu'est dirigé le recours du 26 novembre 2021, déposé le même jour auprès du Bayerischer Anwaltsgerichtshof (conseil disciplinaire des avocats de Bavière, Allemagne ; ci-après la « juridiction de renvoi »). Par son recours, la requérante fait valoir que sa radiation a violé ses droits. Certes, la radiation est conforme aux articles 59h, paragraphe 3, première phrase, et 59e, paragraphe 1, première phrase, BRAO (ancienne version), puisque la partie intervenante 1 n'exerce aucune des professions visées à l'article 59a BRAO (ancienne version). La décision est néanmoins illégale, car ces dispositions sont contraires au droit constitutionnel de rang supérieur et au droit de l'Union de rang supérieur – qui seul importe en l'espèce et doit être examiné en priorité. En particulier, la radiation violerait le droit de la requérante à la libre circulation des capitaux (article 63, paragraphe 1, TFUE), le droit de la partie intervenante 1 à la liberté d'établissement (articles 49 et 54 TFUE), les droits de la requérante découlant de l'article 15 de la directive sur les services et les droits que la requérante et les parties intervenantes tirent des articles 15 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. La requérante suggère que la juridiction de renvoi saisisse la Cour d'une demande de décision préjudicielle en application de l'article 267 TFUE.
- 12 La défenderesse a contesté ce point. Une demande de décision préjudicielle serait irrecevable, car il s'agit d'une affaire artificielle. La requérante n'a pas exercé elle-même d'activité d'avocat. Compte tenu du montant du capital social de 100 €, on ne peut pas non plus s'attendre à ce que cela soit le cas. L'intervention n'est pas recevable, car la partie intervenante n'est pas liée par la réglementation allemande régissant la profession d'avocat. Le champ de protection de libre circulation des capitaux n'est pas concerné. La requérante ne peut pas se prévaloir de la liberté d'établissement, car il s'agit d'une situation purement nationale. Par ailleurs, les restrictions prévues aux articles 59h, 59a, 59c à 59f, BRAO (ancienne version) seraient justifiées par l'article 65 TFUE et l'article 15, paragraphe 2, sous c), et paragraphe 3, de la directive sur les services.
- 13 [OMISSIS – ne concerne que la procédure allemande]

III. Le cadre juridique national

- 14 En droit allemand, l'activité d'avocat requiert une inscription au barreau (article 4 BRAO). Sont admises au barreau les personnes physiques qui disposent des qualifications requises pour être juge. L'admission au barreau est refusée si le demandeur est en situation de faillite ou si, pour d'autres raisons, il existe des doutes quant à sa capacité à exercer son activité en tant qu'autorité judiciaire indépendante (article 7 BRAO).
- 15 Outre les personnes physiques, les sociétés et les associations de personnes peuvent également être autorisées à exercer la profession en commun. Pour les sociétés d'avocats, le droit en vigueur au moment de la radiation, qui est déterminant pour l'appréciation dans le cas présent, prévoyait des restrictions importantes [article 59a et suivants BRAO (ancienne version)], qui sont encore partiellement en vigueur. Conformément à l'article 59a BRAO (ancienne version), l'exercice en commun de la profession n'est autorisé qu'aux personnes mentionnées au point 2.1.1 des questions préjudicielles. L'extension aux médecins et aux pharmaciens repose sur une décision du Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale, Allemagne ; ci-après la « Cour constitutionnelle ») (BVerfG arrêt du 12 janvier 2016, BVerfGE 141, 82), par laquelle l'article 59a BRAO (ancienne version) a été complété. L'article 59c BRAO (ancienne version) autorise en outre l'exercice de la profession d'avocat par des sociétés d'avocats sous forme de sociétés de capitaux. Conformément à l'article 59e, paragraphe 1, BRAO (ancienne version), seuls les avocats et les professionnels au sens du point 1.1.1. des questions préjudicielles peuvent être des associés d'une telle société d'avocats. Conformément à l'article 59e, paragraphe 1, deuxième phrase, BRAO (ancienne version), il est en outre nécessaire que ceux-ci exercent une activité professionnelle au sein de la société d'avocats. Enfin, les personnes qui ne peuvent pas exercer leur profession conformément au point 1.1.1. des questions préjudicielles n'ont pas de droit de vote. Si la société d'avocats ne remplit pas ces exigences, sa demande d'inscription au barreau doit être refusée conformément à l'article 59d BRAO (ancienne version). Si les conditions ne sont plus remplies ultérieurement, l'inscription de la société d'avocats doit être révoquée [article 59h BRAO (ancienne version)]. Le barreau compétent en la matière ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation à cet égard.
- 16 Les dispositions pertinentes sont libellées comme suit :

Article 59e BRAO (ancienne version) :

« Article 59e – Les associés

(1) Seuls les avocats et les membres des professions mentionnées à l'article 59a, paragraphe 1, première phrase, et paragraphe 2, peuvent être des associés d'une société d'avocats. Ils doivent exercer une activité professionnelle dans la société d'avocats. L'article 59a, paragraphe 1, phrases 3 et 4, et l'article 172a sont applicables mutatis mutandis.

- (2) *La majorité des parts sociales et des droits de vote doivent être détenus par des avocats.* Dans la mesure où les associés ne sont pas autorisés à exercer l'une des professions mentionnées à l'alinéa 1, première phrase, ils n'ont pas de droit de vote.
- (3) Les parts dans la société d'avocats ne doivent pas être détenues pour le compte de tiers et les tiers ne doivent pas participer aux bénéfices de la société d'avocats.
- (4) Les associés ne peuvent donner procuration pour l'exercice des droits d'associés qu'à des associés disposant du droit de vote et appartenant à la même profession ou qui sont des avocats. »
- 17 [OMISSIS] [concerne le cas, non pertinent en l'espèce, de la participation d'un avocat-conseil en brevets à une société d'avocats].
- 18 L'article 59a BRAO (ancienne version) était libellé comme suit :
- « (1) Les avocats peuvent s'associer avec des membres d'un barreau et de l'ordre des avocats-conseils en brevets, avec des conseillers fiscaux, des mandataires fiscaux, des commissaires aux comptes et des experts-comptables assermentés pour exercer en commun leur profession dans le cadre de leurs propres compétences professionnelles. [OMISSIS] [détails non pertinents]
- (2) Les avocats peuvent également exercer leur profession en commun :
1. avec des membres de la profession d'avocat d'autres États qui, conformément à la loi sur l'activité des avocats européens en Allemagne ou à l'article 206, sont autorisés à s'établir conformément au champ d'application de cette loi et ont leur cabinet à l'étranger,
 2. avec des avocats-conseils en brevets, des conseillers fiscaux, des mandataires fiscaux, des commissaires aux comptes ou des experts-comptables assermentés d'autres États exerçant une profession équivalente, en termes de formation et de compétences, aux professions visées par la Patentanwaltsordnung (règlement sur les avocats-conseils en brevets), le Steuerberatungsgesetz (loi relative à la profession de conseiller fiscal) ou la Wirtschaftsprüferordnung (règlement relatif à la profession de commissaire aux comptes) et qui peuvent exercer leur profession en commun avec des avocats-conseils en brevets, des conseillers fiscaux, des mandataires fiscaux, des commissaires aux comptes ou des experts-comptables assermentés conformément au champ d'application de la présente loi. »
- 19 [OMISSIS] [nouvelle référence à la décision de la Cour constitutionnelle déjà citée au point 15 ci-dessus concernant les médecins et les pharmaciens].

20 L'article 59f BRAO (ancienne version) contient les dispositions suivantes pour garantir l'indépendance de la direction d'une société d'avocats :

« (1) La société d'avocats doit être gérée de manière responsable par des avocats. Les gérants doivent être majoritairement des avocats.

(2) Seules les personnes autorisées à exercer une profession mentionnée à l'article 59e, paragraphe 1, première phrase, peuvent être gérants.

(3) Le paragraphe 1, deuxième phrase, et le paragraphe 2 s'appliquent mutatis mutandis aux fondés de pouvoir et aux agents d'affaires pour l'ensemble de l'entreprise.

(4) L'indépendance des avocats qui sont gérants ou mandatés conformément au paragraphe 3 doit être garantie dans l'exercice de leur profession d'avocat. Les influences exercées par les associés, notamment par le biais d'instructions ou de liens contractuels, sont interdites. »

21 L'article 59h, paragraphe 3, BRAO (ancienne version) dispose :

« (3) L'inscription au barreau doit être révoquée si la société d'avocats ne remplit plus les conditions prévues aux articles 59c, 59e, 59f, 59i et 59j, à moins que la société d'avocats ne se mette en conformité avec la loi dans un délai raisonnable à fixer par le barreau. [OMISSIS] [détails non pertinents] »

22 À partir du 1^{er} août 2022, les dispositions limitant l'inscription au barreau d'une société d'avocats en application des articles 59a, 59e à 59h BRAO (ancienne version) ont été remplacées par les articles 59b à 59h BRAO. Les nouvelles dispositions étendent certes la possibilité de collaboration professionnelle des avocats à toutes les professions mentionnées à l'article 1, paragraphe 2, du Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (loi allemande sur les sociétés partenaires ; ci-après le « PartGG ») et permettent la création de sociétés d'exercice libéral à plusieurs niveaux, mais maintiennent par ailleurs l'interdiction de participation de tiers ainsi que l'exigence d'une activité [au sein de la société]. Les dispositions applicables sont rédigées comme suit :

23 Article 59b – Sociétés d'exercice libéral

« (1) Les avocats peuvent s'associer pour exercer en commun leur profession au sein de sociétés d'exercice libéral. Pour exercer leur profession, ils peuvent également s'organiser en sociétés d'exercice libéral dont ils sont l'unique associé.

(2) En vue de l'exercice en commun de la profession en République fédérale d'Allemagne, les sociétés d'exercice libéral peuvent revêtir les formes juridiques suivantes :

1. sociétés de droit allemand, y compris les sociétés commerciales,

2. sociétés européennes et
3. sociétés autorisées par le droit
 - a) d'un État membre de l'Union européenne ;
 - b) d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

[OMISSIS] [cas particulier sans pertinence en l'espèce] »

24 Article 59c – Sociétés d'exercice libéral avec des membres d'autres professions

« (1) Les avocats sont également autorisés à s'associer, pour l'exercice en commun de la profession dans une société d'exercice en application de l'article 59b,

1. avec des membres d'un ordre des avocats, des membres de l'ordre des avocats-conseils en brevets, des conseillers fiscaux, des mandataires fiscaux, des commissaires aux comptes et des experts-comptables assermentés,

2. avec des membres de la profession d'avocat d'autres États qui, en vertu de la loi sur l'activité des avocats européens en Allemagne ou de l'article 206, sont autorisés à s'établir dans le cadre du champ d'application de cette loi,

3. avec des avocats-conseils en brevets, des conseillers fiscaux, des mandataires fiscaux, des commissaires aux comptes et des experts-comptables assermentés d'autres États qui, en vertu de la Patentanwaltsordnung (règlement sur les avocats-conseils en brevets), la Steuerberatungsgesetz (loi relative à la profession de conseiller fiscal) ou la Wirtschaftsprüferordnung (règlement relatif à la profession de commissaire aux comptes), peuvent exercer leur profession en commun avec des avocats-conseils en brevets, des conseillers fiscaux, des mandataires fiscaux, des commissaires aux comptes et des experts-comptables assermentés relevant du champ d'application de cette loi,

4. avec des personnes exerçant au sein de la société d'exercice libéral une profession libérale au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, du PartGG, à moins que cette association ne soit incompatible avec la profession d'avocat, notamment avec sa position d'autorité judiciaire indépendante, ou qu'elle puisse mettre en péril la confiance en son indépendance.

Une association au sens de la première phrase du point 4 peut notamment être exclue si l'autre personne présente un motif qui, dans le cas d'un avocat, conduirait à un refus d'admission au barreau selon l'article 7.

(2) L'objet social de la société d'exercice libéral visée au paragraphe 1 est le conseil et la représentation en matière juridique. En outre, il est possible

d'exercer une profession autre que celle d'avocat. Les articles 59d à 59q ne s'appliquent qu'aux sociétés d'exercice libéral qui visent à exercer la profession d'avocat. »

25 Article 59d – Obligations professionnelles en cas de collaboration professionnelle

« (1) Les associés qui sont membres d'une profession visée à l'article 59c, paragraphe 1, première phrase, doivent, dans le cadre de leur activité pour la société d'exercice libéral, respecter les obligations des avocats actifs dans la société d'exercice libéral ainsi que celles de la société d'exercice libéral, telles que définies dans la présente loi et dans le code de déontologie visé à l'article 59a. Ils sont notamment tenus de préserver l'indépendance des avocats actifs dans la société d'exercice libéral ainsi que celle de la société d'exercice libéral.

(2) Les associés qui sont membres d'une profession mentionnée à l'article 59c, paragraphe 1, première phrase, sont tenus au secret professionnel. Cette obligation porte sur tout ce dont ils ont eu connaissance dans le cadre de leur activité pour la société d'exercice libéral en rapport avec le conseil et la représentation en matière juridique. L'article 43a, paragraphe 2, troisième phrase, s'applique mutatis mutandis.

(3) Les dispositions relatives aux interdictions d'exercer une activité visées à l'article 43a, paragraphe 4, phrases 2 à 6, s'appliquent mutatis mutandis aux associés qui sont membres d'une profession visée à l'article 59c, paragraphe 1, première phrase.

(4) Les avocats ne peuvent pas exercer leur profession avec d'autres personnes si celles-ci manquent gravement ou de manière répétée aux obligations définies dans la présente loi ou dans le code de déontologie visé à l'article 59a.

(5) Le contrat de société doit prévoir l'exclusion des associés qui enfreignent de manière grave ou répétée les obligations définies dans la présente loi ou dans le code de déontologie visé à l'article 59a. »

26 Article 59e – Obligations professionnelles de la société d'exercice libéral

« (1) (...) »

(2) La société d'exercice libéral doit garantir par des mesures appropriées que les manquements à la déontologie de la profession sont détectés à un stade précoce et qu'il y est mis fin. Si des personnes appartenant à l'une des professions visées à l'article 59c, paragraphe 1, première phrase, font partie de la société d'exercice libéral, des dispositions appropriées du contrat de société doivent garantir que la société d'exercice libéral peut veiller à l'accomplissement des obligations professionnelles.

(3) Si des professions autres que celle d’avocat sont également exercées au sein de la société d’exercice libéral, les alinéas 1 et 2 ne s’appliquent que dans la mesure où il existe un lien avec le conseil et la représentation en matière juridique.

(4) La responsabilité professionnelle personnelle des associés, des membres des organes et des autres collaborateurs de la société d’exercice libéral reste inchangée. »

27 Article 59h – Extinction, retrait et révocation de l’inscription au barreau ; administrateur de la dissolution

« (...)

(3) L’inscription au barreau doit être révoquée si la société d’exercice libéral

1. ne remplit plus les conditions prévues aux articles 59b, 59c, paragraphe 1, à l’article 59d, paragraphe 5, aux articles 59i, 59j, 59n ou à l’article 59o, à moins qu’elle ne rétablisse une situation conforme aux dispositions précitées dans un délai raisonnable à fixer par l’ordre des avocats,

[OMISSIS] [autres cas de révocation non pertinents] »

28 L’interdiction de la participation de tiers continue toutefois de s’appliquer sous une forme modifiée :

Article 59i – Structure des associés et du capital des sociétés d’exercice libéral

« (1) Les sociétés d’exercice libéral inscrites au barreau peuvent être des associés d’une société d’exercice libéral. Dans les cas visés par la phrase 1, le respect des conditions légales à remplir par les associés ou les membres de la direction dépend de la situation des associés et de la direction de la société d’exercice libéral concernée. [OMISSIS] [non pertinent en l’espèce]

(2) La cession de parts sociales doit être soumise à l’approbation de l’assemblée des associés. Dans les sociétés anonymes ou les sociétés en commandite par actions, les actions sont nominatives.

(3) Les parts dans la société d’exercice libéral ne peuvent pas être détenues pour le compte de tiers. Les tiers ne peuvent pas participer aux bénéfices de la société d’exercice libéral.

(4) Dans la mesure où les associés ne remplissent pas les conditions de l’article 59c, paragraphe 1, ils n’ont pas de droit de vote.

(5) Les associés ne peuvent mandater, pour l’exercice des droits d’associés, que des associés ayant le droit de vote. »

- 29 Enfin, la nouvelle version du BRAO contient également des dispositions visant à protéger l'indépendance des gérants et des représentants :

Article 59j – Organes de gestion ; Organes de surveillance

« (1) Seuls les avocats ou les membres de l'une des professions visées à l'article 59c, paragraphe 1, première phrase, peuvent être membres de l'organe de gestion ou de surveillance d'une société d'exercice libéral inscrite au barreau. Les règles de cogestion ne sont pas affectées. Dans le cadre des conseils et de la représentation en matière juridique, les instructions données aux avocats par des personnes qui ne sont pas des avocats sont interdites.

(2) La nomination à un organe de direction ou de surveillance est exclue si l'une des conditions de refus prévues à l'article 7 est remplie ou si la personne concernée a fait l'objet d'une des mesures visées à l'alinéa 5, troisième phrase.

(3) L'organe de gestion de la société d'exercice libéral doit comprendre des avocats en nombre suffisant pour être habilités à représenter la société.

(4) Les membres d'un organe de gestion et de surveillance sont tenus de veiller au respect de la réglementation applicable à la profession au sein de la société d'exercice libéral.

(5) Pour les membres de l'organe de direction et de surveillance de la société d'exercice libéral qui ne sont pas des associés, les obligations professionnelles visées à l'article 59d, paragraphes 1 à 3, s'appliquent mutatis mutandis. [OMISSIS] [détails non pertinents]

(6) L'indépendance des avocats qui font partie de l'organe de gestion des sociétés d'exercice libéral ou qui assurent d'une autre manière la représentation de la société d'exercice libéral doit être garantie dans l'exercice de leur profession d'avocat. Les influences exercées par les associés, notamment au moyen d'instructions ou de liens contractuels, ne sont pas autorisées.

(7) Les alinéas 1, 5 et 6 s'appliquent mutatis mutandis aux fondés de pouvoir et aux mandataires commerciaux pour l'ensemble de l'activité commerciale. »

- 30 Du fait de la modification des statuts et de la cession de 51 % des parts sociales de la société d'entrepreneurs à la partie intervenante 1, il existe plusieurs motifs de radiation en vertu du droit allemand :

- La société d'avocats a maintenant un associé qui n'exerce pas d'activité au sens de l'article 59a BRAO (ancienne version) [violation

de l'article 59e, paragraphe 1, première phrase, BRAO (ancienne version)].

- En conséquence, la partie intervenante 1 ne peut pas non plus exercer d'activité professionnelle pour la société d'avocats [violation de l'article 59e, paragraphe 1, deuxième phrase, BRAO (ancienne version)].
- La majorité des parts sociales et des droits de vote n'est plus détenue par des avocats [violation de l'article 59e, paragraphe 2, première phrase, BRAO (ancienne version)].

- 31 Par conséquent, le droit allemand exigeait impérativement de radier la requérante.
- 32 Outre les restrictions concernant les associés potentiels, le droit allemand prévoit également des exigences en matière de gestion qui visent à garantir que la société d'avocats répond aux exigences de la réglementation applicable à la profession. Conformément à l'article 59f, paragraphe 1, BRAO (ancienne version), la société d'avocats doit être dirigée de manière responsable par des avocats. Les gérants doivent être majoritairement des avocats. Les statuts de la requérante répondent à ces exigences.
- 33 Conformément à l'article 59f, paragraphe 4, BRAO (ancienne version), l'indépendance des avocats qui sont gérants ou mandatés, doit être garantie par la société dans l'exercice de leur profession d'avocat. Toute influence des associés, notamment au moyen d'instructions ou de liens contractuels, est interdite. Cette disposition complète et limite les compétences attribuées aux associés en vertu de l'article 46 GmbHG. Conformément à l'article 46, points 5 et 7, GmbHG, l'assemblée des associés doit se prononcer sur la nomination et la révocation des gérants et des fondés de pouvoir. Conformément à l'article 46, point 6, GmbHG, les associés doivent se prononcer sur les mesures de contrôle et de surveillance de la gestion. Ce dernier point peut être concrétisé et limité par une disposition statutaire. La requérante a fait usage de cette possibilité en insérant à l'article 9 des statuts des dispositions complémentaires visant à limiter les pouvoirs des associés et à garantir l'indépendance des gérants. De plus, l'article 11 des statuts stipule que les décisions qui ne respectent pas les exigences de l'article 9 des statuts sont irrecevables et donc sans effet en droit allemand.
- 34 L'article 33 du code de déontologie prévoit que chaque avocat doit garantir que les règles du code de déontologie sont également respectées par la société pour laquelle il travaille. Les droits et obligations prévus par le code de déontologie s'appliquent mutatis mutandis à la société pour laquelle l'avocat exerce son activité, conformément à cette disposition. L'article 51a GmbHG prévoit que les gérants sont tenus de fournir immédiatement aux associés, à leur demande, des informations sur les affaires de la société et de leur permettre de consulter les comptes et autres documents. Ce droit à l'information ne peut pas être exclu par le contrat de société.

- 35 Conformément à l'article 203, paragraphe 1, points 1 et 3, du code pénal allemand, l'avocat est tenu au secret professionnel pour les faits dont il a connaissance en raison de son activité professionnelle. Toutefois, conformément à l'article 203, paragraphe 3, du code pénal, il peut communiquer des secrets professionnels aux personnes avec lesquelles il collabore à titre professionnel ou dans le cadre d'une fonction publique, dans la mesure où cela est nécessaire à l'activité de ces personnes.
- 36 Conformément à l'article 14, paragraphe 1, points 1 et 2, du code pénal, les personnes agissant en tant qu'organe habilité à représenter une personne morale, en tant que membre d'un tel organe ou en tant qu'associé habilité à représenter une société de personnes ayant la capacité juridique, sont tenues de la même manière que le professionnel (c'est-à-dire la société) lui-même. Enfin, l'article 5, point 7, du code pénal stipule que le droit pénal s'applique également aux actes commis à l'étranger et visant à violer des secrets industriels ou commerciaux, indépendamment du droit du lieu où l'acte a été commis.
- 37 Pour les personnes soumises au secret professionnel, la protection est complétée par un droit de refuser de témoigner (voir article 53 du code de procédure pénale) et une interdiction de saisie correspondante (voir article 97 du code de procédure pénale). Les statuts de la requérante contiennent des dispositions supplémentaires qui complètent et étendent l'obligation de secret professionnel des avocats dans leurs relations avec les associés. Ces restrictions sont compatibles avec l'article 51a, paragraphe 2, deuxième phrase, GmbHG.

B. Questions préjudicielles et pertinence

I. Cadre juridique de l'Union

1. Existence d'une situation transfrontalière

- 38 Il n'est pas nécessaire de déterminer si la question de la contrariété, avec la liberté fondamentale relative à la libre circulation des capitaux au sens de l'article 63 TFUE, des dispositions nationales pertinentes relatives à inscription au barreau des sociétés d'avocats requiert de constater l'existence d'une situation transfrontalière ; en effet, une telle situation existe parce qu'une société à responsabilité limitée de droit autrichien ayant son siège en Autriche souhaite prendre une participation dans la requérante sur le territoire allemand en acquérant des parts sociales de celle-ci. La requérante invoque en outre le fait que les dispositions restrictives des articles 59e, 59a et 59h BRAO (ancienne version) violent les droits qu'elle tire de l'article 15 de la directive sur les services. À cet égard, il suffit qu'il y ait également une situation de fait purement nationale (arrêt du 30 janvier 2018, X et Visser, C-360/15 et C-31/16, EU:C:2018:44).

2. Restriction à la libre circulation des capitaux

- 39 Le droit relatif à la libre circulation des capitaux au sens de l'article 63 TFUE protège la requérante, une société à responsabilité limitée ayant la forme d'une société d'entrepreneurs, en tant que personne morale de droit privé ; en effet, tant les personnes physiques que les personnes morales de droit privé relèvent du champ de protection de cette disposition [OMISSIS] [référence à la doctrine].
- 40 La notion de libre circulation des capitaux englobe toutes les transactions portant sur des capitaux en espèces ou en nature qui ne sont pas directement soumis à la circulation des marchandises ou des services. L'acquisition de parts sociales dans une personne morale de droit privé relève également de ces transactions. Une part de société constitue un actif au sens de l'article 63 TFUE. Le champ de protection de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, en tant que droit prioritaire, n'est concerné que si l'acquéreur a l'intention d'assurer son influence sur une entreprise par la transaction. Les critères à cet égard sont notamment le volume des parts sociales à acquérir et la structure du contrat de société [OMISSIS] [référence à la doctrine] ; (arrêt du 20 septembre 2018, EV, C-685/16, EU:C:2018:743). Selon ces critères, le droit de la requérante à la libre circulation des capitaux est restreint. Certes, 51 parts sociales sur 100 doivent être transférées à la partie intervenante 1. Celle-ci obtient ainsi une participation majoritaire. Les statuts garantissent toutefois que la partie intervenante 1 ne peut néanmoins pas exercer d'influence dominante sur la requérante. La révocation des gérants requiert une décision unanime. Seuls des avocats peuvent être désignés comme gérants ou autres personnes habilitées à représenter la requérante. Il est interdit aux associés d'exercer une influence sur la direction en lui donnant des instructions, en la liant contractuellement ou en la menaçant ou en lui faisant subir des préjudices. En particulier, les associés ne doivent pas exercer d'influence sur l'acceptation concrète, le refus et la gestion d'un mandat par la société. On ne peut pas non plus menacer de révocation un gérant ou y procéder dans le but d'influencer ou de sanctionner l'exercice de la profession par le gérant. À cet égard, les statuts limitent en outre les pouvoirs de l'assemblée des associés. Les résolutions qui ne respectent pas cette obligation sont irrecevables. À cet égard, les statuts sont conformes à l'article 59f, paragraphe 4, BRAO (ancienne version), et le complètent, lequel garantit que l'indépendance des avocats qui, en tant que gérants ou en vertu des statuts, sont habilités à agir au nom de la société est assurée dans l'exercice de la profession d'avocat. Les influences des associés, notamment au moyen d'instructions ou de liens contractuels, ne sont pas autorisées à cet égard.
- 41 De l'avis de la juridiction de renvoi, la considération de la défenderesse selon laquelle l'intervenante 1 pourrait empêcher la prise de décision en ne prenant pas part à l'assemblée des associés ne justifie pas non plus une conclusion différente. Les statuts garantissent que les représentants juridiques de la requérante exercent leur activité de manière indépendante. Dans cette mesure, ni les instructions des associés ni les décisions des associés ne peuvent affecter leur activité. Dans ce cas, le fait qu'un associé majoritaire obtienne une décision allant dans son sens en

votant positivement ou l'empêche en ne siégeant pas ne peut jouer aucun rôle. Ce qui reste déterminant, c'est que les statuts interdisent aux associés d'exercer une influence sur l'activité commerciale de la société.

3. Des doutes subsistent quant à la compatibilité des restrictions prévues par les articles 59a, 59e à h BRAO (ancienne version) avec le droit fondamental relatif à la libre circulation au sens de l'article 63 TFUE

- 42 Les articles 59e, 59a, 59h BRAO (ancienne version) restreignent le droit de la requérante à la libre circulation des capitaux. Ces dispositions s'opposent à la vente de parts sociales dans une société d'avocats à des tiers. Une vente de parts sociales n'est possible que si l'acquéreur est un professionnel au sens de l'article 59a BRAO (ancienne version), s'il opère pour la société en cette qualité et si la majorité des parts sociales et des droits de vote reste entre les mains des avocats. Conformément à l'article 59e, paragraphe 2, deuxième phrase, BRAO (ancienne version), un associé qui n'est pas autorisé à exercer une profession au sens de l'article 59a BRAO (ancienne version) n'a pas de droit de vote. Ces dispositions portent atteinte à la situation juridique de la requérante. La partie intervenante 1 ne remplit pas les conditions prévues à l'article 59a BRAO (ancienne version). Conformément à l'article 59h BRAO (ancienne version), la défenderesse devait donc révoquer l'inscription de la requérante au barreau en raison de la cession de parts à la partie intervenante 1. De ce fait, la requérante ne peut plus remplir son objet social tel que défini par les statuts. En outre, la réglementation affecte également la possibilité de vendre des parts sociales, car un acquéreur qui ne peut pas exercer une profession au sens de l'article 59a BRAO (ancienne version) n'a d'emblée pas de droit de vote. Enfin, l'inscription au barreau de la requérante devait également être révoquée parce que, en raison de la vente de parts sociales à l'intervenante 1, la condition de majorité prévue à l'article 59e, paragraphe 2, BRAO (ancienne version) n'est pas respectée. Ces dispositions n'interdisent certes pas directement la vente de parts sociales à des personnes étrangères à la profession. Pour qu'il y ait atteinte au droit à la libre circulation des capitaux, il suffit toutefois que la législation nationale attache à l'acquisition de parts sociales des inconvénients de nature à dissuader un investisseur non résident d'acquérir des parts d'une société de capitaux (arrêt du 17 septembre 2009, Glaxo Wellcome, C-182/08, EU:C:2009:559). Certes, le droit allemand ne s'oppose pas à la vente de parts sociales de la requérante à un investisseur à l'étranger. Mais il y attache l'inconvénient consistant à ce que l'inscription au barreau de la société d'avocats doit être révoquée, de sorte que celle-ci ne peut plus exercer dans son domaine professionnel. En outre, l'investisseur étranger n'a a priori pas de droit de vote dans la mesure où il n'exerce pas une profession au sens de l'article 59a BRAO (ancienne version).
- 43 La juridiction de renvoi doute que cette atteinte à la libre circulation des capitaux puisse être justifiée par l'article 65 TFUE. En vertu de l'article 65, paragraphe 2, TFUE, les réglementations des États membres visant à maintenir l'ordre et la sécurité publics sont certes autorisées [OMISSIS] [référence à la doctrine].

L'indépendance du conseil juridique, le respect du principe de transparence et la garantie du secret professionnel sont reconnus par la Cour comme des objectifs d'ordre public et de sécurité publique pouvant justifier une restriction à la libre circulation des capitaux (arrêt du 2 décembre 2010, *Jakubowska*, C-225/09, EU:C:2010:729). La Cour ne s'est toutefois pas encore prononcée sur le point de savoir si les restrictions à la participation à une société d'avocats, telles que celles prévues aux articles 59a, 59e, 59h BRAO (ancienne version), sont proportionnelles à la réalisation de ces objectifs. La Cour a posé à cet égard les conditions générales suivantes (voir arrêt du 21 avril 2005, *Commission/Grèce*, C-140/03, EU:C:2005:242 point 34) :

« Une mesure nationale qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, des libertés fondamentales garanties par le traité peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (voir, notamment, arrêt *Kraus*, précité, point 32). »

- 44 Selon cet arrêt, il ne suffit pas de constater que les mesures nationales sont en principe propres à atteindre l'objectif d'intérêt général qu'elles poursuivent. Il convient de constater en outre que les restrictions litigieuses ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé. Il existe des doutes quant à la question de savoir si les restrictions prévues aux articles 59a, 59e et 59h BRAO (ancienne version) sont nécessaires pour garantir l'indépendance de l'avocat. Les auteurs suivants considèrent ces dispositions comme contraires au droit européen [OMISSIS] [références à la doctrine].
- 45 Selon la juridiction de renvoi, ces doutes pourraient être justifiés. L'indépendance de l'activité d'avocat des gérants et des mandataires de la société est garantie par les statuts. L'article 59f, paragraphe 4, BRAO (ancienne version) interdit aux associés d'exercer une influence sur l'activité de conseil juridique de l'avocat, y compris l'acceptation ou le refus d'un mandat. L'indépendance de la direction peut être garantie en plus par des dispositions dans les statuts. Les statuts de la requérante contiennent de telles dispositions. Les barreaux peuvent subordonner l'admission d'une société d'avocats à la présence de dispositions appropriées dans ses statuts. Si les statuts sont modifiés ultérieurement et que la protection de l'indépendance de l'activité d'avocat est ainsi réduite ou supprimée, l'admission au barreau peut également être révoquée conformément à l'article 59h BRAO (ancienne version).
- 46 On peut se demander si l'exclusion générale des tiers qui n'exercent pas une profession au sens de l'article 59a BRAO (ancienne version) est nécessaire pour garantir l'indépendance des avocats. La réglementation vise à ce que les avocats ne soient pas économiquement dépendants, dans l'exercice de leur profession pour la société d'avocats, d'associés qui mettent un capital important à la disposition de la société. La défenderesse indique à cet égard que les investisseurs financiers

présentent des risques particuliers. L'activité d'avocat doit servir l'intérêt général. Les professionnels n'agissent pas en premier lieu en fonction de la maximisation des bénéfices. En revanche, l'action des acteurs du marché vise exclusivement à dégager des bénéfices. Ils ne seraient pas intéressés à assumer pleinement la responsabilité d'un service universel. Cela vaut tout particulièrement pour les investisseurs financiers, qu'il s'agisse de capital-investissement ou de capital-risque. Ceux-ci seraient intéressés par l'acquisition d'une influence sur la direction de l'entreprise à un stade précoce, afin d'obtenir un rendement proportionnel au risque élevé en vendant ultérieurement leur participation. Il n'est donc pas contestable que le législateur ait voulu interdire cette forme de financement d'une société d'avocats.

- 47 La juridiction de renvoi part provisoirement du principe que l'interdiction de la participation de tiers est un moyen approprié pour empêcher l'influence des investisseurs financiers sur les activités opérationnelles de la société d'avocats. Toutefois, des doutes subsistent quant à la nécessité de cette interdiction. En particulier, comme nous le verrons plus loin, des dispositions institutionnelles prises par le législateur et le contrat de société permettent également d'éviter une influence correspondante des associés sur l'activité d'avocat de la société. Il appartient alors à l'investisseur financier de décider s'il souhaite prendre une participation dans une telle société, bien qu'une influence sur la gestion, telle qu'elle est habituellement accordée, lui soit dans ce cas refusée, ou s'il opte pour un autre investissement.
- 48 Le risque qu'un associé ou un investisseur exerce une influence sur la gestion de la société ne dépend pas du fait qu'un associé exerce une profession au sens de l'article 59a BRAO (ancienne version). La dépendance économique des avocats peut se produire de la même manière lorsqu'un professionnel au sens de l'article 59a BRAO (ancienne version) met un capital important à la disposition de la société, indépendamment de la mesure dans laquelle il exerce son activité professionnelle pour la société. La disposition ne protège pas non plus contre le fait qu'un avocat soit économiquement dépendant d'un investisseur externe ou d'un client important. Dans ces cas également, la décision d'accepter un mandat ainsi que les conditions dans lesquelles celui-ci doit être exécuté peuvent être influencées par des considérations économiques de la même manière que si des attentes de rendement correspondantes étaient imposées aux professionnels par un investisseur financier. Contrairement à ce qui se passe pour les associés, il n'est toutefois pas possible de protéger les professionnels de toute influence, via le droit des sociétés ou des dispositions similaires protégeant l'indépendance.
- 49 Les dispositions statutaires qui empêchent les associés d'exercer une influence directe sur la gestion s'avèrent être un moyen efficace de garantir l'indépendance des avocats. En revanche, il n'est pas possible d'établir un lien direct entre la composition du groupe des associés et l'indépendance des gérants et des personnes habilitées à agir au nom de la société. Au moins lorsque les dispositions légales visant à garantir l'indépendance des avocats sont renforcées par des dispositions statutaires, comme en l'espèce, qui protègent l'indépendance des

gérants et de leurs représentants et ont pour conséquence que les associés ne peuvent pas intervenir dans les affaires opérationnelles, il n'apparaît pas clairement que des tiers puissent porter atteinte à l'indépendance du conseil juridique dans une mesure plus large que les professionnels d'une société d'avocats. En outre, les statuts prévoient également des dispositions relatives à la protection de la confidentialité qui vont au-delà de ce que le législateur a jugé nécessaire dans la nouvelle version du BRAO en relation avec la possibilité pour la société d'avocats de passer à une société d'exercice libéral. Les restrictions plus larges concernant l'acquisition de parts sociales d'une société d'avocats par des tiers ne devraient donc pas être proportionnées, du moins au sens strict du terme. Le barreau peut subordonner l'admission en son sein à la présence dans les statuts d'éléments renforçant l'indépendance en cas de participation de tiers.

- 50 Il est certes vrai que la défenderesse explique que le rapport de tension entre l'article 37 GmbHG et l'article 59f, paragraphe 4, BRAO (ancienne version) n'a pas encore été définitivement clarifié par la jurisprudence. Cela n'exclut toutefois pas que le droit des associés de donner des instructions conformément à l'article 37 GmbHG soit compris de manière restrictive et que l'indépendance de l'activité d'avocat soit ainsi garantie si, selon la Cour, l'interdiction de la participation de tiers n'est pas compatible avec la libre circulation des capitaux. Ce point de vue n'est toutefois pas non plus déterminant en l'espèce pour la décision de la Cour, car la requérante prévoit dans ses statuts des dispositions allant au-delà de l'exigence de l'article 59f, paragraphe 4, BRAO (ancienne version), par lesquelles l'indépendance de la gestion par les avocats est préservée. Ces dispositions statutaires devant être prises en compte en priorité, il n'importe donc pas en l'espèce de savoir s'il existe un risque que les associés puissent porter atteinte à l'indépendance de la gestion en raison de leur droit de donner des instructions prévu à l'article 37 GmbHG, en violation de l'article 59f, paragraphe 4, BRAO (ancienne version). Il peut certes y avoir des investisseurs financiers, comme l'explique la défenderesse, pour lesquels l'objectif de l'investissement ne peut être atteint que s'ils peuvent s'assurer, par des possibilités d'influence correspondantes, que la gestion par les avocats ne traite que des mandats rentables. Or, pour ce cercle de personnes, une société constituée comme la requérante n'est pas intéressante du point de vue économique. Par ailleurs, les avocats poursuivent également des objectifs économiques en tant qu'associés.
- 51 La défenderesse fait valoir qu'il ne lui est pas possible de vérifier le respect de la garantie d'indépendance prévue à l'article 59f, paragraphe 4, BRAO (ancienne version). Sur ce point, il faut admettre que l'article 33 du code de déontologie fixe des exigences en matière de comportement découlant de la réglementation relative à la profession, qui s'adressent également aux autres membres de la société d'avocats, mais qu'aucune exigence ne peut en être déduite pour les statuts d'une société d'avocats. Il devrait toutefois en être autrement pour l'article 59f, paragraphe 4, BRAO (ancienne version). La garantie d'indépendance de l'activité d'avocat et de la gestion prévue dans cette disposition s'applique également, comme le montre la position de la disposition dans l'économie de la loi, à la constitution (statuts) de la société d'avocats. Selon la structure du groupe des

associés, le système financier et le modèle économique de la société, il est tout à fait possible d'en déduire des exigences concrètes pour la rédaction des statuts, qui s'appliquent en particulier aux tiers qui n'exercent pas d'activité de gestion dans la société. Les statuts de la requérante contiennent de telles dispositions, nécessaires du point de vue de la juridiction de renvoi. En conséquence, l'article 59e BRAO prévoit également expressément que, pour les sociétés d'exercice libéral, le barreau doit vérifier si les statuts garantissent que les professionnels peuvent remplir leurs obligations professionnelles.

- 52 Le principe de proportionnalité du droit de l'Union n'autorise les atteintes aux libertés fondamentales prévues par le traité que si les restrictions visent, de manière cohérente et systématique, un objectif reconnu d'ordre public ou d'intérêt général. Les restrictions doivent être non discriminatoires, justifiées par des motifs impérieux d'intérêt général, propres à garantir la réalisation des objectifs poursuivis et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi (arrêt du 28 juillet 2016, Tomášová, C-168/15, EU:C:2016:602 ; [OMISSIS] [référence à la doctrine]).
- 53 De ce point de vue également, des doutes subsistent quant au point de savoir si les articles 59a, 59e, 59h, BRAO (ancienne version) contiennent une restriction cohérente et systématique pour préserver l'indépendance de l'activité d'avocat et la bonne administration de la justice. L'objectif de la loi est de garantir l'indépendance de l'activité d'avocat en excluant la participation dans la société de personnes ayant des intérêts purement économiques, en ne permettant qu'aux personnes liées par la déontologie de devenir membres de la société et en les obligeant à travailler dans la société. Ceci est complété par l'obligation que les avocats détiennent la majorité des parts sociales et des droits de vote et que le droit de vote des associés qui ne peuvent pas exercer leur activité conformément à l'article 59a BRAO (ancienne version) est suspendu. La défenderesse ajoute à cet égard que l'activité des professionnels au sens de l'article 59a, paragraphe 1, BRAO (ancienne version) n'est pas comparable à l'activité et aux intérêts d'un investisseur financier. En raison de l'exigence d'opérer au sein de la société, les dangers particuliers résultant d'une participation purement financière pour l'indépendance de l'activité d'avocat devraient être évités. En principe, la limitation du cercle des associés a certes pour conséquence que les tiers qui ne remplissent pas ces critères ne peuvent pas exercer d'influence sur la société en tant qu'associés. Cette restriction ne satisfait toutefois pas au principe de cohérence si les associés qui remplissent les exigences prévues à l'article 59e BRAO (ancienne version) peuvent influencer de la même manière l'activité de la direction. Les articles 59a et 59e BRAO (ancienne version) ne contiennent pas d'exigences quantitatives quant à l'obligation de collaboration des associés. Il est donc possible qu'un associé, par sa participation, poursuive en premier lieu des intérêts financiers et ne participe que de manière secondaire à la réalisation des objectifs de la société. Même dans le cas des avocats inscrits au barreau qui sont des associés de la société d'avocats, il n'est nullement garanti qu'ils collaborent de manière significative au sein de la société. Ces derniers peuvent également travailler principalement pour d'autres cabinets dans le cadre d'une association

supra-locale ou encore tirer leur revenu principal d'autres activités et/ou de la gestion de patrimoine et considérer la participation à la société d'avocats comme un investissement rentable [OMISSIS] [référence à la doctrine].

- 54 Les questions juridiques soulevées n'ont pas non plus encore été clarifiées dans la jurisprudence de la Cour. L'arrêt du 21 avril 2005, Commission/Grèce (C-140/03, EU:C:2005:242) se fondait sur une situation en droit grec, dans laquelle une personne morale souhaitant exploiter un magasin d'optique ne pouvait obtenir l'autorisation nécessaire à cet effet que si un opticien agréé, personne physique, détenait au moins 50 % du capital de la société et si cet opticien avait tout au plus une autre participation dans une autre société propriétaire d'un magasin d'optique. Dans cet arrêt relatif à la liberté d'établissement, la Cour a certes reconnu que la protection de la santé publique est un objectif admissible justifiant une restriction à la liberté d'établissement. Les mesures n'étaient toutefois pas proportionnées, car des atteintes moins restrictives auraient été suffisantes à cet égard, par exemple le fait que dans chaque magasin d'optique, un opticien diplômé travaille en tant que salarié ou associé. D'un point de vue structurel, les dispositions grecques relatives à l'exploitation d'un magasin d'optique par une société de capitaux se rapprochent des articles 59a et 59e, BRAO (ancienne version). Ces dispositions interdisent toutefois – allant au-delà du « modèle grec » – toute participation de tiers à une société d'avocats. L'article 59f BRAO (ancienne version) et l'article 9 des statuts de la requérante garantissent déjà que seuls des avocats peuvent opérer en tant que gérants pour la société d'avocats. Cela correspond à ce que la Cour a considéré comme nécessaire pour atteindre l'objectif de protection de la santé publique. En outre, ces dispositions contiennent également des règles qui garantissent l'indépendance, vis-à-vis des associés, des avocats dans l'exercice de leur activité. Les articles 59a et 59e BRAO (ancienne version) contiennent des restrictions plus larges concernant l'acquisition de parts sociales. La Cour n'a pas reconnu le caractère proportionnel de telles restrictions à la libre circulation des capitaux ou à la liberté d'établissement lorsque le respect des normes professionnelles élevées peut être garanti par les personnes agissant pour le compte de la société et ayant acquis les qualifications correspondantes. Cela doit être valable à plus forte raison si, en outre, des dispositions statutaires ont été adoptées pour garantir l'indépendance personnelle et économique de ces personnes vis-à-vis de la société. Sur ce point, l'article 59f BRAO (ancienne version) contient des interdictions strictes, garantissant l'indépendance vis-à-vis d'une influence des associés, qui sont renforcées par le libellé des statuts.
- 55 L'arrêt du 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a. (C-171/07 et C-172/07, EU:C:2009:316), qui concerne également la liberté d'établissement, ne fait pas apparaître d'autre appréciation. Certes, dans cette arrêt, la Cour a approuvé la réglementation allemande en vertu de laquelle l'exploitation d'une pharmacie est – à quelques exceptions près – exclusivement réservée aux pharmaciens. L'exploitation d'une pharmacie par une société de capitaux est donc en principe exclue. Elle a justifié cette décision par les dangers et les besoins particuliers liés à la distribution de médicaments, mais aussi par des aspects de politique de santé.

- 56 Une situation de risque comparable n'existe pas en l'espèce. La Cour l'a notamment déduite des risques encourus par les consommateurs en raison de la possibilité d'une utilisation non conforme des médicaments soumis à prescription médicale. Des risques comparables n'existent pas en matière de conseil juridique. Dans ce cas, c'est plutôt le représentant de la société d'avocats, lié par le code de déontologie, qui est en mesure de mener la procédure jusqu'à son terme dans l'intérêt de son client. Cela correspond structurellement à l'activité d'un médecin qui conduit également le traitement sous sa propre responsabilité jusqu'à l'obtention du résultat thérapeutique, à moins que le patient n'y mette fin avant. Le législateur n'a pas ressenti le besoin de protéger l'exploitation de centres de soins médicaux ou d'hôpitaux par l'interdiction de participation de tiers, bien que la décision thérapeutique du médecin puisse également être soumise à une pression économique considérable et être influencée par des considérations économiques. Contrairement à la délivrance de médicaments par les pharmacies, les sociétés de capitaux sont également autorisées à fournir des conseils juridiques. Cela montre que, même selon l'avis du législateur, il n'existe pas ici de situation de risque comparable.
- 57 En raison de la nouvelle réglementation entrée en vigueur le 1^{er} août 2022 et introduite par la loi du 7 juillet 2021 (BGBl I, 2363), le conseil juridique peut également être fourni par ce que l'on appelle des société d'exercice libéral au sens de l'article 59c BRAO. Ceci a entraîné un nouvel assouplissement. Peuvent être membres d'une telle société d'exercice libéral, outre les avocats, les avocats-conseils en brevets, les conseillers fiscaux, les mandataires fiscaux, les commissaires aux comptes et les experts-comptables assermentés, les personnes autorisées à exercer des activités comparables à l'étranger, dans la mesure où elles sont habilitées à exercer également ces activités sur le territoire allemand, mais aussi toute autre personne exerçant une profession au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, PartGG. En font partie les médecins, dentistes, vétérinaires, praticiens de santé (Heilpraktiker), kinésithérapeutes, sages-femmes, masseurs-kinésithérapeutes, psychologues diplômés, ingénieurs, architectes, chimistes commerciaux, pilotes, experts, journalistes, reporters illustreurs, interprètes, traducteurs, scientifiques, artistes, écrivains, enseignants et éducateurs ainsi que les représentants de professions comparables. Ceux-ci peuvent participer à une société d'exercice libéral directement ou par le biais d'une autre société d'exercice libéral (article 59i BRAO). Les articles 59d et 59i BRAO contiennent des dispositions visant à garantir l'indépendance des avocats ainsi que l'obligation de respecter le secret professionnel. L'article 59e BRAO prévoit que des accords contractuels de société doivent garantir que la société d'exercice libéral puisse veiller à l'accomplissement des obligations professionnelles.
- 58 Le cercle des personnes qui peuvent participer à une société d'exercice libéral est donc désormais très hétérogène. Dans de nombreux cas, celle-ci n'est soumise à aucune restriction quant à l'exercice de la profession et [cette profession] peut être exercée sans qualification particulière. Il n'apparaît pas que des personnes qui peuvent avoir des parts dans une société d'avocats (ancienne réglementation) ou dans une société d'exercice libéral (nouvelle réglementation) puissent présenter

des risques pour l'administration de la justice et l'indépendance de l'activité d'avocat moindres que dans le cas de personnes qui n'appartiennent de toute façon pas à ce cercle très large.

- 59 Enfin, avec la nouvelle règle de l'article 59e BRAO, le législateur a opté pour un élargissement considérable du cercle des associés potentiels des sociétés d'exercice libéral, tout en garantissant le respect des obligations professionnelles par la société d'exercice libéral par le biais de dispositions légales et d'exigences relatives aux statuts. L'exposé des motifs du législateur ne fait pas apparaître de raisons pour lesquelles cela devrait suffire dans le cas des professionnels au sens de l'article 1^{er} PartGG, mais pas dans le cas des autres personnes qui participent à la société, même si elles poursuivent en premier lieu des intérêts financiers. C'est à eux de décider, en tant qu'entrepreneurs, s'ils investissent dans une société d'avocats ou une société d'exercice libéral – mais alors aussi avec les risques qui découlent du fait que ces sociétés doivent respecter les règles professionnelles, ou s'ils investissent dans une autre entreprise sans obligations correspondantes. Il n'apparaît pas clairement et il n'est pas empiriquement prouvé qu'un investisseur financier tend, davantage que d'autres personnes au sens de l'article 1 PartGG ou de l'article 59a BRAO (ancien), à enfreindre les règles professionnelles et porter atteinte à l'indépendance de l'activité d'avocat. Il faut plutôt partir du principe qu'un associé apportant du capital s'attendra à pouvoir (également) générer des revenus précisément grâce à cette activité liée à la profession.
- 60 C'est à juste titre que la défenderesse fait observer que la confiance dans le secret professionnel de l'avocat doit être protégée. Lorsque l'activité d'avocat est exercée par une société d'avocats, il convient donc de s'assurer que l'obligation de secret professionnel ne pèse pas uniquement sur l'avocat exerçant au sein de la société, mais également sur les autres membres des organes de la société. L'interdiction de participation de tiers protège contre le fait que des tiers puissent obtenir des informations ou des documents soumis au secret. La juridiction de renvoi doute néanmoins que cet aspect sous-tend l'interdiction de la participation de tiers. Ce problème se pose de la même manière pour les sociétés d'exercice libéral au sens de la nouvelle législation. L'article 59d, paragraphe 2, BRAO contient donc également une obligation de confidentialité pour les associés d'une société d'exercice libéral. La règle de l'article 13 des statuts de la requérante prévoit des règles nettement plus strictes, en ce sens que le droit d'information des associés est également limité en conséquence et que le secret professionnel de l'avocat est étendu à ces derniers. Comme il s'agit ici d'une des obligations professionnelles élémentaires de l'avocat, qui est en outre sanctionnée pénalement, l'ordre des avocats peut déjà, sur la base des articles 59c, 59e BRAO (ancienne version), vérifier les statuts pour voir si les exigences en matière de secret professionnel de l'avocat y sont suffisamment respectées. En vertu des articles 59d et 59e BRAO, cette obligation est désormais expressément prévue par la loi.

4. Violation des droits de la requérante découlant de la directive sur les services

- 61 Conformément à l'article 15, paragraphe 2, sous c), de la directive sur les services, les États membres sont tenus d'examiner, entre autres, si leur ordre juridique subordonne l'accès à une activité de services ou son exercice à des exigences non discriminatoires en ce qui concerne la participation au capital de la société. Conformément à l'article 15, paragraphe 3, sous c), de la directive sur les services, les restrictions doivent être proportionnées. Tel est le cas lorsque les exigences sont propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent, qu'elles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif et qu'elles ne peuvent pas être remplacées par des mesures moins restrictives permettant d'atteindre le même objectif. Il existe des doutes quant à la question de savoir si les restrictions contenues dans les articles 59a, 59e, 59h BRAO (ancienne version) concernant l'acquisition de parts sociales dans une société d'avocats satisfont à ces exigences.
- 62 La requérante fournit des services au sens de l'article 4, point 1, de la directive sur les services. Par prestation de services au sens de cette disposition, on entend toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité. Cela comprend les activités de conseil juridique à fournir contre rémunération. Conformément à l'article 2, paragraphe 1, des statuts de la requérante, l'objet de l'entreprise de la requérante est la gestion d'affaires juridiques de tiers, y compris le conseil juridique en assumant des missions d'avocats, qui ne sont exécutées que par des avocats inscrits au barreau travaillant au service de la société, de manière indépendante, sans instructions et sous leur propre responsabilité, dans le respect de la réglementation régissant la profession.
- 63 La directive sur les services déploie un effet direct en faveur de la requérante. Celle-ci peut directement invoquer le fait que les restrictions ne sont pas justifiées au regard de l'article 15, paragraphe 2, sous c), et paragraphe 3, sous c), de la directive sur les services (arrêt du 30 janvier 2018, X et Visser, C-360/15 et C-31/16, EU:C:2018:44, point 130). En vertu de la directive sur les services, il est certes permis de prévoir des restrictions qui garantissent l'indépendance du conseil juridique et une bonne administration de la justice. Conformément à l'article 15, paragraphe 3c, de la directive sur les services, de telles restrictions doivent toutefois être proportionnées.
- 64 Pour les raisons mentionnées au point 3, il existe de sérieux doutes quant au caractère proportionnel, au sens de cette disposition, des restrictions prévues aux articles 59a et 59e BRAO (ancienne version) pour l'acquisition de parts sociales dans une société d'avocats. Il faut plutôt partir du principe que l'indépendance de l'activité de l'avocat, l'administration de la justice et le devoir de confidentialité de l'avocat, et donc la confiance dans l'administration de la justice, sont suffisamment garantis par les limitations des droits des associés prévues à l'article 59f BRAO (ancienne version) ainsi que par les statuts. En raison de la participation d'associés qui apportent en premier lieu du capital, il n'est pas

possible d'identifier des risques allant au-delà des risques liés à la participation à la société que représentent des personnes qui peuvent participer à une société d'exercice libéral en vertu du droit en vigueur depuis le 1^{er} août 2022.

5. Doutes sur la compatibilité des restrictions visées au point 3 avec la liberté d'établissement

- 65 Si l'on ne suit pas le point de vue selon lequel l'intervenante 1 ne cherche pas à exercer une influence dominante sur l'activité de la requérante et qu'elle peut donc être lésée dans son droit à la libre circulation des capitaux, il y a lieu de conclure, outre à une violation de la directive sur les services, à une violation du droit de l'intervenante 1 à la liberté d'établissement au sens de l'article 49 TFUE en cause. Dans ce cas également, l'atteinte découlant des restrictions prévues aux articles 59a, 59e et 59h BRAO (ancienne version) pourrait s'avérer disproportionnée.

II. Pertinence du renvoi préjudiciel : compatibilité des articles 59e, 59a et 59h BRAO (ancienne version) avec les articles 63 et 49 TFUE et l'article 15 de la directive sur les services.

- 66 Les questions posées dans le renvoi préjudiciel sont directement pertinentes pour la décision à venir. Conformément à l'article 59h BRAO (ancienne version), le barreau compétent doit obligatoirement radier une société d'avocats si celle-ci cède des parts sociales à une personne qui ne remplit pas les conditions prévues à l'article 59a BRAO, qui n'exerce pas d'activité professionnelle pour la société d'avocats ou si la majorité des parts sociales et des droits de vote n'appartiennent plus à des avocats ou à des avocats-conseils en brevets. Cela vaut également lorsque les statuts de la société d'avocats octroient un droit de vote à un associé qui n'est pas autorisé à exercer une profession mentionnée à l'article 59a, paragraphe 1, première phrase, et paragraphe 2, BRAO (ancienne version), en violation de l'article 59e, alinéa 2, deuxième phrase, BRAO (ancienne version). Ces conditions sont remplies en l'espèce, car l'intervenante a acquis 51 % des parts sociales de la requérante et n'est pas autorisée à exercer la profession d'avocat ou une autre profession au sens de l'article 59a BRAO ou en tant que médecin ou pharmacien.
- 67 La radiation ne peut toutefois pas être fondée sur ces dispositions dans la mesure où elles sont contraires au droit de l'Union de rang supérieur. La question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure tel est le cas fait l'objet du renvoi préjudiciel.

III. Suspension de la procédure

- 68 [OMISSIS] [motifs de la suspension de la procédure]

[OMISSIS]

[signatures ; formalités]

DOCUMENT DE TRAVAIL